



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

2021/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.21/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

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

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

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

2021/4

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 2021

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

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

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

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

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

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. TV-/Radiovermarktung	807
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Verein Betriebsgesellschaft Schadenorganisation Erdbeben (BSO)	829
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Pöschl Tabakprodukte	837
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. VW/Enel/JV	854
	2. Coop-Gruppe Genossenschaft/Jumbo-Markt AG	857
	3. BMW/Daimler/BP/Digital Charging Solutions	892
	4. Oel-Pool AG/bp Schweiz	894
	5. Sems/Arole/Conforama/JV	905
	6. Cinven/Fressnapf/Bidco/Arcaplanet/Maxi Zoo Italia/JV	907
	7. Bersan/FCA Switzerland	909
	8. Advent/Eurazeo/Planet	912
	9. Advent International Corporation/Eurazeo SE/protel hotelsoftware GmbH	916
	10. Advent/Eurazeo/Hoist	919
	11. EFMS/Goldman Sachs/Parexel	922
5.	Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni	
	1. Verfügung vom 27. Mai 2015 betreffend Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts	926
	2. Verfügung vom 14. September 2021 betreffend Anonymisierung / Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts	936
8.	BGBM LMI LMI	
	1. Recours de la Commission de la concurrence du 10 janvier 2020 contre la décision de la Police neuchâteloise, Département de la justice, de la sécurité et de la culture du 22 novembre 2019 concernant le renouvellement d'une autorisation d'engager ou d'exercer d'un agent de sécurité et Décision du Département de la justice, de la sécurité et de la culture, de la République et Canton de Neuchâtel du 7 mai 2021 concernant la facture n°[...] du 22 novembre 2019 en matière de renouvellement d'une autorisation d'exercer	938
	2. Empfehlung vom 22. März 2021 betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen zuhanden der Energiedirektionen der Kantone sowie ausgewählter Gemeinden	942
	3. Recommandation du 22 mars 2021 concernant l'application du droit des marchés publics et de la loi fédérale sur le marché intérieur à l'acquisition d'électricité à l'intention des directions de l'énergie des cantons et de certaines communes	955
	4. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. August 2021 in Sachen WEKO gegen Gemeinde Dachsen und A AG, betreffend Submission	969

B 3	Bundesverwaltungsgericht	
	Tribunal administratif fédéral	
	Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 30. September 2021 – Netzbaustrategie Swisscom – Anordnung vorsorglicher Massnahmen	973
	2. Urteil vom 16. April 2021 – Verfügung der WEKO vom 27. Mai 2015 betreffend Publikation des Schlussberichts	1055
	3. Urteil vom 21. September 2020 – Verfügung der WEKO vom 8. April 2019 betreffend Publikation der Stellungnahme der WEKO	1067
B 4	Bundesgericht	
	Tribunal fédéral	
	Tribunale federale	
	1. Urteil vom 19. Oktober 2021 – Publikation einer Stellungnahme, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 21. September 2020 (B-2548/2019)	1082
	2. Urteil vom 9. Juni 2021 – Publikation des Schlussberichts, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. April 2021 (B-4139/2015)	1090
	3. Urteil vom 7. Oktober 2021 in Sachen WBF gegen Bayer (Schweiz) AG – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-844/2015)	1092
	4. Urteil vom 7. Oktober 2021 in Sachen WBF gegen Eli Lilly (Suisse) SA – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-843/2015)	1110
	5. Urteil vom 7. Oktober 2021 in Sachen WBF gegen Dr. A. (Apotheke Dr. A.) – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-842/2015)	1128
	6. Urteil vom 8. Dezember 2021 in Sachen WBF gegen 1. e-mediat AG, 2. Galexis AG, 3. Unione Farmaceutica Distribuzione SA – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-845/2015)	1130
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	1133
	Index (deutsch, français e italiano)	1135

B Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. TV-/Radiovermarktung

Schlussbericht vom 12. November 2014 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend 32-0246: [Unternehmensgruppe] TV-/Radiovermarktung wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Gegenstand der Vorabklärung bildet die Vermarktung bzw. Vermittlung von TV- und Radiowerbezeit in der Schweiz durch die [B], eine Konzerngesellschaft der [Unternehmensgruppe]. In diesem Zusammenhang wurde eine Anzeige beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eingereicht. Darin wird [B] im Wesentlichen vorgeworfen, dass sie ihre Stellung als Exklusivvermarkterin von Schweizer Werbefenstern in den Programmen von privaten ausländischen TV-Sendern ausnutze, indem sie Werbekunden und Mediaagenturen Freespace¹ in diesen Werbefenstern gewähre, wenn Letztere sich vertraglich dazu verpflichteten, auch die Radiowerbung über [B] zu buchen. Die anderen Radiowerbemitler hätten dadurch in den letzten Jahren Millionenumsätze an [B] verloren, was zu einer monopolartigen Stellung der [B] bei der Vermittlung von Radiowerbezeit geführt habe.

2. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung gilt es zu prüfen, ob die gegenüber [B] erhobenen Vorwürfe zutreffen könnten und Anhaltspunkte dafür bestehen, dass [B] eine marktbeherrschende Stellung im Bereich der TV-Vermarktung und/oder Radiowerbemitlerung im Sinne von Art. 7 KG² missbraucht (hat). Es besteht namentlich der Verdacht, dass [B] durch Koppelungsgeschäfte ihre möglicherweise marktbeherrschende Stellung im Bereich der TV-Vermarktung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG auf den Bereich der Radiowerbemitlerung übertragen und dadurch ihre Konkurrentinnen in diesem Bereich im Wettbewerb behindert haben könnte (sog. Behinderungsmissbrauch). Das Sekretariat hat überdies abgeklärt, ob sich aus dem Verhalten der [B] bei der Vermittlung von Radiowerbezeit Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der

technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG ergeben.

A.2 [Unternehmensgruppe]

3. [A] mit Sitz in [...] und ihre Tochtergesellschaften bilden die [Unternehmensgruppe].³ Die [Unternehmensgruppe] ist nach eigenen Angaben das führende Netzwerk für elektronische Kommunikationslösungen sowie Kompetenz- und Logistikzentrum für die Vermarktung privater elektronischer, mobiler und interaktiver Medien in den Bereichen TV, Internet-TV/Video, Radio, Digital out of Home⁴, Online, Suchmaschinen- und Mobile-Marketing. Der Schwerpunkt der Aktivitäten der [Unternehmensgruppe] liegt in der Schweiz; die Gruppe ist aber auch in [...], [...] sowie in [...] aktiv. Die Struktur der [Unternehmensgruppe] kann – für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung – vereinfacht wie folgt dargestellt werden:⁵

¹ Unter Freespace versteht man einen Naturalrabatt in Form von Zusatzwerbevolumen.

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

³ Im Oktober 2010 fasste die [Unternehmensgruppe] ihre Gruppengesellschaften unter der Dachmarke [...] zusammen und tritt seither mit den drei Business Lines [...], [...] und [...] unter dem Namen «[Unternehmensgruppe]» am Markt auf. Aus der bisherigen Holding mit der Bezeichnung [...] wurde [A].

⁴ Die Stiftung Werbestatistik Schweiz unterscheidet dabei zwischen der sog. *digitalen Plakatwerbung* als Teil der Aussenwerbung und der sog. *Adscreen-Werbung*: Die digitale Plakatwerbung umfasst «alle Aushangformen von digitalen, buchbaren Kommunikationsflächen (wie z.B. eBoards/ePanels und Screens von > 55 Zoll auf privatem und öffentlichem Grund (inkl. Tourismus-Gebiete sowie Flughäfen)». Bei Adscreen handelt es sich um «um zentral gesteuerte audiovisuelle digitale Werbeträger direkt am Verkaufs- und Informationspunkt» (vgl. Stiftung Werbestatistik Schweiz, Werbeaufwand Schweiz 2014 [nachfolgend: Werbeaufwand Schweiz 2014], S. 25 und 34).

⁵ Vgl. zum Ganzen <[www]> (27.10.2014) sowie Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012, Frage 2.

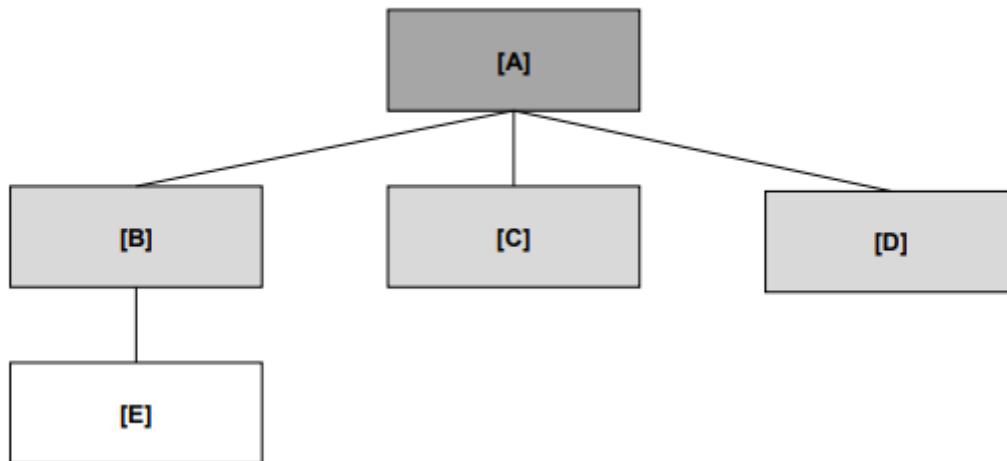


Abbildung 1: Wesentliche Struktur der [Unternehmensgruppe]

4. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bilden Geschäftstätigkeiten bzw. Verhaltensweisen der [B], an welcher die [Unternehmensgruppe] zu [...] % beteiligt ist. Weitere Anteilseigner von [B] sind die [X]⁶ sowie die [X]⁷, welche je [...] % des Aktienkapitals halten. Die [Unternehmensgruppe] besitzt die Hälfte der Stimmrechte, [...] % stehen [X], [...] % [Y] zu. Zur [Unternehmensgruppe] gehören ferner die zwei Gesellschaften [C] und [D], an denen die [Unternehmensgruppe] jeweils zu [...] % beteiligt ist. Auf Ausführungen zu den übrigen Tochtergesellschaften der [Unternehmensgruppe] kann mangels Relevanz für das vorliegende Verfahren verzichtet werden.

5. [B] vermarktet Schweizer Werbefenster von privaten ausländischen TV-Sendern⁸ sowie Schweizer Privatsender⁹ und Internet-TV-Plattformen¹⁰. Daneben ist [B] in der Vermittlung von Werbung im Bereich Digital Out of Home¹¹ tätig und vermarktet das Instore Radio¹² von [...] und [...]. Bis Mitte 2013 war [B] zudem als Vermittlerin für Werbung in Privatradios tätig, die in der Schweiz terrestrisch empfangbar sind. Per 1. Juli 2013 wurde der entsprechende Geschäftsbereich in eine eigenständige Tochtergesellschaft, die [E], ausgegliedert.

6. [C] ist in der Vermarktung und Vermittlung von Onlinewerbung, namentlich in den Bereichen Online-Display-, Video-, Mobile- und In-Game-Werbung, tätig. Dazu zählt neben der Vermarktung von klassischen Werbeplattformen (wie etwa die Newsportale von grossen Verlagen) auch die Vermarktung von Business-Community-Plattformen (z. B. [...]) und Kommunikations-Plattformen (z. B. [...]).

7. [D] versteht sich als eigentliche Digitalagentur. Sie entwickelt Websites, Werbekampagnen und Mobile-Applikationen für Werbekunden und erbringt Dienstleistungen im Bereich Suchmaschinenmarketing, Social Media sowie Content-Management¹³.

8. Die [Unternehmensgruppe] erzielte 2013 einen Umsatz von insgesamt [...] Franken, wovon [...] Franken mittels TV-Vermarktung und [...] Franken durch Radiovermittlung erwirtschaftet wurden.¹⁴

A.3 Vermarktung bzw. Vermittlung von TV- und Radiowerbeit in der Schweiz

A.3.1 Bedeutung der TV- und Radiowerbung

9. Die Mediengattungen Radio und Fernsehen gelten gemeinhin als klassische Werbeträger. Das Medium Fernsehen ist auf eine breite Kommunikation ausgerichtet und bietet die für Werbezwecke äusserst attraktive Kombination von akustischen und optischen Informationen. TV-Werbung eignet sich vorab für den raschen Bekanntheitsaufbau von Marken; die Stärken liegen insbesondere in der Übermittlung von emotionalen Botschaften sowie der Demonstration von Produkten.¹⁵

10. Das Begleitmedium Radio wird insbesondere für lokale und regionale Werbung eingesetzt und eignet sich insbesondere für die Bekanntmachung von aktuellen Angeboten und Aktionen. Als beliebtes Informations-

⁶ [X] ist ein Tochterunternehmen der [...] -Gruppe, zu welcher namentlich die in der Schweiz empfangbaren TV-Sender [...], [...], [...], [...] und [...] gehören.

⁷ [Y] ist ein Tochterunternehmen der [...] -Gruppe, zu welcher namentlich die in der Schweiz empfangbaren TV-Sender [...], [...], [...], [...] und [...] gehören.

⁸ Namentlich [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...].

⁹ Namentlich [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...].

¹⁰ Namentlich [...], [...], [...], [...] und [...]. An der [...] hält die [Unternehmensgruppe] eine Beteiligung von [...] %.

¹¹ Vgl. Fn 4. Im Bereich Digital Out of Home ist [B] z. B. seit Kurzem als Schweizer Vermarkterin von [...], [...], tätig. [...] hat eine Partnerschaft mit [...] abgeschlossen, im Zuge welcher insgesamt 54 [...] Shops in der Schweiz mit digitalen Bildschirmen ausgestattet werden.

¹² Mit dem Begriff Instore Radio ist ein auf den Ort der Kaufentscheidung ausgerichtetes Radioprogramm gemeint, in welchem die Platzierung von auf einzelne Verkaufsstellen abgestimmter Werbung möglich ist.

¹³ Content-Management ist die Zusammenfassung aller Tätigkeiten, Prozesse und Hilfsmittel, die den Lebenszyklus digitaler Informationen in Form von Unterlagen und Dokumenten unterstützen.

¹⁴ NZZ online vom 7.3.2014, <[www]> (27.10.2014).

¹⁵ Vgl. Media Trend Journal 4-2013, Intermedia Vergleich 2014, S. 64.

und Unterhaltungsmedium ist das Medium Radio aber auch für die Unterstützung von Kampagnen in anderen Medien geeignet und wird daher oft als Ergänzungsmedium eingesetzt.¹⁶

11. Gemäss den Erhebungen der Stiftung Werbestatistik Schweiz gestaltete sich die Entwicklung der Netto-Werbeumsätze¹⁷ in der Schweiz über die Jahre 2008 bis 2013 wie folgt:

Tabelle 1: Entwicklung der Netto-Werbeumsätze in der Schweiz (in Mio. Franken gerundet)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Netto-Werbeumsätze Schweiz	5111	4494	4412*	4503	4281	4209
<i>Printmedien</i>	<i>2406</i>	<i>1915</i>	<i>2001</i>	<i>2004</i>	<i>1783</i>	<i>1615</i>
<i>Elektronische Medien</i>	<i>803</i>	<i>768</i>	<i>844</i>	<i>919</i>	<i>914</i>	<i>942</i>
<i>Fernsehen (inkl. Sponsoring)</i>	<i>628</i>	<i>595</i>	<i>669</i>	<i>745</i>	<i>726</i>	<i>749</i>
<i>Radio (inkl. Sponsoring)</i>	<i>131</i>	<i>135</i>	<i>135</i>	<i>139</i>	<i>147</i>	<i>157</i>
<i>Übrige (Kino, Teletext, Adscreen¹⁸)</i>	<i>44</i>	<i>37</i>	<i>40</i>	<i>35</i>	<i>41</i>	<i>37</i>
Aussenwerbung	633	560	566	563	567	565
Direktwerbung	1269	1251	1019*	1017	1017*	1086
Onlinewerbung**	300	359	452	521	572	642

* Nicht mit dem Vorjahr vergleichbar, da andere Berechnungsmethode angewandt wurde;** Schätzungen

Quelle: Stiftung Werbestatistik Schweiz, Werbeaufwand Schweiz 2014.

12. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, wurden im Jahr 2013 auf die Schweiz bezogene Netto-Werbeumsätze von insgesamt 4'209 Mio. Franken erzielt. Mit TV-Werbung wurde ein Umsatz von 749 Mio. Franken generiert, wovon 698 Mio. Franken auf den Verkauf von TV-Werbesekunden und die restlichen 51 Mio. Franken auf das Sponsoring von TV-Sendungen zurückzuführen sind. Von diesen 749 Mio. Franken wurden 374 Mio. Franken durch die öffentlich-rechtlichen Sender, 301 Mio. Franken durch Werbefenster von privaten ausländischen Sendern und 74 Mio. Franken durch Schweizer Privatsender erwirtschaftet.¹⁹

13. Mit Radiowerbung wurde 2013 ein Umsatz von insgesamt 157 Mio. Franken erzielt, wovon 115 Mio. Franken mit dem Verkauf von Radio-Werbesekunden und 42 Mio. Franken mit Radio-Sponsoring erwirtschaftet wurde.²⁰

14. Auf Printmedien entfiel im Jahr 2013 ein Netto-Werbeumsatz von 1'615 Mio. Franken, auf Aussenwerbung ein Netto-Umsatz von 565 Mio. Franken und auf Direktwerbung ein Netto-Umsatz von 1'086 Mio. Franken. Mit Onlinewerbung wurde 2013 ein geschätzter Netto-Umsatz von 642 Mio. Franken erzielt. Während die Netto-Werbeumsätze für Printmedien über die letzten Jahre betrachtet stark rückläufig waren, konnten die elektronischen Medien Fernsehen und Radio sowie insbesondere auch der Bereich Onlinewerbung stark an Umsätzen zulegen.

A.3.2 Vermarktung von TV-Werbezeit

Anbieter von TV-Werbezeit

15. In der Schweiz kann grundsätzlich zwischen drei Typen von Anbietern von TV-Werbezeit unterschieden werden: den öffentlich-rechtliche TV-Sendern der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR (nachfolgend: SRG), den privaten Schweizer TV-Sendern²¹ und den privaten ausländischen TV-Sendern mit einem Werbefenster für die Schweiz²². TV-Werbezeit wird mehrheitlich für die Ausstrahlung von klassischen TV-Werbepots, aber auch für andere Werbeformen wie z. B. das Sponsoring von TV-Sendungen genutzt.

¹⁶ Vgl. Media Guide 2013 von [...] (nachfolgend: Media Guide [...]), S. 48.

¹⁷ Die erhobenen Netto-Werbeumsätze basieren auf schriftlichen Umfragen bei den jeweiligen Medienunternehmungen (Verlage, Sender usw.) und zeigen die Beträge, welche die Werbekunden effektiv für die Schaltung von Werbung bezahlt haben. Grundsätzlich gilt: Kunden-Netto-Werbeumsatz = Brutto-Umsatz minus Rabatte (z. B. für Mengen- oder Wiederholungsabschlüsse). Provisionen und Kommissionen (z. B. Jahresumsatzprämien oder Beraterkommissionen) sowie sonstige Vergünstigungen wurden nicht berücksichtigt.

¹⁸ Vgl. Fn 4.

¹⁹ Vgl. Werbeaufwand Schweiz 2014 (Fn 4), S. 19.

²⁰ Vgl. Werbeaufwand Schweiz 2014 (Fn 4), S. 21.

²¹ So u. a. [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...], [...], [...], [...] und [...] für die deutschsprachige Schweiz sowie [...] und [...] für die französischsprachige Schweiz. Daneben existieren verschiedene regionale TV-Sender wie z. B. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...].

²² So namentlich in den (deutschsprachigen) Programmen von [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] sowie in den (französischsprachigen) Programmen [...], [...], [...] und [...]. Für die italienischsprachige Schweiz existieren zurzeit noch keine Werbefenster in italienischen Fernsehprogrammen.

16. Ein Schweizer Werbefenster entsteht dadurch, dass in einem in der Schweiz verbreiteten TV-Programm aus dem Ausland die Original-Werbung (oder Teile davon) gezielt durch auf das Schweizer Publikum ausgerichtete Werbung ersetzt wird. Auf diese Art kann der Marktanteil, den der ausländische TV-Sender auf dem Schweizer Zuschauermarkt erzielt, kommerzialisiert werden. Schweizer Werbefenster in ausländischen TV-Programmen existieren seit 1993 und stellen gemessen am erzielten Netto-Werbeumsatz (vgl. Rz 12) einen wichtigen Bestandteil der Schweizer Werbelandschaft dar.²³

TV-Vermarkter

17. TV-Sender lassen sich in aller Regel exklusiv vermarkten.²⁴ Hauptaufgabe eines TV-Vermarkters ist die exklusive Vertretung von einem oder mehreren TV-Sender(n) betreffend den Verkauf von TV-Werbezeit an Werbekunden.

18. Die Werbemöglichkeiten in den TV-Sendern der SRG werden durch [F], eine Tochtergesellschaft der SRG, kommerzialisiert. Schweizer Werbefenster sowie inländische private TV-Sender lassen sich derzeit vor allem von [B] vermarkten (vgl. Fn 8 und 9). Als private TV-Vermarkter sind daneben namentlich noch [G]²⁵, [H]²⁶ sowie [I]²⁷ tätig (vgl. Rz 76).

Werbeagenturen und Mediaagenturen

19. Während der inhaltliche Teil – das Kreative – einer TV-Kampagne von Werbeagenturen definiert und produziert wird, kommt den Mediaagenturen der planerisch-technische Teil zu. Als spezialisierte Dienstleister der Werbebranche beraten Mediaagenturen werbetreibende Unternehmen bei der optimalen Verteilung von deren Werbeetat auf die verschiedenen Medien. Zu diesem Zweck erstellen sie einen Mediaplan, d. h., sie sprechen konkrete Empfehlungen aus für die zeitlich und geografisch optimale Platzierung von Anzeigen, TV-Werbung, Radiospots und anderen Werbeformaten. Mediaagenturen wickeln für ihre Kunden oft auch die konkrete Buchung bei den verschiedenen Medien bzw. deren Vermarktern ab und verhandeln mit diesen über Preis und Leistung sowie auch über Rabatte und Sonderkonditionen für die entsprechende Werbeschaltung. In der Schweiz sind derzeit etwa 20 Mediaagenturen tätig.

Marktmechanismen

20. Mediaagenturen kaufen TV-Werbezeit im Namen und auf Rechnung ihrer Werbekunden bei TV-Vermarktern ein. In selteneren Fällen wird TV-Werbezeit auch von einer Werbeagentur, die die TV-Kampagne inhaltlich gestaltet, oder durch den Werbekunden direkt gebucht.

21. Die Branchengrundsätze des Verbands der Werbe-, Media- und Kommunikationsagenturen der Schweiz (bsw leading swiss agencies) sehen vor, dass die Mediaagenturen von den Werbekunden mit einem Prozenthonorar zum verwalteten Mediabudget entschädigt werden.²⁸ Daneben erhalten die Mediaagenturen von den Medienanbietern bzw. deren Vermarktern oft sog. Media Service Entschädigungen. Eine solche stellt zum Beispiel die Online-Buchungs-Entschädigung (OBE) dar,

die bei einer direkten Buchung über das Online-Buchungs-Tool des Vermarkters gewährt wird.²⁹

22. Gemäss den Branchengrundsätzen sind die Mediaagenturen grundsätzlich dazu verpflichtet, sämtliche Kommissionen und Rabatte, die der Vermarkter auf den Preis für die gebuchte Werbung gewährt, an den jeweiligen Werbekunden weiterzureichen, soweit sie nicht gemäss Vereinbarung mit dem Werbekunden Teil des Honorars sind.³⁰ Hierunter fällt auch die sog. Beraterkommission (BK). Die BK ist ein Rabatt, der den Mediaagenturen von den Medienanbietern bzw. deren Vermarktern gewährt wird, da durch deren Beratungstätigkeit weniger Aufwand entsteht.³¹

23. TV-Vermarkter, die nicht zum gleichen Unternehmen wie die vermarkteten TV-Sender gehören, werden für ihre Vermarktungsdienstleistung mittels Kommission entschädigt.

24. Die Preisfestsetzungshoheit für TV-Werbezeit liegt grundsätzlich beim jeweiligen TV-Sender. Der Preis für die Ausstrahlung eines TV-Werbespots hängt von mehreren Faktoren ab. Massgebend sind die Spotdauer, die Anzahl Zuschauer, die den Werbeblock voraussichtlich sehen werden, der Tausend-Kontakt-Preis (nachfolgend: TKP), die Zeitschiene sowie saisonale Faktoren.³²

²³ Vgl. [...], Studie Werbefenster im Schweizer Fernsehwerbemarkt, 2012 (nachfolgend: [...] -Studie Werbefenster Schweiz 2012), S. 5 ff.

²⁴ Unter exklusiver Vermarktung ist die Vertretung des TV-Senders zu verstehen, ohne dass dieser andere Dritte mit seiner Vertretung beauftragt.

²⁵ [G] vermarktet neben dem eigenen Musiksender [...] das Schweizer Werbefenster des französischen TV-Senders [...], das seit 2011 verfügbar ist.

²⁶ [H] vermarktet aktuell den deutschsprachigen TV-Sender [...], der im Oktober 2013 auf Sendung gegangen ist. Aufgrund einer Zusammenarbeit mit der Vermarktungsagentur [...] vermarktet [H] zudem den deutschsprachigen Schweizer Privatsender [...] sowie das Schweizer Werbefenster von [...], [...] und [...]. Bis Ende 2010 war [H] zudem als Vermarkterin der Schweizer Werbefenster von [...] und [...] sowie von [...], bevor auch diese von [B] vermarktet wurden.

²⁷ [I] vermarktet aktuell die regionalen TV-Sender [...], [...] und [...] sowie die Werbekombination des [...] ([...], [...], [...], [...] und [...]). Seit Juni 2013 lässt sich auch der deutschsprachige Schweizer Privatsender [...] von [I] vermarkten. Anzumerken ist, dass [I] zur [...] -Gruppe gehört, zu welcher auch die von ihr vermarkteten TV-Sender [...], [...], [...] und [...] gehören. [...] wird ab 1.1.2015 gemeinsam von [B] (gegenüber den Agenturen) und [I] (gegenüber Direktkunden) vermarktet.

²⁸ Vgl. bsw leading swiss agencies, Branchengrundsätze für Mediaagenturen (nachfolgend: Branchengrundsätze Mediaagenturen), 2011, Ziff. 17.

²⁹ Bei [F] können die Mediaagenturen TV-Werbezeit online über das Buchungs- und Abwicklungssystem [...] buchen. [B] arbeitet mit dem eigenen Onlinebuchungstool [...]. Durch direkte Onlinebuchungen der Mediaagenturen wird der Buchungsprozess für die Vermarkter wesentlich vereinfacht.

³⁰ Vgl. Branchengrundsätze Mediaagenturen (Fn 28), Ziff. 16.

³¹ Bei Werbung in Zeitungen beträgt die BK in der Regel 5 %, bei Werbung im Radio 10 % und bei Werbung im TV und Zeitschriften 15 %.

³² Vgl. Media Guide [...] (Fn 16), S. 31.

A.3.3 Vermarktung bzw. Vermittlung von Radiowerbezeit

Anbieter von Radiowerbezeit

25. In der Schweiz können rund 50 Privatradios terrestrisch empfangen werden, in denen Werbung geschaltet werden kann.³³ Den öffentlich-rechtlichen Radioprogrammen der SRG ist die Ausstrahlung von klassischen Radiowerbespots verboten, das Sponsoring von Radiosendungen ist hingegen erlaubt.³⁴ Radiowerbezeit wird sowohl für die Ausstrahlung klassischer Radiowerbespots als auch für andere Werbeformen wie z. B. das Sponsoring von Radiosendungen genutzt.

26. Abgesehen von den öffentlich-rechtlichen Sendern der SRG erreicht kein in der Schweiz empfangbarer Radiosender eine nationale Abdeckung. Da die Sendegebiete der einzelnen Privatradios durch die jeweilige Konzession klar vorgegeben sind, kann mit Werbung in einem einzelnen Privatradio immer nur eine lokal begrenzte Reichweite erzielt werden. Durch den Zusammenschluss zu sog. Radiowerbepools erreichen die einzelnen Privatradios eine bessere Abdeckung bzw. höhere Hörerreichweite, die das Medium Radio für die Schaltung von Werbung insgesamt attraktiver macht. Für die einzelnen Radiosender erhöht sich damit die Chance, für überregionale und nationale Werbekampagnen eingesetzt zu werden. Auf Seite des Werbekunden ist die Buchung über Radiowerbepools mit einem geringeren administrativen Einkaufsaufwand verbunden, da keine Einzelbuchungen bei verschiedenen Radiosendern vorgenommen werden müssen. Aktuell gibt es in der Schweiz 32 regionale bzw. sprachregionale Radiopools.³⁵ Bis Ende 2010 existierte mit dem «[...]» auch ein sprachraumraumübergreifender Radiowerbepool.³⁶

Vermittler von Radiowerbezeit

27. Werbezeit in einem bestimmten Radiosender oder Radiowerbepool kann entweder direkt beim Sender oder Werbepool bzw. der entsprechenden Vermarktungsorganisation³⁷ oder aber über einen Vermittler von Radiowerbezeit gebucht werden. Radiowerbevermittler fungieren als Mittler zwischen den Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen auf der einen Seite und den Radiosendern bzw. Radiowerbepools auf der anderen Seite. Anders als TV-Vermarkter besitzen Radiowerbevermittler keine Exklusivität.

28. Als Vermittler von Radiowerbezeit sind neben der zur [Unternehmensgruppe] gehörenden [E] (vgl. Rz 5) derzeit namentlich noch [L], [M] und [N] tätig. Die einst führende Radiowerbevermittlerin [O], welche Mitte 2006 von [...] bzw. [H] übernommen wurde, stellte ihre Geschäftstätigkeit Ende 2010 ein (vgl. Rz 81).

Marktmechanismen

29. Aus der Marktbefragung des Sekretariats (vgl. Rz 32) geht hervor, dass mehr als die Hälfte des Radiowerbeumsatzes mit Werbung erzielt wird, die ein klar lokales oder regionales Publikum ansprechen. Die Buchung von lokaler und regionaler Radiowerbung erfolgt dabei überwiegend direkt beim Radiosender bzw. Radiowerbepool und nicht über einen Vermittler. Werbekunden, die ein nationales Publikum erreichen wollen, bzw.

deren Mediaagenturen, buchen Radiowerbezeit hingegen fast ausschliesslich über einen Vermittler.

30. Vermittler erhalten für ihre Dienstleistung von den Radiosendern einen prozentualen Anteil des von ihnen generierten Werbeumsatzes in Form einer Kommission. Betreffend die Entschädigung der Mediaagenturen kann auf die entsprechenden Ausführungen unter Rz 21 verwiesen werden.

31. Die Preisfestsetzungshoheit für Radiowerbezeit liegt bei den einzelnen Sendern, wobei sich die Tarife für die Schaltung von Radiowerbespots insbesondere nach den Hörerzahlen und der Spotdauer sowie dem Ausstrahlungszeitpunkt richten.

A.4 Verfahrensgeschichte

32. Am 30. August 2012 eröffnete das Sekretariat gestützt auf eine Anzeige eine Vorabklärung gegen die [Unternehmensgruppe]. In der Anzeige wird im Wesentlichen geltend gemacht, dass [B] ihre Stellung als Exklusivvermarkterin von Schweizer Werbefenstern in den Programmen von privaten ausländischen TV-Sendern ausnutze, indem sie Werbekunden und Mediaagenturen Freespace in diesen Werbefenstern gewähre, wenn Letztere sich vertraglich dazu verpflichteten, auch die Radiowerbung über [B] zu buchen (vgl. Rz 1). Das Sekretariat stellte der [Unternehmensgruppe] ein Auskunftsbegehren zu und hat gleichzeitig 160 Werbekunden, 20 Mediaagenturen und 37 Radiosender um Auskünfte gebeten.

33. Die [Unternehmensgruppe] reichte die verlangten Auskünfte und Unterlagen innert zweimal erstreckter Frist am 1. November 2012 ein. Mit Ausnahme von drei Radiostationen haben sämtliche der befragten Werbekunden, Mediaagenturen und Radiosender den entsprechenden Fragebogen beantwortet retourniert.

34. Am 18. Juni 2014 fand ein Treffen mit Vertretern der [Unternehmensgruppe] statt, an welchem das Sekretariat diese über die Ergebnisse der Vorabklärung informierte. Gleichzeitig regte das Sekretariat im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG gegenüber der [Unternehmensgruppe] an, eine Verpflichtungserklärung betreffend ihr zukünftiges Verhalten in der Vermarktung bzw. Vermittlung von TV- und Radiowerbezeit abzugeben. Am 30. Juli 2014 fand ein zweites Treffen zwischen Vertretern der [Unternehmensgruppe] und dem Sekretariat statt.

³³ Vgl. <www> unter Radio > Privatradiomarkt Schweiz (27.10.2014).

³⁴ Vgl. Art. 14 RTVG.

³⁵ Vgl. <www> unter Radio > Privatradiomarkt Schweiz (27.10.2014).

³⁶ Der «[...]» bestand aus [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. Der Pool wurde durch [J] vermarktet, an welcher zunächst [F] ([...] %) und die privaten Radiosender des «[...]» ([...] %) beteiligt waren. Anfang 2009 übernahmen die Radiosender auch die Beteiligung der [F]. Der «[...]» wurde schliesslich per 31. Dezember 2010 aufgelöst.

³⁷ So z. B. [J] (vgl. Fn 36) oder [K] («[...]»). Anzumerken ist, dass im Herbst 2014 acht Deutschschweizer Privatradios ([...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]) die gemeinsame Vermarktungsfirma [P] gegründet haben. Die Sender bilden damit keinen neuen Radiowerbepool, sondern stellen eine offen buchbare Buchungsplattform zur Verfügung.

35. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2014 hat die [Unternehmensgruppe] eine entsprechende Verpflichtungserklärung eingereicht. Deren Inhalt ist in Rz 156 wiedergegeben.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

Unternehmen

37. 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^{bis} KG). Das Kartellgesetz geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.³⁸

38. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbstständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.³⁹ Die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns gelten in der Regel nicht als Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt⁴⁰, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern gemäss der bisherigen Rechtsprechung als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet.⁴¹

39. Die revidierten Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts⁴² beschränken sich seit 1. Januar 2013 mit Bezug auf die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung (Konzernrechnung) auf das Kontrollprinzip, d. h. verzichten auf das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung der Beherrschung im Sinne des Leitungsprinzips.⁴³

40. Ein Gemeinschaftsunternehmen kann grundsätzlich nicht Teil eines Konzerns sein, da dieses nicht von einem einzigen Unternehmen beherrscht wird, sondern unter der gemeinsamen Kontrolle von mehreren Muttergesellschaften steht.⁴⁴

41. Wie bereits erwähnt, hält [Unternehmensgruppe] [...] % des Aktienkapitals an [B] sowie die Hälfte der Stimmrechte. Daneben halten [X] sowie [Y] je [...] % des Aktienkapitals und [...] % bzw. [...] % der Stimmrechte (vgl. Rz 4). In der konsolidierten Jahresrechnung (Konzernrechnung) 2013 der [Unternehmensgruppe] sind sowohl [B] als auch [E] als Tochtergesellschaften aufgeführt (Vollkonsolidierung). Es kann somit davon ausgegangen werden, dass es sich bei [B] sowie auch bei [E] um Konzerntochtergesellschaften der [Unternehmensgruppe] handelt, die von [A] kontrolliert werden. Dem-

nach ist vorliegend die [Unternehmensgruppe], d. h. der Konzern als Ganzes, als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

Marktmacht

42. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar.⁴⁵ Ob es sich bei der [Unternehmensgruppe] möglicherweise um ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handeln könnte und Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegen, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Wird nachstehend das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung bejaht, so bestehen auch Anzeichen von Marktmacht. Wird das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung indes verneint, so ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein möglicherweise kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegen kann.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

³⁸ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341; vgl. auch Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 118 f. E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

³⁹ RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁴⁰ Sog. «Leitungsprinzip» im Gegensatz zum «Kontrollprinzip», bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird (vgl. RPW 2014/1, 82 Rz 24 Fn 32, *Eignerstrategie Energie Wasser Bern [ewb]*).

⁴¹ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁴² Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR; SR 220).

⁴³ Vgl. Art. 663e Abs. 1 aOR, BBl 2008 1589, 1723 sowie Art. 963 Abs. 2 OR, der neu Kriterien festlegt, wann eine juristische Person ein anderes Unternehmen in rechtsrelevanter Weise kontrolliert; vgl. auch Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1589, 1722 f. Ziff. 2.2.5.

⁴⁴ Vgl. RPW 2012/3, 696 Rz 29, *GIM/Swissgas/FluxSwiss/Transitgas*.

⁴⁵ Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79, *Watt/Migros - EFF*; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (nachfolgend: Botschaft zum KG 95), BBl 1995 I 468, 547 f.; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 2011, Art. 2 KG N 14.

44. Das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG)⁴⁶ sowie dessen Ausführungsverordnung⁴⁷, welche u. a. Werbe- und Sponsoringvorschriften enthalten und Programmauftrag sowie Konzession der SRG regeln, enthalten keine Bestimmungen, die den Wettbewerb in den vorliegend zu beurteilenden Märkten nicht zulassen.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

46. Um abklären zu können, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG bestehen, ist zunächst zu prüfen, ob die [Unternehmensgruppe] möglicherweise über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (B.3.1). In einem nachfolgenden Schritt ist zu klären, ob und welche unzulässigen Verhaltensweisen vorliegend erfüllt sein könnten (B.3.2).

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

48. Um feststellen zu können, ob sich die [Unternehmensgruppe] tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann bzw. konnte, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.1.1 Relevante Märkte

49. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁴⁸

B.3.1.1.1 Sachlich relevante Märkte

50. 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 VKU⁴⁹, der hier analog anzuwenden ist).

51. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind. Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht. Dabei ist stets vom Untersuchungsgegenstand auszugehen.⁵⁰

52. Untersuchungsgegenstand bilden vorliegend Verhaltensweisen der [Unternehmensgruppe] bzw. deren

Tochtergesellschaften [B] und [E] bei der Vermarktung resp. Vermittlung von Werbezeit in den Medien TV und Radio.

Praxis im Bereich der Vermarktung bzw. Vermittlung von Werberaum bzw. Werbezeit

53. Betreffend den Bereich der Vermarktung bzw. Vermittlung von Werberaum bzw. Werbezeit hat die WEKO im Rahmen der Untersuchung Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (nachfolgend: Fall «Publigroupe») einen sachlich relevanten Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien abgegrenzt.⁵¹ Dabei wurde festgestellt, dass sich der Einbezug anderer Werbekanäle in den relevanten Markt nicht rechtfertige. Andere Werbeträger wie insbesondere auch das Internet und die Direktwerbung stünden zu den Printmedien nicht in einer Substitutions-, sondern vielmehr in einer Ergänzungsbeziehung, welche Teil des Werbemixes darstellen könnten, ohne aber die Printmedien zu ersetzen.⁵² Die Marktabgrenzung im Fall «Publigroupe» wurde von Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht bestätigt.⁵³ Letzteres hielt in seinen Erwägungen ausdrücklich fest, dass die Eigenschaften und Gestaltungsoptionen der verschiedenen Werbeträger sowie die (durch die Werbung) anzusprechende Zielgruppe die massgebenden Kriterien für die Feststellung des sachlich relevanten Marktes seien. So werde denn auch zu Recht davon ausgegangen, dass Radio-, TV- und Pressewerbung unterschiedliche Märkte darstellen. Werbung in den unterschiedlichen Medientypen unterscheide sich wesentlich aufgrund der Gestaltungsoptionen und des Adressatenkreises. Jedes Medium weise hinsichtlich der Werbemöglichkeiten unterschiedliche Eigenschaften und Vorteile auf. Laut Bundesgericht ist zudem auch von einem eigenen Online-Werbemarkt auszugehen, der in gewissen Bereichen noch weiter abgestuft werden kann. Die Vorinstanzen seien auch zu Recht davon ausgegangen, dass die verschiedenen Werbeträger eher komplementär zur Anwendung kämen.⁵⁴

⁴⁶ Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40).

⁴⁷ Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV; SR 784.401).

⁴⁸ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁴⁹ Verordnung vom 17. 6. 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁵⁰ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵¹ RPW 2007/2, 201 ff, Rz 80 ff, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵² RPW 2007/2, 207 Rz. 119, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336, E 5, *Publigroupe/WEKO* und BGE 139 I 72, 94 f. E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128 E. 9.2.3.5), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵⁴ BGE 139 I 72, 94 f. E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128 E. 9.2.3.5), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

54. Die WEKO grenzte weiter regelmässig einen separaten sachlichen Markt für die Vermittlung von Onlinewerbeflächen ab, der zudem noch weiter unterteilt werden kann.⁵⁵

55. Betreffend die Vermittlung von Werbezeit in audiovisuellen Medien ging die WEKO bislang im Rahmen von Zusammenschlussverfahren jeweils von einem umfassenden Markt für die Vermittlung von TV-, Radio- und Kinowerbung (audiovisueller Werbevermittlungsmarkt) aus⁵⁶, wobei die Marktabgrenzung aus der Optik von Medienunternehmen (als die massgebliche Marktgegenseite) vorgenommen wurde⁵⁷. Die Abgrenzung eines audiovisuellen Werbevermittlungsmarktes wurde namentlich damit begründet, dass für die Werbevermittler im Bereich der audiovisuellen Medien eine Angebotsumstellung auf ein anderes audiovisuelles Medium in relativ kurzer Zeit möglich sei (Angebotsumstellungsflexibilität).⁵⁸

56. Im Gegensatz dazu geht das deutsche Bundeskartellamt nicht von einem einheitlichen audiovisuellen Werbevermittlungsmarkt aus: So grenzte es im Untersuchungsverfahren RMS Radio Marketing Service GmbH & Co. KG einen separaten Markt, auf welchem die Hörfunkwerbezeitenvermarkter als Anbieter von Dienstleistungen an Hörfunksender zur Vermarktung von Hörfunkwerbezeiten an nationale Werbekunden auftreten, sowie einen separaten Markt, auf dem die Vermarkter als Anbieter von Hörfunkwerbezeiten gegenüber den nationalen Werbekunden auftreten, ab.⁵⁹ Im Übrigen geht auch das Bundeskartellamt – wie die WEKO – nicht von einem allgemeinen, alle Medien umfassenden Gesamtwerbemarkt aus. In den Fusionskontrollverfahren Axel Springer AG/ProSiebenSat.1 Media AG und GU ProSiebenSat.1 Media AG/RTL interactive AG grenzte es einen bundesweiten Fernsehwerbemarkt ab und hielt dabei fest, dass diesem Markt die übrigen Werbeträger (Print, Radio, Plakate, Kino, online) nicht angehören.⁶⁰

Ausführungen der [Unternehmensgruppe]

57. Im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung führt die [Unternehmensgruppe] in ihrer Stellungnahme auf das Auskunftersuchen des Sekretariats im Wesentlichen aus, ein Werbekunde erwarte von seiner Mediaagentur, dass diese ihm aus der ganzen Palette von Mediengattungen (Print, Online, TV, Radio, Out of Home, Kino etc.) den besten Werbemix zusammenstelle. Die Agenturen würden nicht isoliert Werbezeit im TV oder Radio nachfragen, sondern würden nach allen Medien fragen, welche sie zur Umsetzung ihrer Werbeziele einsetzen wollten. Das Ziel der Mediaagentur sei es, Knowhow und technische Instrumente aufzubauen, um den Werbekunden über verschiedene Medienkanäle bedienen zu können. Die Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen würden ihr Budget je nach Konditionen platzieren, die ihnen die verschiedenen Mediengattungen offerierten. Es gebe somit aus Sicht der Nachfrageseite nicht einen TV-Werbemarkt und davon getrennt z. B. einen Print-Werbemarkt. Die einzelnen Mediengattungen seien schon lange zu einem umfassenden Werbemarkt zusammengewachsen. Wenn ein privater TV-Sender (z. B. [...]) den Preis für ein Werbefenster substanziell erhöhen würde, würden die Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen auf andere TV-Sender und ande-

re Mediengattungen (Print, Radio, etc.) ausweichen. Wenn ein Radio den Preis substanziell anhebe, dann gehe das Werbebudget in ein anderes Medium (wie z. B. Plakat oder Print). Auch auf Seiten der Medienanbieter seien die Märkte zusammengewachsen, was sich beispielsweise an der Vermarktungsstrategie von [...] zeige. Weiter könne nicht zwischen regionaler und nationaler Werbung differenziert werden. Mediaagenturen bzw. Werbekunden stünden nicht vor der Wahl, entweder maximal eine Region oder mindestens eine Sprachregion zu buchen. Bei Werbekampagnen seien die Übergänge von einer Region über mehrere Regionen bis hin zum Schweizer Territorium fließend. Weiter werde in der Radiowerbevermittlung und in der TV-Vermarktung zwar mit unterschiedlichen IT-Tools gearbeitet. Die Professionalisierung in den letzten Jahren in der Radiowerbung führe indes dazu, dass die Unterschiede im technisch-administrativen «Handling» immer kleiner würden. Dies gelte nicht nur in Bezug auf die Mediengattungen TV und Radio, sondern in Bezug auf alle Mediengattungen. Dies erkläre zudem den Vorstoss von Printmedienunternehmen wie [...] oder [...] in andere Werbemediengattungen. Der Online- wie auch der Radiowerbevermittlungsmarkt kenne praktisch keine Eintrittsbarrieren. Es brauche – abgesehen vom Knowhow und den technischen Standardtools – praktisch keine Investitionen.⁶¹

Sachliche Marktabgrenzung im vorliegenden Fall

58. Wie erwähnt, ist für die Marktabgrenzung im konkreten Fall stets vom jeweiligen Untersuchungsgegenstand auszugehen (vgl. Rz 51). Untersucht wird vorliegend das Verhalten der [Unternehmensgruppe] (bzw. deren Tochtergesellschaften [B] und [E]) bei der Vermarktung resp. Vermittlung von TV- und Radiowerbezeit für die Schweiz. Als TV-Vermarkterin bzw. Radiowerbevermittlerin stehen der [Unternehmensgruppe] zwei verschiedene Marktgegenseiten gegenüber: Auf der einen Seite stehen die TV- und Radiosender, deren Werbezeit sie vermarktet bzw. vermittelt; auf der anderen Seite stehen die Werbekunden resp. deren Mediaagenturen, an welche sie die Werbezeit verkauft.

⁵⁵ RPW 2009/3, 269 Rz 185, *Tamedia/PPSR*; RPW 2012/1, 155 Rz 105 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2013/1, 97f. Rz 44 ff., *PubliGroupe/ImproveDigital*; RPW 2013/3, 353 f. Rz 30 ff., *Tamedia AG/PPN AG*.

⁵⁶ Vgl. RPW 2007/1, 114 Rz 15, *Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen*; RPW 2007/4, 615 Rz 104, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*; RPW 2009/3, 268 Rz 183, *Tamedia/PPSR*; RPW 2013/3, 395 Rz 46, *PubliGroupe/S1TV*.

⁵⁷ RPW 2007/1, 114 Rz 15, *Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen*.

⁵⁸ RPW 2007/1, 114 Rz 15, *Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen*.

⁵⁹ Beschluss des BKartA vom 15.8.2001 B6-127/99 *RMS Radio Marketing Service GmbH & Co. KG*, 15 ff.

⁶⁰ Beschluss des BKartA vom 19.1.2006 B6-103-05 *Axel Springer AG/ProSiebenSat.1 Media AG*, 25 E. 1.2.1; bestätigt durch Beschluss des BGH vom 8.6.2010 KVR 4/09 *Springer/ProSieben II*, 7 Rz 17; Beschluss des BKartA vom 17.3.2011 B6-94/10 *GU ProSiebenSat.1 Media AG/RTL interactive GmbH*, 15 f. Rz 45 ff.

⁶¹ Vgl. Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012, Vorbemerkung und Fragen 5, 16, 22b und 22d.

59. Der Fokus der vorliegenden Vorabklärung liegt auf dem Verhältnis zwischen der [Unternehmensgruppe] und den Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen. Somit hat die Marktabgrenzung nachfolgend aus der Optik der Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen zu erfolgen. Sie stellen die für die nachfolgende Marktabgrenzung massgebliche Marktgegenseite dar.

60. Es kann festgestellt werden, dass die massgebende Marktgegenseite bei [B] die Vermittlung von Werbezeit im TV und/oder bei [E] die Vermittlung von Werbezeit im Radio nachfragt. Damit stellt sich nachfolgend nicht nur die Frage, ob die Vermittlung bzw. der Verkauf von Werbezeit im TV mit der Vermittlung bzw. dem Verkauf von Werbezeit im Radio austauschbar ist, sondern ganz grundsätzlich die Frage, ob die Bereitstellung von Werberaum bzw. Werbezeit in unterschiedlichen Mediengattungen, und davon abgeleitet die Vermittlung von Werbemöglichkeiten in diesen Mediengattungen, zum selben sachlichen Markt gehören.

61. Entscheidend für die Beurteilung, ob hinsichtlich der Bereitstellung von Werberaum bzw. Werbezeit die verschiedenen Mediengattungen zum selben Markt gehören, ist nun, ob die Nutzer einer bestimmten Mediengattung (z. B. TV) in einem signifikanten Umfang auch über Werbung in einer anderen Mediengattung (z. B. Radio) mit einer vergleichbaren Werbewirkung erreicht werden können.⁶² Im Fall «Publigroupe» hat das Bundesgericht diesbezüglich deutlich gemacht, dass nicht entscheidend sei, ob es Substitutionsangebote gebe, sondern vielmehr bis zu welchem Grad die fraglichen Güter austauschbar seien.⁶³

62. Es gibt deutliche Hinweise, dass Werbung in den verschiedenen Mediengattungen aus der Sicht der Werbetreibenden keine hinreichenden Substitute darstellen, um einem einheitlichen sachlich relevanten Markt zugerechnet werden zu können. So veröffentlicht beispielsweise die Fachpublikation *Media Trend Journal* regelmässig eine Aufstellung über die Unterschiede bezüglich der Werbemöglichkeiten in den verschiedenen Mediengattungen, inklusive unterschiedlicher Charakteristika, Nutzerprofile, Kosten und der Aufgabe der verschiedenen Mediengattungen im Medien-Mix. In dieser Aufstellung werden deutlich Unterschiede hervorgehoben, die nicht auf eine Austauschbarkeit von Werbung in den verschiedenen Mediengattungen schliessen lassen. TV-Werbung wird etwa bezüglich der Aufgabe im Medien-Mix als nationales und sprachregionales Basismedium dargestellt. Im Gegensatz dazu wird Radiowerbung beschrieben als Ergänzungsmedium im lokalen und regionalen Bereich.⁶⁴ Die verschiedenen Mediengattungen unterscheiden sich auch ganz grundsätzlich in den möglichen Darstellungsformen von Werbung: Während beispielsweise TV-Zuschauer mit multisensorischen Werbebotschaften (Bild, Ton, Bewegung) erreicht werden können, sind Radiohörer nur akustisch (Sprache, Geräusche, Musik) und Leser von Printmedien nur mit Bild und Text zu erreichen.

63. Auch eine von [B] in Auftrag gegebene Studie zur Bedeutung der Werbefenster im Schweizer TV-Werbemarkt aus dem Jahr 2012 kommt zum Schluss, dass es ein Trugschluss sei, dass Werbung einfach zwischen den einzelnen Medien und Werbeträgern hin und

her geschoben werde könne. Nicht alle Medien und Werbeträger würden identische Zielgruppen erreichen. Der gewünschte Werbedruck in einer bestimmten Zielgruppe könne deshalb nicht einfach alternativ bei diesem oder jenem Medium oder Werbeträger eingekauft werden. Schon aus diesem Blickwinkel seien Medien und Werbeträger nur zu einem gewissen Grad austauschbar. Vor allem hohe Reichweiten müssten in der Regel über mehrere Medienkanäle hinweg kumuliert werden. Bei internationalen Konzernen könne es zudem Vorgaben im Hinblick auf die einzusetzenden Werbemittel geben, über die sich die einzelnen Länderdependancen nur schwerlich hinwegsetzen könnten. Auch in diesem Fall könnten Medien und Werbeträger nicht einfach ausgetauscht werden.⁶⁵ In dieselbe Richtung weisen auch die Ergebnisse der Marktbefragung des Sekretariats. Diese deuten darauf hin, dass die Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen die verschiedenen Werbeträger bzw. Mediengattungen hauptsächlich komplementär und weniger alternativ einsetzen.

64. Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass für die Bereitstellung von Werberaum bzw. Werbezeit in unterschiedlichen Mediengattungen im Grundsatz immer noch gilt, was von der WEKO, dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht im Fall «Publigroupe» festgestellt wurde, dass nämlich aus der Perspektive der Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen die verschiedenen Mediengattungen – entsprechend der ständigen Praxis der WEKO⁶⁶ – nicht austauschbar sind und insbesondere auch Werbezeit im Radio kein hinreichendes Substitut zu Werbezeit im TV darstellt und umgekehrt.

65. Davon abgeleitet ist auch die Vermittlung von Werberaum bzw. Werbezeit in einer bestimmten Mediengattung (z. B. Radio) kein hinreichendes Substitut zur Vermittlung von Werberaum bzw. Werbezeit in einer anderen Mediengattung (z. B. TV), so dass es sich um jeweils gesonderte Vermittlungsmärkte handelt: Bildet nämlich beispielsweise TV-Werbung Bestandteil der Werbestrategie bzw. des Medien-Mixes eines Werbekunden, muss sich dieser bzw. dessen Mediaagentur für den Kauf von Werbezeit zwingend an einen TV-Vermarkter wenden und kann nicht alternativ auf die Dienste von Radiowerbemitglern oder Vermittlern von Inserate- und Werberaum in Printmedien ausweichen. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Vermittlung von Werbezeit im Radio – ebenso wenig wie die Vermittlung von Inserate- und Werberaum in Printmedien oder die Vermittlung von Onlinewerbeflächen – ein hinreichendes

⁶² Vgl. RPW 2014/2, 427 Rz 42, *Aurelius/Publicitas*.

⁶³ BGE 139 I 72, 94 f. E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128 E. 9.2.3.5), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁶⁴ *Media Trend Journal* 4-2013, *Intermedia Vergleich* 2014, S. 64.

⁶⁵ [...]Studie Werbefenster Schweiz 2012 (Fn 23), S. 24 und 36 f.

⁶⁶ Vgl. statt vieler RPW 2009/3, 267, Rz 147, Rz 158, Rz 169 und Rz 172, *Tamedia/PPSR*.

Substitut für die Vermittlung von TV-Werbezeit darstellt und umgekehrt. Hinsichtlich der Angebotsumstellungsflexibilität ist anzumerken, dass zwar davon ausgegangen werden kann, dass ein TV-Vermarkter in relativ kurzer Zeit und ohne grosse Investitionen auch als Radiowerbevermittler tätig werden könnte. Demgegenüber dürfte es für einen Radiowerbevermittler jedoch aufgrund des Systems der Exklusivvermarktung im Bereich der TV-Werbung (vgl. Rz 17) und der mehrjährigen Vermarktungsverträge⁶⁷ kaum möglich sein, kurzfristig und ohne zusätzliche Kosten und Risiken in das TV-Vermarktungsgeschäft einzusteigen.

66. Aus den obgenannten Gründen erscheint es vorliegend als sachgerecht, dass die Vermittlung von TV-Werbezeit und die Vermittlung von Radiowerbezeit unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten zugewiesen werden und nicht von einem audiovisuellen Werbevermittlungsmarkt (vgl. Rz 55) ausgegangen wird.

67. Hinsichtlich der Vermittlung von TV-Werbezeit für die Schweiz geht aus der Marktbefragung hervor, dass TV-Werbung in der Regel im Rahmen von nationalen Werbekampagnen geschaltet wird, die fast immer sowohl über die öffentlich-rechtlichen als auch über die privaten TV-Sender lanciert werden. Während die privaten TV-Sender grundsätzlich besser geeignet seien, um ein jüngeres Zielpublikum zu erreichen, seien die öffentlich-rechtlichen Sender der SRG besser geeignet, um ein älteres Zielpublikum anzusprechen. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass nationale TV-Werbekampagnen in der Regel komplementär sowohl über öffentlich-rechtliche als auch über private TV-Sender gebucht werden, um ein (bezogen auf das Alter der Zuschauer) möglichst breites Zielpublikum zu erreichen. Auch die vorstehend erwähnte Studie zur Bedeutung von Werbefenstern im Schweizer TV-Werbemarkt hält fest, dass das Fernsehen seine Stellung als Hauptwerbemedium, mit Gesamtreichweiten von 70 bis 80 % in breit angelegten Zielgruppen, nur durch die wechselseitige Kombination der Reichweiten der SRG-Programme und der Werbefenster behaupten könne.⁶⁸ Aufgrund dieser Komplementarität ist es zumindest denkbar, dass die Vermittlung von TV-Werbezeit in den öffentlich-rechtlichen TV-Sendern der SRG einem anderen sachlichen Markt zuzuordnen ist als die Vermittlung von TV-Werbezeit in den Schweizer Werbefenstern von privaten ausländischen TV-Sendern oder den privaten inländischen TV-Sendern.⁶⁹ Die definitive sachliche Marktabgrenzung betreffend die Vermittlung von TV-Werbezeit für die Schweiz kann an dieser Stelle jedoch offengelassen werden. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, hat die [Unternehmensgruppe] von sich aus Massnahmen zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen bei der Vermarktung bzw. Vermittlung von TV- und Radiowerbezeit getroffen und zusätzlich gegenüber dem Sekretariat eine Verpflichtungserklärung betreffend ihr zukünftiges Verhalten in diesem Bereich abgegeben. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich nach Ansicht des Sekretariats insgesamt nicht, weitere aufwendige Abklärungen betreffend die Marktabgrenzung im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV-Werbezeit für die Schweiz vorzunehmen, zumal es selbst bei einer engen Marktabgrenzung fraglich ist, ob die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] im relevanten Zeitraum (2005 bis

2009) tatsächlich marktbeherrschend gewesen sein könnte (vgl. Rz 154 ff.).

68. Hinsichtlich der Vermittlung von Radiowerbezeit für die Schweiz geht aus der Marktbefragung hervor, dass nationale bzw. national verbreitete Radiowerbung überwiegend über Vermittler, lokale und regionale bzw. regional verbreitete Werbung dagegen vorwiegend direkt bei den einzelnen Radiosendern (oder regionalen Radiowerbepools) gebucht wird (vgl. Rz 29). Dies lässt den Schluss zu, dass einerseits für nationale Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen die Direktbuchung bei mehreren Radiosendern in der Regel kein hinreichendes Substitut zur Buchung über einen Vermittler darstellt und andererseits für lokale oder regionale Werbekunden die Buchung über einen Vermittler nicht als gangbare Alternative zu einer Direktbuchung beim gewünschten Radiosender erscheint.⁷⁰ In Analogie zur ständigen Praxis der WEKO im Bereich der Bereitstellung von Radiowerbezeit⁷¹ erscheint deshalb vorliegend als sachgerecht, zwischen einem sachlichen Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz und weiteren sachlichen Märkten für die Vermittlung bzw. den Verkauf von lokaler resp. regionaler Radiowerbezeit für die Schweiz zu unterscheiden.⁷² Ausgehend von der Tätigkeit von [E] als Vermittlerin von Radiowerbezeit ist für die vorliegende Vorabklärung vor allem der sachliche Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz relevant.

B.3.1.1.2. Räumlich relevante Märkte

69. 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).

⁶⁷ [...].

⁶⁸ [...] -Studie Werbefenster Schweiz 2012 (Fn 23), S. 37 f.

⁶⁹ Ebenfalls denkbar wäre es, in Analogie zur ständigen Praxis der WEKO im Bereich der Bereitstellung von TV-Werbezeit (vgl. statt vieler RPW 2009/3, 267, Rz 172, *Tamedia/PPSR*), den Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz weiter in einen Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von nationaler TV-Werbezeit für die Schweiz sowie in weitere Märkte für die Vermittlung bzw. den Verkauf von regionaler bzw. lokaler TV-Werbezeit für die Schweiz zu unterteilen. Diese Unterscheidung kann für das vorliegende Verfahren indes unterbleiben, da in der Schweiz mit regionaler und lokaler TV-Werbung vergleichsweise geringe Werbeumsätze generiert werden und diese für die Beurteilung der Marktstellung der [Unternehmensgruppe] nicht ins Gewicht fallen dürften.

⁷⁰ Offengelassen werden kann, ob allenfalls die Direktbuchung bei einem sprachregionalen oder sprachraumübergreifenden Radiowerbepool wie dem «[...]» (vgl. Fn 36) oder über die neue Buchungsplattform der [P] (vgl. Fn 37 und Rz 86) für nationale Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen ein hinreichendes Substitut zur Buchung über einen unabhängigen Vermittler darstellt.

⁷¹ Vgl. statt vieler RPW 2009/3, 267, Rz 169, *Tamedia/PPSR*.

⁷² Vgl. auch Beschluss des BKartA vom 15.8.2001, B6-127/99 *RMS Radio Marketing Service GmbH & Co. KG*, 15.

Praxis der WEKO

70. Die WEKO grenzte den Markt für die Vermittlung von TV-, Radio- und Kinowerbung (sog. audiovisueller Werbevermittlungsmarkt) in ihrer bisherigen Praxis national ab, wobei die definitive Marktabgrenzung (eventuell weitere Unterteilung nach Sprachregionen) offengelassen wurde.⁷³ Betreffend den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien sowie auch den Markt für die Vermittlung von Onlinewerbeflächen wurde jeweils von nationalen Märkten ausgegangen.⁷⁴

Ausführungen der [Unternehmensgruppe]

71. Mit Blick auf die räumliche Marktabgrenzung führt die [Unternehmensgruppe] in ihrer Stellungnahme auf das Auskunftersuchen des Sekretariats im Wesentlichen aus, dass eine Aussage zur Herkunft der Kunden nicht möglich sei, weil im Fragebogen das Kriterium für eine Unterteilung in Schweizer Kunden und ausländische Kunden fehle. So sei fraglich, ob ein internationaler Konzern, der via seine Mediaagentur in der Schweiz buche, ein internationaler Kunde sei. Es frage sich ferner, ob ein international tätiges Schweizer Unternehmen, das den ganzen Werbeetat durch eine internationale Mediaagentur vergabe, ein Schweizer Kunde sei. So lasse [...] ihr Werbebudget durch eine Agentur in London buchen. Die beiliegende Übersicht zeige, dass [...] % der TV-Werbekunden von [B] aus [...] Ländern ausserhalb der Schweiz stammen.⁷⁵

Räumliche Marktabgrenzung im vorliegenden Fall

72. [B] vermarktet Schweizer Werbefenster von ausländischen privaten TV-Sendern sowie Werbezeit in inländischen Privatsendern. [E] vermittelt Werbezeit von sämtlichen in der Schweiz terrestrisch empfangbaren Privatradiosendern. Die Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen fragen – unabhängig davon, wo sie domiziliert sind bzw. ob es sich um ein lediglich in der Schweiz tätiges oder aber ein international tätiges Unternehmen handelt – bei [B] bzw. [E] TV- und Radiowerbezeit für die Schweiz bzw. für ein Schweizer Zielpublikum nach. Mit Blick auf die räumliche Marktabgrenzung ist anzumerken, dass sämtliche derzeit im Markt aktiven Vermarkter bzw. Vermittler von TV- und Radiowerbezeit für die Schweiz in der Schweiz domiziliert sind. Ungeachtet dieser Tatsache erscheint es aber als wahrscheinlich, dass ein Werbekunde, der ein Schweizer Zielpublikum erreichen möchte, bzw. dessen Mediaagentur die Dienstleistung der Vermarktung bzw. Vermittlung von hierfür notwendiger TV- oder Radiowerbezeit auch bei einem nicht in der Schweiz ansässigen Anbieter nachfragen würde. Da, wie erwähnt, alle derzeit relevanten Vermarkter bzw. Vermittler von TV- und Radiowerbezeit für die Schweiz auch hier ansässig sind, kann es vorliegend offengelassen werden, ob die sachlich relevanten Märkte national oder supranational abzugrenzen sind.

B.3.1.1.3. Zwischenergebnis

73. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung von

- einem Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz oder alternativ einem Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-

Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern (Schweizer Werbefenster von privaten ausländischen TV-Sendern und private inländische TV-Sender); sowie

- einem Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz

als relevante Märkte ausgegangen wird, wobei die definitiven sachlichen und räumlichen Marktabgrenzungen im Sinne der obigen Erwägungen offengelassen werden.

74. Wie in Rz 67 angemerkt, kann namentlich die definitive sachliche Marktabgrenzung betreffend die Vermittlung von TV-Werbezeit für die Schweiz im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung offengelassen werden.

B.3.1.2 Marktstellung

75. Nach der Abgrenzung der relevanten Märkte gilt es nachfolgend zu prüfen, ob die [Unternehmensgruppe] mit ihren Tochtergesellschaften [B] und [E] möglicherweise eine marktbeherrschende Stellung in diesen Märkten einnimmt.

B.3.1.2.1. Im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV-Werbezeit für die Schweiz

Aktuelle Konkurrenz

76. Wie erwähnt, werden die Werbemöglichkeiten in den öffentlich-rechtlichen TV-Sendern der SRG durch deren Vermarktungstochter [F] kommerzialisiert. Die Schweizer Werbefenster sowie die inländischen sprachregionalen Privatsender werden dagegen hauptsächlich durch [B] vermarktet (vgl. Fn 8 und 9). Als TV-Vermarkter sind daneben namentlich noch [G], [H] und [I] tätig (vgl. Rz 18).

77. Bei Abgrenzung eines (einheitlichen) Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz ist von einer oligopolistischen Marktstruktur mit den beiden führenden Anbietern [F] und [B] auszugehen. Gemessen am TV-Netto-Werbeumsatz (vgl. Rz 8 und 12) dürften [F] und [B] zusammen einen Marktanteil von rund [80-100] % auf sich vereinigen, wobei [F] der (leicht) gewichtigere Oligopolist sein dürfte. Es kann somit von einer sehr starken Stellung sowohl von [F] als auch von [B], jedoch eher nicht von einer marktbeherrschenden Stellung von [B] allein ausgegangen werden.

⁷³ RPW 2007/1, 114 Rz 16, *Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen*, RPW 2007/4, 615 Rz 105, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*; RPW 2009/3, 268 Rz 184, *Tamedia/PPSR*; RPW 2013/3, 396 Rz 50, *PubliGroupe/S1TV*.

⁷⁴ RPW 2014/2, 428 Rz 50, *Aurelius/Publicitas*; RPW 2013/3, 354 Rz 39, *Tamedia AG/PPN AG*.

⁷⁵ Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012, Frage 5.

78. Bei Abgrenzung eines separaten Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern (Schweizer Werbefenster von privaten ausländischen TV-Sendern und private inländische TV-Sender) würde [B] derzeit gemessen am TV-Netto-Werbeumsatz (vgl. Rz 8 und 12) einen Marktanteil von gegen [80-90] % auf sich vereinigen, und es wäre damit wohl von einer marktbeherrschenden Stellung von [B] auszugehen. Bis Ende 2010 dürfte hingegen von der [H], die bis dahin die Werbefenster von [...] und [...] sowie von [...] vermarktete (vgl. Fn 26), ein nicht zu vernachlässigender Wettbewerbsdruck auf [B] ausgegangen sein. Dass – wie aus den von der [Unternehmensgruppe] gemachten Angaben ersichtlich wird – [B] ihren Umsatz mit dem Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz im Jahr 2011 massiv steigern und ihren Marktanteil im Bereich der Vermittlung bzw. dem Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern von rund [50-70] % auf rund [80-90] % erhöhen konnte, dürfte denn auch vorab mit der Übernahme der Vermarktung der Werbefenster von [...] und [...] sowie von [...] von [H] zusammenhängen. Als private TV-Vermarkter sind heute – wie erwähnt – neben [B] namentlich noch [G], [H] und [I] tätig (vgl. Rz 76).

79. Zusammenfassend kann davon ausgegangen werden, dass [B] auf einem eng abgegrenzten Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern zumindest seit 2011 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt haben und auch heute noch marktbeherrschend sein könnte.

Potenzielle Konkurrenz

80. Mit Blick auf die beschränkte Marktgrösse der Schweiz ist nicht davon auszugehen, dass in naher Zukunft weitere TV-Vermarkter in den Markt eintreten werden. Von den bestehenden privaten TV-Vermarktern [G], [H] und [I] dürfte aufgrund ihres beschränkten Senderportfolios (vgl. Rz 76) in naher Zukunft nur ein geringer Wettbewerbsdruck auf [B] ausgehen. Jene müssten mit der Vermarktung einiger weiterer Privatsender bzw. Werbefenster beauftragt werden, um in der Vermittlung von TV-Werbezeit für die Schweiz an Bedeutung zu gewinnen und eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der [B] ausüben zu können. Anzumerken ist zudem, dass nicht davon auszugehen ist, dass die SRG-Vermarktungstochter [F] zukünftig auch als Vermarkterin von Schweizer Werbefenstern privater ausländischer TV-Sender oder von privaten inländischen TV-Sendern aktiv werden wird. Im Übrigen ist auch kein Trend Richtung Eigenvermarktung der TV-Sender auszumachen, der sich disziplinierend auf das Verhalten der [B] auswirkt. Es kann davon ausgegangen werden, dass derzeit keine genügend starke potenzielle Konkurrenz besteht, die eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von [B] auf einem eng abgegrenzten Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern ausüben könnte.

B.3.1.2.2. Im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz

Aktuelle Konkurrenz

81. Als Vermittler sind neben [E] derzeit namentlich noch [L], [M] und [N] tätig. Bis Ende 2010 war zudem [O], die Mitte 2006 von [H] übernommen worden war, als Radiowerbevermittlerin aktiv (vgl. Rz 28). Anzumerken ist auch, dass bis Ende 2010 mit dem «[...]» ein nationaler sprachraumübergreifender Radiowerbepool bestand, der von [J] vermarktet wurde (vgl. Rz 26 und Fn 36).

82. Aus den von der [Unternehmensgruppe] gemachten Angaben und eingereichten Unterlagen kann geschlossen werden, dass [B] bzw. (seit Mitte 2013) [E] (vgl. Rz 5) spätestens im Jahr 2007 zur bis dahin marktführenden [O] aufgeschlossen hatte und ihren Marktanteil seither weiter kontinuierlich steigern konnte. Dies insbesondere zulasten der [O], die ihre Geschäftstätigkeit – wie erwähnt – Ende 2010 aufgab. Die Marktbefragung hat zudem ergeben, dass die übrigen Radiowerbevermittler nur eine untergeordnete Rolle in der nationalen Radiowerbevermittlung spielen und kaum disziplinierend auf das Verhalten der [E] einwirken können. Anzumerken ist zudem, dass in den öffentlich-rechtlichen Radioprogrammen der SRG die Ausstrahlung von klassischen Radiowerbespots verboten und nur das Sponsoring von Radiosendungen erlaubt ist (vgl. Rz 25). Von der [F] dürfte folglich ebenfalls nur eine geringe disziplinierende Wirkung auf [E] ausgehen.

83. Zusammenfassend kann davon ausgegangen werden, dass [B] bzw. (seit Mitte 2013) [E] zumindest seit 2011 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt haben und auch heute noch marktbeherrschend sein könnte. Bis 2010 dürfte hingegen von der ehemaligen Marktführerin [O] sowie unter Umständen auch dem sprachraumübergreifenden Radiowerbepool «[...]» ein gewisser Wettbewerbsdruck auf [B] ausgegangen sein.

Potenzielle Konkurrenz

84. Im Zusammenhang mit der Frage der potenziellen Konkurrenz führt die [Unternehmensgruppe] in ihrer Stellungnahme auf das Auskunftsersuchen des Sekretariats im Wesentlichen aus, dass der Online- wie auch der Radiovermittlungsmarkt praktisch keine Eintrittsbarrieren kenne. Es brauche – abgesehen vom Knowhow und den technischen Standardtools – praktisch keine Investitionen. Man gehe mit Blick auf die Entwicklung in den letzten Jahren von Marktzutritten aus. So würde [G] gegenwärtig die drei Radio [...] Sender in Zürich, Basel und Bern beherrschen und könne als einziger Marktteilnehmer ein Angebot über drei wichtige Agglomerationen in der Schweiz aus einer Hand anbieten. Bezeichnenderweise vermarktete [G] die drei Sender selber. Zusammen mit der bekannten Strategie von [G], die gesamte Wertschöpfungskette nicht nur auf der Stufe der Medien, sondern auch im gesamten Entertainmentbereich abzudecken, erwarte man einen sehr starken neuen Player.⁷⁶

⁷⁶ Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012.

85. Aus der Marktbefragung geht hervor, dass die Mehrheit der Mediaagenturen und Radiosender nicht mit Markteintritten von weiteren Vermittlern rechnet. Einige wenige der befragten Mediaagenturen und Radiosender halten es hingegen für möglich, dass [G] – neben der Vermarktung der eigenen Radiosender – auch in der Vermittlung von Radiowerbezeit in Drittsendern aktiv werden könnte. Trotz den von der [Unternehmensgruppe] angeführten tiefen Marktzutrittsschranken ist es in den letzten Jahren nicht zu Markteintritten von Vermittlern gekommen. [E] hat sich auf dem Markt etabliert und dürfte gegenüber [G] insofern über einen Wettbewerbsvorteil verfügen, als sie namentlich mit [B] im Bereich der TV-Vermarktung aber auch mit [C] im Bereich Vermittlung von Onlinewerbevermittlung über starke konzernverbundene Partnerinnen im Bereich der Vermarktung elektronischer Medien verfügt und so von gewissen Synergieeffekten profitieren dürfte. [G] vermarktet hingegen derzeit – neben dem 2013 lancierten eigenen Musiksender [...] – nur das Schweizer Werbefenster des französischen TV-Senders [...] und dürfte als potenzielle Konkurrentin im Bereich Radiowerbevermittlung demzufolge wohl kaum von vergleichbaren Synergieeffekten profitieren können. Folglich kann davon ausgegangen werden, dass auch von [G] in naher Zukunft nur ein geringer potenzieller Wettbewerbsdruck auf [E] ausgeht.

86. Inwiefern sich [P], die im Herbst 2014 von acht Deutschschweizer Privatradios zur Vermarktung deren Werbezeit gegründet wurde (vgl. Fn 37), im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz wird etablieren können, wird sich zeigen. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die Vermarktung der beteiligten Radiosender durch [P] zumindest in naher Zukunft nicht genügend disziplinierend auf das Verhalten der [E] auswirken wird, zumal die [P] gemäss eigenen Angaben eine offen buchbare Buchungsplattform anbietet und sich als Ergänzung zu den bestehenden Marktpartnern versteht.⁷⁷

87. Zusammenfassend kann davon ausgegangen werden, dass derzeit keine genügende potenzielle Konkurrenz bestehen dürfte, die eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der [E] ausüben könnte.

B.3.1.3 Zwischenergebnis

88. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass aufgrund der vorläufigen Analyse der Marktverhältnisse im Rahmen der Vorabklärung Anhaltspunkte bestehen, wonach die [Unternehmensgruppe] mit ihren Tochtergesellschaften [B] und [E] auf einem eng abgegrenzten Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern sowie auf dem Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz zumindest seit 2011 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

89. Im Folgenden wird demnach geprüft, ob Anhaltspunkte für den Missbrauch dieser allfälligen marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG vorliegen.

B.3.2 Möglicherweise unzulässige Verhaltensweisen

90. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Auf-

nahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

91. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.⁷⁸ Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist – wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe» ausgeführt hat – im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. Insofern indizieren die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmuster zu eruieren ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d. h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe (legitimate business reasons) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Behinderung oder Benachteiligung bzw. Ausbeutung vorliegt. Daneben anerkennt die Lehre auch weitere Kriterien wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.⁷⁹

B.3.2.1 Vereinbarungen über Rabatte bzw. Freespace im Bereich TV- und Radiowerbung

92. In ihrer Stellungnahme auf das Auskunftersuchen des Sekretariats gibt die [Unternehmensgruppe] an, dass sowohl TV- wie auch Radiosender den Werbekunden – sei dies direkt oder über eine entsprechende Vereinbarung mit der Mediaagentur des Werbekunden – Cash-Rabatte und Freespace⁸⁰ gewähren.⁸¹

93. Die [Unternehmensgruppe] führt zudem aus, dass die operativen Gesellschaften die Bereiche TV, Radio, Digital Out of Home, Internet und Mobile je gesondert vermitteln bzw. vermarkten würden. Die zwingend getrennt zu erfolgende Vermarktung bzw. Vermittlung ergebe sich daraus, dass die Preishoheit bei den vertretenen Medienunternehmen liege. [B] verkaufe stellvertretend für die TV- und Radiosender Werbezeit und erhalte dafür eine Kommission. Dabei sei [B] an die Preisvorgaben des Senders gebunden. Ein TV-Sender bzw. eine Sendergruppe sei nicht daran interessiert, zugunsten von Radiosendern Preiskonzessionen zu machen bzw. in crossmediale Deals einzusteigen. Eigentliche Cross-Media Angebote könne [B] deshalb heute nicht unterbreiten. [B] könne somit Werbekunden und Agenturen nur beraten und sensibilisieren, einen möglichst optimalen Werbemix in Erwägung zu ziehen.⁸²

⁷⁷ Vgl. Persoelich.com vom 2.10.2014, <[www]> (27.10.2014).

⁷⁸ Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 468, 570.

⁷⁹ BGE 139 I 72, 104 E.10.1.2 m. w. H. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁸⁰ Vgl. Fn 1.

⁸¹ Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012, Frage 26.

⁸² Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012, Fragen 4 und 5.

94. Zu diesen Ausführungen der [Unternehmensgruppe] ist Folgendes anzumerken: Die von der [Unternehmensgruppe] eingereichten Unterlagen deuten darauf hin, dass zumindest in der Vergangenheit medienübergreifende Rabatt- bzw. Freespace-Vereinbarungen mit Werbekunden abgeschlossen worden sind.⁸³ [...] ⁸⁴ Es ist somit auch denkbar, dass die Unternehmen der [Unternehmensgruppe] beim Verkauf von TV- sowie auch Radiowerbezeit – neben der Weitergabe der von den Sendern festgelegten Rabatt- bzw. Freespace-Konditionen – Teile ihrer Vermarkter- bzw. Vermittlerkommission (vgl. Rz 23 und 30) als zusätzliche Rabatte bzw. Freespace und somit den Werbekunden auch Rabatte bzw. Freespace auf eigene Rechnung gewähren.

95. Das Sekretariat hat deshalb von rund 30 Werbekunden und den befragten Mediaagenturen detaillierte Auskünfte über allfälligen Rabatt- bzw. Freespace-Vereinbarungen mit [B] im Bereich TV- und Radiowerbung betreffend den Zeitraum 2004 bis 2012 einverlangt.

B.3.2.1.1. Vereinbarungen mit Werbekunden

96. Aus der Marktbefragung geht hervor, dass [B] mit Werbekunden, die über ein entsprechend hohes TV-Werbebudget verfügen, sog. «Kunden-Vereinbarungen» abschliesst. Darin werden in der Regel für die Dauer eines Jahres auf der Basis des beabsichtigten TV-Investitionsvolumens in den von [B] vermarkteten TV-Sendern die Freespace-Konditionen für die Schaltung von Werbung in diesen Sendern festgelegt.⁸⁵ Die Marktbefragung hat ergeben, dass seit 2011 dabei jeweils separate Vereinbarungen für die Sender der [...] Gruppe⁸⁶, für die Sender der [...] Gruppe⁸⁷ etc. abgeschlossen werden.

97. Die von einigen namhaften Werbekunden eingereichten Kunden-Vereinbarungen beschränkten sich jedoch nicht nur auf die Festlegung der TV-Freespace-Konditionen, sondern enthielten auch Klauseln betreffend das Werbebudget in anderen Mediengattungen wie Radio, Online und Adscreen⁸⁸. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, die zwischen 2005 und 2009 abgeschlossen wurden. Mit Blick auf eine mögliche Behinderung von Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von Radiowerbezeit für die Schweiz ist das Sekretariat betreffend diese Vereinbarungen auf Folgendes aufmerksam geworden:

Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft

98. Einige dieser Vereinbarungen legten zwar nur Freespace-Konditionen in den von [B] vermarkteten TV-Sendern fest, enthielten aber eine Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft, wonach sich die Werbekunden verpflichteten, einen Teil oder das gesamte Radiowerbebudget sowie teilweise zusätzlich noch einen Teil oder das gesamte Onlinewerbebudget exklusiv über [B] bzw. [Q]⁸⁹ zu buchen.

Medienübergreifendes Freespace-Angebot

99. Andere medienübergreifende Vereinbarungen enthielten neben Freespace-Konditionen für TV-Werbung auch separate, umsatzabhängige Rabatt- und/oder Freespace-Konditionen für Radiowerbung sowie teilweise zudem auch für Adscreen- und Onlinewerbung. Einem Werbekunden unterbreitete [B] zusätzlich noch ein

medienübergreifendes Freespace-Angebot, bei welchem der Umsatz mit sämtlichen Medien und Produkten relevant und der Freespace anteilmässig auf den jeweiligen Medien zu beziehen war.

Gewährung von Freespace im Radio wurde an eine Exklusivbuchungsverpflichtung geknüpft

100. In einigen Vereinbarungen wurde die Gewährung der darin vorgesehenen umsatzabhängigen Freespace-Konditionen für Radiowerbung zudem explizit an die Bedingung geknüpft, dass das gesamte oder zumindest der überwiegenden Teil des Radiowerbevolumens exklusiv über [B] gebucht wurde. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, die alle im Jahr 2009 abgeschlossen wurden.

101. Die zwischen 2010 und 2012 abgeschlossenen, eingereichten Kunden-Vereinbarungen (vgl. Rz 96) beschränkten sich auf die Festlegung der Freespace-Konditionen für TV-Werbung und enthielten keine Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft (vgl. Rz 98), kein medienübergreifendes Freespace-Angebot (vgl. Rz 99) und keine Exklusivbuchungsverpflichtung betreffend die Gewährung von Freespace im Radio (vgl. Rz 100) mehr. Die Ergebnisse der Marktbefragung deuten zudem darauf hin, dass im Radiobereich die Rabatt- bzw. Freespace-Konditionen oft nicht mehr in schriftlichen Verträgen festgehalten werden.

Zielvereinbarung betreffend Rabatte und Freespace im Radio

102. Das Sekretariat ist jedoch auf eine Zielvereinbarung für das Jahr 2012 aufmerksam geworden, wonach einem Werbekunden auf der Basis eines geplanten Jahresradiowerbeumsatzes von rund [1,5-2,5] Mio. Franken ein Rabatt (inkl. BK⁹⁰) in der Höhe von [20-30] % und Freespace in der Höhe von [5-15] % eingeräumt wurden. Der Werbekunde hatte Anspruch auf den vereinbarten Rabatt bzw. Freespace im Radio, sofern mindestens [90-100] % des Zielumsatzes getätigt wurden.

B.3.2.1.2. Vereinbarungen mit Mediaagenturen

103. Die Ergebnisse der Marktbefragung deuten darauf hin, dass auf Agenturebene mit gewissen Mediaagenturen Vereinbarungen über Rabatt- bzw. Freespace-Konditionen bestehen, von welchen diejenigen Werbekunden profitieren, die über ein zu geringes Werbeinvestitionsvolumen für den Abschluss einer kundenspezifischen Vereinbarung verfügen.

⁸³ Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012.

⁸⁴ Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012.

⁸⁵ Anzumerken ist, dass auch die SRG-Vermarktungstochter [F] entsprechende Rahmenvereinbarungen mit Werbekunden abschliesst.

⁸⁶ So [...], [...], [...], [...], [...] und [...].

⁸⁷ So [...], [...] und [...].

⁸⁸ Vgl. Fn 18.

⁸⁹ Die [Unternehmensgruppe] beteiligte sich im Dezember 2003 zu [...] % an der auf die Vermarktung von Internetwerbung spezialisierte [Q] und integrierte diese in die Gruppe. Im Mai 2007 übernahm die [Unternehmensgruppe] [Q] zu [...] %. Im Oktober 2010 wurde [Q] in [C] umfirmiert (vgl. Fn 3 und Rz 6).

⁹⁰ Vgl. Rz 22.

104. Aus den von der [Unternehmensgruppe] eingereichten Unterlagen geht jedoch hervor, dass [B] den Fokus auf (direkte) Vereinbarungen mit Werbekunden gelegt hat, [...]. [...].⁹¹ Vor diesem Hintergrund hat das Sekretariat den Fokus der Vorabklärung auf die Vereinbarungen mit Werbekunden, d. h. auf die vorstehend angesprochenen Kunden-Vereinbarungen gelegt. Anzumerken ist jedoch, dass die von der [Unternehmensgruppe] im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung gegenüber dem Sekretariat abgegebene Verpflichtungserklärung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG auch für Jahres- und andere Rahmenvereinbarungen über Rabatte bzw. Freespace mit Mediaagenturen gilt (vgl. Rz 156).

B.3.2.1.3. Ergebnis

105. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gemäss den Ergebnissen der Marktbefragung [B] im Zeitraum von 2005 bis 2009 mit einigen namhaften Werbekunden Kunden-Vereinbarungen abgeschlossen hat, die sich nicht nur auf die Festlegung der TV-Freespace-Konditionen beschränkten, sondern auch Klauseln betreffend das Werbebudget in anderen Mediengattungen (Radio, Online und Adscreen) enthielten.

106. Einige dieser Vereinbarungen legten zwar nur Freespace-Konditionen in den von [B] vermarkteten TV-Sendern fest, enthielten aber eine Klausel, wonach sich die Werbekunden verpflichteten, einen Teil oder das gesamte Radiowerbebudget sowie teilweise zusätzlich noch einen Teil oder das gesamte Onlinewerbebudget exklusiv über [B] bzw. [Q] zu buchen (vgl. Rz 98).

107. Andere Vereinbarungen enthielten neben Freespace-Konditionen für TV-Werbung auch separate, umsatzabhängige Rabatt- und/oder Freespace-Konditionen für Radio- sowie teilweise zudem noch für Adscreen- und Onlinewerbung. Einem Werbekunden wurde dabei zusätzlich noch ein medienübergreifendes Freespace-Angebot unterbreitet, bei welchem der Umsatz mit sämtlichen Medien und Produkten relevant und der Freespace anteilmässig auf den jeweiligen Medien zu beziehen war (vgl. Rz 99).

108. In einigen dieser medienübergreifenden Vereinbarungen wurde schliesslich die Gewährung der darin vorgesehenen umsatzabhängigen Freespace-Konditionen für Radiowerbung explizit an die Bedingung geknüpft, dass das gesamte oder zumindest der überwiegenden Teil des Radiowerbevolumens exklusiv über [B] gebucht wurde. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, die alle im Jahr 2009 abgeschlossen wurden (vgl. Rz 100).

109. In Anbetracht der eingereichten Kunden-Vereinbarungen, die ab 2010 abgeschlossen wurden (vgl. Rz 101), sowie der von der [Unternehmensgruppe] gemachten Angaben und eingereichten Unterlagen (vgl. Rz 93 f.) kann davon ausgegangen werden, dass ab 2010 keine solchen Vereinbarungen mehr abgeschlossen wurden und die Rabatt- bzw. Freespace-Konditionen im TV und Radio seither in separaten Vereinbarungen festgelegt werden.

110. Das Sekretariat ist jedoch auf eine für das Jahr 2012 getroffene Zielvereinbarung aufmerksam geworden, wonach einem Werbekunden Rabatte und Freespace im Radio auf der Basis des geplanten Jah-

resradiowerbeumsatzes (nachfolgend: Zielumsatz) eingeräumt wurden (vgl. Rz 102).

111. Im Folgenden ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die [Unternehmensgruppe] bzw. deren Tochtergesellschaft [B] durch den Abschluss der erwähnten Vereinbarungen missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG verhalten hat. Betreffend die Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft (vgl. Rz 98) sowie das medienübergreifende Freespace-Angebot (vgl. Rz 99) könnte namentlich eine Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG vorliegen. Die Exklusivbuchungsverpflichtungen betreffend die Gewährung von Freespace im Radio (vgl. Rz 100) sowie die Zielvereinbarung über Rabatte und Freespace im Radio (vgl. Rz 102) könnten dagegen namentlich zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG geführt haben.

B.3.2.2 Koppelungsgeschäfte

112. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich potenziell unzulässig, wenn es den Abschluss bzw. die Konditionen von Verträgen an die Bedingung koppelt, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen. Der Tatbestand des Koppelungsgeschäfts im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG ist jedenfalls dann erfüllt, wenn neben der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters auf dem Markt des koppelnden Guts folgende Tatbestandsmerkmale vorliegen:⁹²

- (1) Das koppelnde und das gekoppelte Gut sind getrennte Güter;
- (2) der Anbieter nimmt eine Koppelung der beiden Güter vor;
- (3) durch die Koppelung werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder wird die Marktgegenseite benachteiligt;
- (4) die Koppelung lässt sich nicht objektiv rechtfertigen (keine legitimate business reasons).

B.3.2.2.1. Getrennte Güter

113. Damit eine Koppelung vorliegt, müssen zwei oder mehr unterschiedliche respektive getrennte Güter vorliegen, welche durch eine Koppelung kombiniert werden. Von getrennten Gütern ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Verbraucher, sofern sie die Wahl haben, die gekoppelten Gütern von unterschiedlichen Anbietern beziehen können. Ein weiteres Indiz für das Vorliegen

⁹¹ Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012.

⁹² Vgl. RPW 2011/1, 182 Rz 513, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 525; EVELYNE CLERC/PRANVERA KELLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 2 KG N 272. Vgl. auch Mitteilung der EU-Kommission zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 S.15, Rz 50 (nachfolgend: EU-Prioritätenmitteilung).

getrennter Güter ist dann gegeben, wenn Unternehmen im Markt tätig sind, welche sich auf das Angebot des gekoppelten Guts (ohne das Koppelungsgut) spezialisiert haben.⁹³ Bei Waren oder Dienstleistungen, die nach einer vertieften Marktanalyse verschiedenen Märkten zugeordnet werden, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um getrennte Güter handelt.⁹⁴

114. So wie die [Unternehmensgruppe] mit ihren Tochtergesellschaften [B] und [E] ist heute kein anderes Unternehmen sowohl als TV-Vermarkter als auch als unabhängiger Radiowerbevermittler tätig. Die übrigen, neben [E] bestehenden Vermittler von Radiowerbezeit für die Schweiz (vgl. Rz 28 und 81) sind nicht gleichzeitig noch als TV-Vermarkter aktiv.⁹⁵ Wie im Rahmen der Marktabgrenzung aufgezeigt wurde, gehören die Vermittlung von TV-Werbezeit und die Vermittlung von Radiowerbezeit sowie auch die Vermittlung von Onlinewerbeflächen separaten Märkten an (Rz 50 ff.). Es kann somit davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Vermittlung bzw. dem Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz sowie der Vermittlung bzw. dem Verkauf von Radiowerbezeit für die Schweiz um separate Güter bzw. Dienstleistungen handelt.

B.3.2.2.2. Koppelung

115. Die Koppelung von Gütern oder Dienstleistungen kann auf verschiedene Arten vorgenommen werden: Sie kann auf einer entsprechenden Vertragsklausel beruhen (vertragliche Koppelung), auf einer technischen Entscheidung bzw. in der physischen Ausgestaltung der betreffenden Güter gründen (technologische bzw. physische Koppelung) oder durch ökonomische Anreize durchgesetzt werden.⁹⁶

116. In der Literatur werden namentlich die folgenden Koppelungstechniken unterschieden:⁹⁷ Beim sog. «tying» (Koppelung) bietet ein Verkäufer das Gut A (koppelndes Gut) nur unter der Bedingung an, dass auch das Gut B (gekoppeltes Gut) bezogen wird. Das Gut B ist dabei auch ohne den gleichzeitigen Erwerb von Gut A beziehbar. Beim sog. «pure bundling» (reine Bündelung) sind die Güter A und B nur im Bündel, d. h. nur gemeinsam, erhältlich. Beim sog. «mixed bundling» (gemischte Bündelung), oft auch als Bündel- oder Paketrabatt bezeichnet, werden die Güter A und B einzeln sowie in einem Bündel angeboten. Dabei ist die Summe der Preise im Einzelverkauf höher als der Preis des Bündels, wodurch ökonomische Anreize für den Bezug von beiden Gütern beim selben Unternehmen geschaffen werden.

117. Mit diesen Koppelungstechniken – oder mit Mischformen davon – erreicht ein für das Gut A marktbeherrschender Anbieter, dass die Abnehmer nicht nur das Gut A bei ihm beziehen, sondern auch das Gut B, welches eigentlich der Konkurrenz eines anderen Marktes unterworfen ist.

Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft

118. Wie erwähnt, legten einige der zwischen 2005 und 2009 abgeschlossenen Kunden-Vereinbarungen zwar nur die Freespace-Konditionen in den von [B] vermarkteten TV-Sendern fest, enthielten aber gleichzeitig eine Klausel, wonach sich die Werbekunden verpflichteten, einen Teil oder das gesamte Radiowerbebudget sowie

teilweise zusätzlich noch einen Teil oder das gesamte Onlinewerbebudget exklusiv über [B] bzw. [Q] zu buchen (vgl. Rz 98).

119. Diese Vereinbarungen dürften als Koppelungsgeschäft im oben erwähnten Sinn – konkret wohl als eine Mischform zwischen «tying» (Koppelung) und «mixed bundling» (gemischte Bündelung) – betrachtet werden: Die Werbekunden wurden im Rahmen dieser Vereinbarungen dazu verpflichtet, das Radio- sowie teilweise zusätzlich noch das Onlinewerbebudget bzw. ein Teil desselben ebenfalls über [B] bzw. [Q] zu buchen (gekoppeltes Gut), um von besseren Konditionen – in Form von Freespace – bei der Vermittlung bzw. dem Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz (koppelndes Gut) profitieren zu können.

Medienübergreifendes Freespace-Angebot

120. Andere der zwischen 2005 und 2009 abgeschlossenen Kunden-Vereinbarungen enthielten neben Freespace-Konditionen für TV-Werbung auch separate, umsatzabhängige Rabatt- und/oder Freespace-Konditionen für Radiowerbung sowie teilweise zudem auch für Adscreen- und Onlinewerbung. Einem Werbekunden unterbreitete [B] zusätzlich noch ein medienübergreifendes Freespace-Angebot, bei welchem der Umsatz mit sämtlichen Medien und Produkten relevant und der Freespace anteilmässig auf den jeweiligen Medien zu beziehen war.

121. Gemäss diesem Angebot hätte der Werbekunde von besseren Freespace-Konditionen (namentlich im TV, aber auch in den anderen Mediengattungen) profitiert, wenn er neben TV-Werbung auch die Werbung in anderen Mediengattungen (namentlich Radio, aber auch Adscreen und Online) über [B] bzw. [Q] gebucht hätte.

⁹³ Vgl. RPW 2011/1, 183 Rz 514, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁹⁴ RPW 2011/1, 183 Rz 515, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2008/3, 404 Rz 196, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; vgl. auch ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2005, N 703.

⁹⁵ Anzumerken ist indes, dass bis Ende 2010 mit [...] bzw. [H] ein weiteres Unternehmen sowohl als TV-Vermarkter (vgl. Rz 76) als auch als Vermittler von Radiowerbung (vgl. Rz 28 und 81) aktiv war. [...], die ursprünglich namentlich in der Vermittlung von Printwerbung war, stieg im Herbst 2004 durch die Übernahme des Kino- und TV-Vermarktungsunternehmens [...] in das Vermarktungsgeschäft mit elektronischen Medien ein und übernahm Mitte 2006 auch die Radiowerbevermittlerin [O].

⁹⁶ Vgl. EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI (Fn 92), Art. 7 Abs. 2 KG N 274 m. w. H. auf die europäische Rechtsprechung; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 533; BORER (Fn 45), Art. 7 KG N 27.

⁹⁷ Vgl. CR CONCURRENCE-CLERC/KÉLLEZI (Fn 92), Art. 7 Abs. 2 KG N 262 und 274; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 494 ff.; EU-Prioritätenmitteilung (Fn 92), Rz 48; MOTTA MASSIMO, *Competition Policy. Theorie and Practice*, 2004, S. 460 ff.; ECONOMIC ADVISORY GROUP FOR COMPETITION POLICY EAGCP, *An economic approach to Article 82*. Report by the EAGCP, 2005, S. 38 ff., <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf> (11.11.2014).

Bei diesem medienübergreifenden Freespace-Angebot dürfte es sich somit um ein «mixed bundling» (gemischte Bündelung) in Form eines Sortimentsrabatts⁹⁸ handeln.

B.3.2.2.3. Wettbewerbsbehinderung

122. Eine Koppelungsstrategie kann sowohl zur Verdrängung von Konkurrenten als auch zum Schutz oder Verstärkung der eigenen marktbeherrschenden Stellung eingesetzt werden. Ebenfalls verwendet werden kann eine solche Strategie zur Errichtung von Marktzutrittschranken.⁹⁹

123. Eine Koppelungsstrategie kann es dem marktbeherrschenden Unternehmen namentlich ermöglichen, die Anzahl von Handelspartnern, welche mit seinen Konkurrenten auf dem Markt für das gekoppelte Gut kontrahieren können, zu reduzieren und somit seinen Marktanteil auf diesem Markt zu erhöhen (sog. «Horizontale Foreclosure»). Weiter kann ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine Koppelung einen Verdrängungseffekt auf dem Markt des gekoppelten Gutes herbeiführen und so seine Marktmacht auf diesen Markt übertragen (sog. «Leverage»-Theorie). Letzteres tritt vor allem dann auf, wenn das marktbeherrschende Unternehmen sowohl auf dem Markt des koppelnden Gutes als auch auf dem Markt des gekoppelten Gutes tätig ist.¹⁰⁰

124. Mit der Koppelung der Gewährung von Freespace im TV an die Verpflichtung zur medienübergreifenden Partnerschaft (vgl. Rz 98) sowie auch dem medienübergreifenden Freespace-Angebot (vgl. Rz 99) könnte [B] darauf abgezielt haben, neben einem bestimmten TV-Werbudget auch das Radiowerbe- sowie teilweise zusätzlich noch das Onlinewerbudget des jeweiligen Werbekunden an sich zu binden.

125. Werbekunden, die eine Kunden-Vereinbarung über Freespace im TV mit einer Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft eingegangen waren, konnten ihre Radiowerbung nicht über einen anderen Radiowerbvermittler oder direkt bei den Radiosendern oder Radiopools buchen, da sie andernfalls nicht in den Genuss der vereinbarten TV-Freespace-Konditionen gekommen wären. Es bestehen deshalb Anhaltspunkte, dass [B] mit diesen Vereinbarungen ihren Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz, aber auch im Bereich der Onlinewerbvermittlung Werbedudgets künstlich entzogen bzw. vorenthalten haben und diese dadurch im Wettbewerb behindert haben könnte.

B.3.2.2.4. Sachliche Rechtfertigungsgründe

126. Als sachliche Rechtfertigungsgründe für die Koppelung von Gütern und Dienstleistungen sind namentlich zwingende technische oder wirtschaftliche Gründe sowie gewisse Erfordernisse der Qualitätssicherung anerkannt. Einen wichtigen Rechtfertigungsgrund können auch Sicherheitsaspekte darstellen.¹⁰¹ Anzumerken ist ferner, dass Rabatte von marktbeherrschenden Unternehmen sachlich gerechtfertigt und damit zulässig sind, wenn sie durch eine wirtschaftliche Gegenleistung des Handelspartners gerechtfertigt sind bzw. auf Kosteneinsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen beruhen.¹⁰²

127. Eine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen kommt nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Ver-

hältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten («Gebot der Unerlässlichkeit»¹⁰³).

128. Es sind nach dem derzeitigen Kenntnisstand keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, die Gewährung von Freespace im TV an die Bedingung zu knüpfen, dass auch die Werbung in anderen Mediengattungen (namentlich Radio und Online) über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird. Auch die von der [Unternehmensgruppe] in der Stellungnahme auf das Auskunftsersuchen des Sekretariats angeführte Nachfrage nach crossmedialen Angebotskonzepten vermag dies kaum zu rechtfertigen. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass das medienübergreifende Freespace-Angebot durch entsprechende Kosteneinsparungen begründet war.

129. Die Koppelung von Rabatten bzw. Freespace im TV an die Verpflichtung, Werbung in anderen Mediengattungen ebenfalls über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] zu buchen, sowie auch das medienübergreifende Freespace-Angebote bilden auch kaum eine notwendige Voraussetzung, um Werbekunden Werbezeit- bzw. -raum in verschiedenen Mediengattungen vermitteln zu können oder neue crossmediale Werbeformen zu entwickeln. Andernfalls hätte [B] kaum – wovon gemäss den Erkenntnissen der Vorabklärung auszugehen ist – ab 2010 keine medienübergreifenden Kunden-Vereinbarungen mehr abgeschlossen (vgl. Rz 109).

B.3.2.2.5. Fazit

130. Es bestehen Anhaltspunkte, wonach [B] im Rahmen von Kunden-Vereinbarungen, die zwischen 2005 und 2009 abgeschlossen wurden, ohne sachlichen Grund Freespace im TV daran gekoppelt hat, dass auch ein Teil oder das gesamte Radiowerbedudget (sowie teilweise zusätzlich noch ein Teil oder das gesamte Onlinewerbudget) exklusiv über [B] bzw. [Q] gebucht wurde, und [B] dadurch ihre Konkurrenten im Bereich der nationalen Radiowerbvermittlung im Wettbewerb behindert haben könnte.

⁹⁸ Als *Sortimentsrabatt* wird der Rabatt für eine Produktgruppe bezeichnet. Ein solcher Rabatt liegt vor, wenn die Kombination verschiedener Produkte günstiger als die Summe der Preise der einzelnen Produkte angeboten wird. *Mengenrabatte* knüpfen dagegen am Volumen eines separaten Produkts an. Ob es sich um einen Sortimentsrabatt oder einen Mengenrabatt handelt, hängt davon ab, ob die einzelnen Produkte separaten Märkten angehören oder nicht (MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, 2011, N 482).

⁹⁹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 537 f.

¹⁰⁰ Vgl. RPW 2011/1, 184 Rz 520 m. w. H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁰¹ Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 576.

¹⁰² Vgl. RPW 1998/4, 675 f. E. 5.1, *Swisscom/WEKO*; RPW 2004/2, 441 Rz. 152, *Swisscom ADSL*; BORER (Fn 45), Art. 7 N 17.

¹⁰³ RPW 2011/1, 165 Rz 409 m. w. H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

131. Der Tatbestand des missbräuchlichen Koppelungs-geschäfts im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG verlangt jedoch, dass eine marktbeherrschende Stellung (zumindest) auf dem Markt des koppelnden Gutes besteht (vgl. Rz 112). Vorliegend stellt die Vermittlung bzw. der Verkauf von TV-Werbezeit in den von [B] vermarktetem TV-Sendern das koppelnde Gut dar (vgl. Rz 118). Es müsste somit eine marktbeherrschende Stellung der [Unternehmensgruppe] bzw. [B] im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV-Werbezeit für die Schweiz vorliegen.

132. Wie im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung der [Unternehmensgruppe] festgehalten, kann bei Abgrenzung eines (einheitlichen) Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz jedoch eher nicht von einer marktbeherrschenden Stellung von [B] allein ausgegangen werden (vgl. Rz 77). Bei Abgrenzung eines separaten Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern bestehen hingegen Anhaltspunkte, dass die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] zumindest seit 2011 marktbeherrschend ist (vgl. Rz 78 und 88). Selbst bei einer solchen engeren Markt-abgrenzung ist es indes fraglich, ob die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] bereits im – gemäss den Erkenntnissen der Vorabklärung – relevanten Zeitraum von 2005 bis 2009, über eine marktbeherrschende Stellung verfügt haben könnte. Dies insbesondere deshalb, da in diesem Zeitraum namhafte Schweizer Werbefenster wie [...] und [...] sowie der inländische Privatsender [...] nicht von [B], sondern von [H] vermarktet wurden und von Letzterer dadurch ein nicht zu vernachlässigender Wettbewerbsdruck auf [B] ausgegangen sein dürfte (vgl. Rz 78).

133. Festzuhalten ist jedoch, dass es im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [B] heute (wieder) entsprechende Koppelungen vornehmen bzw. medienübergreifende Freespace-Angebote unterbreiten würde. Dies deshalb, da bei einer engen Markt-abgrenzung heute Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der [Unternehmensgruppe] bzw. [B] bestehen und diese mittels solcher Praktiken ihre Konkurrenten in der Radiowerbevermittlung, aber etwa auch im Bereich der Vermittlung der zunehmend an Bedeutung gewinnenden Onlinewerbung Werbebudgets künstlich entziehen und diese dadurch im Wettbewerb behindern könnte. Anzumerken ist zudem, dass auch bei einer weiten Markt-abgrenzung – d.h. der Abgrenzung eines (einheitlichen) Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz – immer noch von einer sehr starken Marktstellung der [Unternehmensgruppe] bzw. [B] auszugehen ist (vgl. Rz 77).

134. Da Anhaltspunkte bestehen, wonach die [Unternehmensgruppe] bzw. [E] heute überdies im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz marktbeherrschend ist (vgl. Rz 81 ff. und Rz 88), wäre auch eine (zukünftige) Koppelung von Rabatten bzw. Freespace im Radio an die Buchung des Werbevolumens in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) oder ein entsprechendes medienübergreifendes Freespace-Angebot, bei welchem zusätzlich zum Umsatz im Radiobereich auch der Umsatz in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen,

Online etc.) freespacebildend ist, im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG problematisch. Dies deshalb, da die [Unternehmensgruppe] durch solche Praktiken neben dem Radiowerbebudget auch das Werbebudget der Medienkunden in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) an sich binden und dadurch namentlich Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV-Werbezeit, aber auch im Bereich der Vermittlung der zunehmend an Bedeutung gewinnenden Onlinewerbung im Wettbewerb behindern könnte.

B.3.2.3 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung

135. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich potenziell unzulässig, wenn es die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung einschränkt. Der Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:

- (1) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt;
- (2) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder wird die Marktgegenseite benachteiligt;
- (3) die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitimate business reasons).

B.3.2.3.1 Einschränkung des Absatzes

136. Unter die «Einschränkung des Absatzes» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken.¹⁰⁴ Erfasst wird sowohl die Beschränkung des eigenen Absatzes als auch die Einwirkung auf den Absatz von Konkurrenten.¹⁰⁵

137. Die Einschränkung des Absatzes kann verschiedene Formen annehmen. Sie kann unilateralen Handlungen des marktbeherrschenden Unternehmens entspringen, indem sich dieses beispielsweise weigert, gewisse Käufer zu beliefern oder seine Geschäftspartner mit einer Beschränkung des geografischen Marktes oder des Kundenkreises belegt. Das Unternehmen kann aber auch mit bilateralen Handlungen, meistens in Verträgen mit Handelspartnern oder Dritten, den Absatz von Konkurrenten einschränken, wie z. B. durch Ausschliesslichkeitsbindungen in Form von Alleinbezugsbindungen oder Rabatten.¹⁰⁶ Alleinbezugsbindungen können indes nicht nur mit entsprechenden Vertragsverpflichtungen, sondern de facto auch mittels Anreizmassnahmen erwirkt

¹⁰⁴ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 418 und 441.

¹⁰⁵ ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 KG N 141; ZÄCH (Fn 94), N 688.

¹⁰⁶ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 442 f. m. w. H.

werden. So kann ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Geschäftspartnern Vorzugskonditionen anbieten, wenn sie ihren Bedarf ausschliesslich bei ihm decken. Dadurch wird für die Geschäftspartner der Anreiz geschaffen, von diesen günstigen Konditionen zu profitieren und auf Alternativangebote zu verzichten, was eine Absatzeinschränkung der Konkurrenz bewirkt.¹⁰⁷

Gewährung von Freespace im Radio wurde an eine Exklusivbuchungsverpflichtung geknüpft

138. Wie erwähnt, wurde in einigen der medienübergreifenden Kunden-Vereinbarungen die Gewährung der darin vorgesehenen umsatzabhängigen Freespace-Konditionen im Radio explizit an die Bedingung geknüpft, dass das gesamte oder zumindest der überwiegende Teil des Radiowerbevolumens exklusiv über [B] gebucht wurde. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, die alle im Jahr 2009 abgeschlossen wurden (vgl. Rz 100).

139. Die Werbekunden, die eine solche Vereinbarung eingegangen waren, bzw. deren Mediaagenturen mussten somit das gesamte oder zumindest den überwiegenden Teil des Radiowerbevolumens über [B] buchen, um in den Genuss der vorgesehenen Freespace-Konditionen im Radio zu kommen. Die Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen wurden mithin in ihrer Wahlfreiheit eingeschränkt, einen Teil ihrer Radiowerbung über einen anderen Radiowerbmittler oder unter Umständen auch direkt bei einem Radiopool oder den einzelnen Radiosendern zu buchen. Die in den Kunden-Vereinbarungen vorgesehenen Exklusivbuchungsverpflichtungen erscheinen somit grundsätzlich geeignet, um die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz künstlich einzuschränken.

Zielvereinbarung betreffend Rabatte und Freespace im Radio

140. Wie erwähnt, ist das Sekretariat ist zudem auf eine Zielvereinbarung für das Jahr 2012 aufmerksam geworden, wonach einem Werbekunden auf der Basis eines geplanten Jahresradiowerbeumsatzes von rund [1,5-2,5] Mio. Franken (Zielumsatz) ein Rabatt (inkl. BK¹⁰⁸) in der Höhe von [20-30] % und Freespace in der Höhe von [5-15] % eingeräumt wurden. Der Werbekunde hatte Anspruch auf den vereinbarten Rabatt bzw. Freespace im Radio, sofern mindestens [90-100] % des Zielumsatzes getätigt wurden (vgl. Rz 102).

141. Rabatte bzw. Freespace im Rahmen solcher Zielvereinbarungen können als Zielrabatte qualifiziert werden. Als solche gelten Rabatte, die für jeden Kunden individuell für eine bestimmte, relativ lange Referenzperiode definiert werden und die Rabattgewährung vom Erreichen eines bestimmten Jahresumsatzes abhängig machen.¹⁰⁹ Wird dabei die Rabattschwelle in die Nähe des totalen Bedarfs des Abnehmers angesetzt, kann der Zielrabatt wie eine Alleinbezugsvereinbarung wirken.¹¹⁰

142. Falls der in der erwähnten Zielvereinbarung vorgesehene Zielumsatz dem Gesamtradiowerbebudget für das Jahr 2012 des Werbekunden entsprochen hat, kann mit Blick auf die vorgesehene Rabattschwelle ([90-100] % des Zielumsatzes) davon ausgegangen werden,

dass dieser nur dann von den vereinbarten Rabatten bzw. Freespace im Radio profitierte, wenn er bzw. seine Mediaagentur sämtliche Radiokampagnen über [B] buchte und auf die Buchung einzelner Radiokampagnen über andere Radiowerbmittler oder auf Direktbuchungen bei einzelnen Radiosendern oder Radiopools verzichtete. Somit könnte unter Umständen auch diese Zielvereinbarung geeignet gewesen sein, die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz künstlich einzuschränken.

B.3.2.3.2. Wettbewerbsbehinderung

143. Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten.¹¹¹ Erfasst werden Verhaltensweisen, die den Marktzugang von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten beschränken, ohne dass dies Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs ist.¹¹²

144. Mit dem Vereinbaren von Exklusivbuchungsverpflichtungen in den Kunden-Vereinbarungen könnte [B] darauf abgezielt haben, das Radiowerbebudget der entsprechenden Werbekunden ganz an sich binden. [B] könnte dadurch die aktuelle und potenzielle Kundenbasis ihrer Konkurrenten künstlich geschmälert haben und so den Leistungswettbewerb in der nationalen Radiowerbvermittlung verfälscht bzw. Letztere im Wettbewerb behindert haben.

145. Auch der Abschluss von Zielvereinbarungen bzw. die Gewährung von Zielrabatten kann – wie erwähnt – grundsätzlich geeignet sein, um die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten einzuschränken und diese dadurch im Wettbewerb zu behindern.

B.3.2.3.3. Sachliche Rechtfertigungsgründe

146. Sachliche Rechtfertigungsgründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. das Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere Gründe können z. B. eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe sein.¹¹³

¹⁰⁷ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 446.

¹⁰⁸ Vgl. Rz 22.

¹⁰⁹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 228.

¹¹⁰ Vgl. auch TSCHUDIN (Fn 98), N 606.

¹¹¹ Vgl. BORER (Fn 45), Art. 7 KG N 26; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 425; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 92), Art. 7 Abs. 2 KG N 235 und 246.

¹¹² CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 92), Art. 7 Abs. 2 KG N 235.

¹¹³ BGE 139 I 72, 104 E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publi-groupe SA et. al./WEKO*.

147. Es sind nach dem derzeitigen Kenntnisstand keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, dass [B] bzw. heute [E] die Gewährung von Rabatten und Freespace im Radio – sei dies explizit mittels einer Exklusivbuchungsvereinbarung, aber auch implizit über eine entsprechend ausgestaltete Zielvereinbarung – an die Bedingung knüpft, dass das gesamte oder der überwiegende Teil des Radiowerbevolumens exklusiv über [B] bzw. heute [E] abgewickelt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob [B] bzw. heute [E] dabei (nur) die von den Radiosendern festgelegten umsatzabhängigen Rabatt- und Freespace-Konditionen weitergibt oder Rabatte bzw. Freespace auf eigene Rechnung (vgl. Rz 94) gewährt.

148. Betreffend Letzteres ist noch einmal anzumerken, dass Rabatte von marktbeherrschenden Unternehmen sachlich gerechtfertigt und damit zulässig sind, wenn sie durch eine wirtschaftliche Gegenleistung des Handelspartners gerechtfertigt sind bzw. auf Kosteneinsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen beruhen (vgl. Rz 126).

B.3.2.3.4. Fazit

149. Es bestehen Anhaltspunkte, wonach [B] durch die in gewissen der im Jahr 2009 abgeschlossenen medienübergreifenden Vereinbarungen statuierte Exklusivbuchungsverpflichtung die Absatzmöglichkeiten ihrer Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von Radiowerbezeit für die Schweiz ohne sachliche Rechtfertigung eingeschränkt und diese dadurch im Wettbewerb behindert haben könnte. Unter Umständen könnte auch die erwähnte Zielvereinbarung ein geeignetes Mittel gewesen sein, um die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten einzuschränken und diese dadurch im Wettbewerb zu behindern.

150. Wie im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung der [Unternehmensgruppe] festgehalten, bestehen Anhaltspunkte, wonach [B] bzw. (seit Mitte 2013) [E] zumindest seit 2011 im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz marktbeherrschend ist. Es ist hingegen fraglich, ob [B] bereits im Jahr 2009, als medienübergreifende Vereinbarungen mit einer Exklusivbuchungsverpflichtung betreffend Rabatte bzw. Freespace im Radio abgeschlossen wurden, auf diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt haben könnte. Dies insbesondere deshalb, da bis Ende 2010 von der ehemaligen Marktführerin [O] sowie unter Umständen auch dem sprachraumübergreifenden Radiowerbepool «[...]» ein gewisser Wettbewerbsdruck auf [B] ausgegangen sein dürfte (vgl. Rz 81 ff.).

151. Festzuhalten ist jedoch, dass es im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [E] betreffend die Gewährung von Rabatten bzw. Freespace im Radio heute (wieder) Exklusivbuchungs- oder (in ihrer Wirkung) vergleichbare Zielvereinbarungen abschliessen würde. Dies deshalb, da die [Unternehmensgruppe] bzw. [E] im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz marktbeherrschend sein könnte und durch Vereinbarungen die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten eingeschränkt und diese dadurch im Wettbewerb behindert werden könnten.

152. Es wäre zudem auch problematisch, wenn [E] Werbekunden im Rahmen von Jahresvereinbarungen auch Rabatte oder Freespace auf eigene Rechnung einräumen würde und diese nicht auf Kosteneinsparungen beruhen, sondern darauf abzielen würden, Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen von der Buchung über andere Radiowerbepools oder auch von Direktbuchungen bei den einzelnen Radiosendern bzw. Radiopools abzuhalten.

B.3.3 Zusammenfassung

153. Zusammenfassend wird noch einmal festgehalten,

- dass Anhaltspunkte dafür bestehen, wonach [B] zwischen 2005 und 2009 Rabatte bzw. Freespace im TV ohne sachlichen Grund daran gekoppelt hat, dass auch ein Teil oder das gesamte Radiowerbedudget sowie teilweise zusätzlich ein Teil oder das gesamte Onlinewerbedudget exklusiv über [B] bzw. [Q] gebucht wurde, und [B] dadurch Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz im Wettbewerb behindert haben könnte;
- dass bei einer engen Marktabgrenzung bzw. der Abgrenzung eines Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern Anhaltspunkte bestehen, wonach die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] zumindest seit 2011 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt; dass es jedoch selbst bei einer solchen engen Marktabgrenzung fraglich ist, ob die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] bereits für die Zeit von 2005 bis 2009 marktbeherrschend gewesen sein könnte;
- dass indes auch bei Abgrenzung eines (einheitlichen) Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz von einer sehr starken Stellung der [Unternehmensgruppe] bzw. [B] auszugehen ist;
- dass es deshalb im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [B] die Gewährung von Rabatten bzw. Freespace im TV an die Bedingung koppeln würde, dass auch das Werbevolumen in anderen Mediengattungen (Radio, Adscreen, Online etc.) über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird, oder ein Freespace-Angebot machen würde, bei welchem zusätzlich zum Umsatz im TV-Bereich auch der Umsatz in anderen Mediengattungen (Radio, Adscreen, Online etc.) rabatt- bzw. freespacebildend ist;
- dass Anhaltspunkte bestehen, wonach [B] bzw. (seit Mitte 2013) [E] durch im Jahr 2009 abgeschlossenen Exklusivbuchungsvereinbarungen betreffend die Gewährung von Freespace im Radio ohne sachlichen Grund die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten eingeschränkt und diese dadurch im Wettbewerb behindert haben könnte; dass unter Umständen auch die im Jahr 2012 abgeschlossene Zielvereinbarung geeignet gewesen sein könnte, die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten einzuschränken und diese dadurch im Wettbewerb zu behindern.
- dass Anhaltspunkte bestehen, wonach die [Unternehmensgruppe] bzw. [E] im Bereich der Vermittlung

bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz zumindest seit 2011 marktbeherrschend ist; dass es jedoch fraglich ist, ob die [Unternehmensgruppe] bzw. [E] bereits vor 2011 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt haben könnte;

- dass es deshalb im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [E] die Gewährung von Rabatten bzw. Freespace im Radio an die Bedingung koppeln würde, dass auch das Werbevolumen in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird oder ein Freespace-Angebot machen würde, bei welchem zusätzlich zum Umsatz im Radiobereich auch der Umsatz in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) rabatt- bzw. freespacebildend ist;
- dass es im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [E] die Gewährung von Rabatten bzw. Freespace im Radio davon abhängig machen würde, dass das gesamte oder der Grossteil des Radiowerbevolumens über [E] gebucht wird;
- dass es schliesslich auch im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [E] Werbekunden Rabatte oder Freespace auf eigene Rechnung einräumen würde und diese nicht auf Kosteneinsparungen beruhen.

B.4 Massnahmen

154. Den von der [Unternehmensgruppe] eingereichten Unterlagen ist zu entnehmen, dass der Verwaltungsrat (nachfolgend: VR) der [B] im September 2010 beschlossen hat, keine medienübergreifenden Verträge im Bereich TV und Radio (mehr) abzuschliessen. Gleichzeitig setzte der VR auf Antrag des Managements auch eine Arbeitsgruppe «Compliance» ein, um in Zusammenarbeit mit einem Kartellrechtsspezialisten u. a. die vom VR und/oder Management beschlossenen Massnahmen umzusetzen, dem VR Verbesserungen vorzuschlagen und die nachhaltige Umsetzung der kartellrechtlichen Compliance inklusive Information und Weiterbildung für die Mitarbeiter zu betreuen.¹¹⁴ Gemäss den Erkenntnissen der Vorabklärung beschränkten sich die von [B] ab 2010 abgeschlossenen Kunden-Vereinbarungen denn auch auf die Festlegung der Freespace-Konditionen für TV-Werbung und enthielten keine Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft, kein medienübergreifendes Freespace-Angebot und keine Exklusivbuchungsverpflichtung betreffend die Gewährung von Freespace im Radio mehr (vgl. Rz 101 und 109).

155. [B] hat zudem Mitte 2013 den Geschäftsbereich Radiowerbevermittlung in eine eigenständige Tochtergesellschaft, der [E], ausgegliedert, so dass für die TV-Vermarktung und die Radiowerbevermittlung heute nicht mehr dieselbe Gruppengesellschaft innerhalb der [Unternehmensgruppe] zuständig ist (vgl. Rz 5). Anzumerken ist, dass auch die Vermarktung und Vermittlung im Bereich Onlinewerbung in einer separaten Gruppengesellschaft, der [C], angesiedelt ist (vgl. Rz 6).

156. Darüber hinaus hat die [Unternehmensgruppe] mit Datum vom 24. Oktober 2014 auf entsprechende Anregung des Sekretariats im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG

eine Verpflichtungserklärung abgegeben. Im Folgenden wird die Verpflichtungserklärung der [Unternehmensgruppe] im Wortlaut wiedergegeben:

«Verpflichtungserklärung der [Unternehmensgruppe] gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 26 KG

Im Hinblick auf die Einstellung der Vorabklärung 32-0246 in Sachen TV- und Radiovermarktung bestätigt die [Unternehmensgruppe], dass deren Gruppengesellschaften beim Verkauf von TV- und Radiowerbezeit im Rahmen von Jahres- bzw. anderen Rahmenvereinbarungen mit Werbekunden und/oder Mediaagenturen

- *Rabatte bzw. Freespace für TV-Werbung nicht von der Bedingung abhängig machen, dass das gesamte oder der Grossteil des Werbevolumens in einer anderen Mediengattung (Radio, Adscreen, Online etc.) über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird;*
- *keine medienübergreifenden Rabatte bzw. Freespace anbieten bzw. gewähren, bei denen zusätzlich zum Umsatz im TV-Bereich auch der Umsatz in anderen Mediengattungen (Radio, Adscreen, Online etc.) rabatt- bzw. freespacebildend ist. Davon ausgenommen sind Angebote, welche TV-Werbung verbinden, die über verschiedene Verbreitungs Kanäle (klassisches TV, IP-TV, Online-TV etc.) verbreitet wird, und im vorliegenden Zusammenhang dem TV-Bereich zuzuordnen sind;*
- *Rabatte bzw. Freespace für Radiowerbung nicht von der Bedingung abhängig machen, dass das gesamte oder der Grossteil des Werbevolumens in einer anderen Mediengattung (TV, Adscreen, Online etc.) über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird;*
- *keine medienübergreifenden Rabatte bzw. Freespace anbieten bzw. gewähren, bei denen zusätzlich zum Umsatz im Radiobereich auch der Umsatz in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) rabatt- bzw. freespacebildend ist;*
- *keine Exklusivbuchungsvereinbarungen für Radiowerbung abschliessen, d.h. insbesondere Rabatte bzw. Freespace für Radiowerbung nicht von der Bedingung abhängig machen, dass das gesamte oder der Grossteil des Radiowerbevolumens über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird;*
- *mengen- bzw. umsatzbasierte Rabatte bzw. Freespace für Radiowerbung nur dann anbieten bzw. gewähren, wenn dies aufgrund einer wirtschaftlichen Gegenleistung bzw. aufgrund von Kosteneinsparungen gerechtfertigt ist.*

Diese Verpflichtungserklärung wirkt nicht zulasten Dritter, namentlich nicht zulasten der TV- bzw. Radiosender bei der Festlegung deren Geschäftspolitik, insbesondere deren Produkte-, Preis- und Rabattpolitik.»

¹¹⁴ Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012.

157. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich nach Ansicht des Sekretariats insgesamt nicht, weitere aufwendige Abklärungen im Rahmen einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG vorzunehmen, um abschliessend zu prüfen, ob und gegebenenfalls seit wann die [Unternehmensgruppe] im Bereich der Vermarktung bzw. Vermittlung von TV- und Radiowerbezeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und ob sie diese im Sinne der vorstehenden Erwägungen missbraucht (hat). Dies insbesondere auch deshalb, weil es selbst bei der engen Abgrenzung eines Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern fraglich ist, ob die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] im relevanten Zeitraum von 2005 bis 2009 marktbeherrschend gewesen sein könnte.

158. Das Sekretariat beschliesst daher, die Vorabklärung einzustellen. Weitere Abklärungen und die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums bleiben jedoch vorbehalten, falls sich die [Unternehmensgruppe] bzw. deren Tochtergesellschaften nicht entsprechend der vorstehend aufgeführten Verpflichtungserklärung verhalten sollte oder

sich sonstige Hinweise für kartellrechtlich problematische Sachverhalte ergeben sollten.

159. Anzumerken ist diesbezüglich, dass Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung nur die im Schlussbericht thematisierten Jahres- bzw. Rahmenvereinbarungen über Rabatte bzw. Freespace im TV und Radio bildeten und diese grundsätzlich auch nur auf eine mögliche Behinderung von Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von Radiowerbezeit für die Schweiz hin überprüft wurden.

C Schlussfolgerungen

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

1. beschliesst, die Vorabklärung einzustellen;
2. teilt der [Unternehmensgruppe] und dem/der Anzeiger/in die Einstellung der Vorabklärung mit;
3. beschliesst, den Schlussbericht zu publizieren.

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Verein Betriebsgesellschaft Schadenorganisation Erdbeben (BSO)

Die nachfolgende Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen,¹ und stützt sich auf die gemeinsame telefonische Korrespondenz sowie auf die dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zur Verfügung gestellten folgenden Dokumente: Zusammenfassung Schlussbericht z.H. Regierungskonferenz Militär, Zivilschutz, Feuerwehr (Auszug aus Schadenorganisation Erdbeben – Detailkonzept) vom 8. Januar 2020, Entwurf Statuten des Vereins BSO vom 25. Februar 2021 sowie Entwurf Leistungsvereinbarung mit Kanton vom 2. Januar 2021, jeweils ohne Beilagen. Berücksichtigt wurden zudem die erläuternden Anmerkungen, die seitens der BSO im Rahmen der sachverhaltlichen Beurteilung des Entwurfes angebracht wurden.

Executive Summary

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) hat eine kartellrechtliche Beurteilung betreffend die Organisation des Vereins Betriebsgesellschaft Schadenorganisation Erdbeben (BSO) vorgenommen. Der Verein bezweckt, eine Organisation aufzubauen und zu betreiben, die nach einem Erdbebenereignis diverse Leistungen zugunsten von partizipierenden Kantonen und Versicherern erbringt. Im vorliegenden Kontext interessieren insbesondere die durch die BSO unter Beizug von Fachleuten vorgenommenen Schadensschätzungen, welche den partizipierenden Versicherern und Kantonen zur Verfügung gestellt werden und unter anderem den Versicherern als Berechnungsbasis der im Erdbebenfall auszurichtenden Versicherungsleistungen dienen. Das Sekretariat hat drei unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten potentiell problematische Punkte identifiziert und einer genaueren Prüfung unterzogen.

Einerseits werden den an der BSO partizipierenden konkurrierenden Versicherern durch die BSO bestimmte Informationen zur Verfügung gestellt, womit in diesem Zusammenhang ein Informationsaustausch zwischen den Versicherern stattfinden kann, der je nach seinem Inhalt und seiner Intensität eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellen könnte. Es ist deswegen darauf zu achten, dass zu keinem Zeitpunkt ein direkter Zugriff von (partizipierenden) Versicherern auf Informationen (insbesondere betreffend Gebäudedaten, Schadensschätzungen und ausbezahlte Versicherungsleistungen), erfolgt oder möglich ist, sondern den Versicherern (einzig) die Schadensschätzungen durch die BSO bereitgestellt werden. Sodann dürfen keine Informationen ausgetauscht werden, welche für den Betrieb der BSO nicht zwingend notwendig sind, namentlich keine Informationen über Strategien, Preise oder Preisbestandteile, wel-

che sich in den Versicherungskonditionen niederschlagen könnten. Konkret ist aufgrund der seitens der BSO genannten Charakteristika der ausgetauschten Informationen (Schadenschätzungen zugunsten betroffener Versicherer im Einzelfall) und der antizipierten niedrigen Frequenz des Austausches nicht davon auszugehen, dass der vorgesehene Austausch von Informationen im Rahmen der BSO zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen wird, weshalb die Frage nach dem Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede *prima facie* bereits aus dem Grund verneint werden kann.

Innerhalb der BSO findet ausserdem eine gewisse Kooperation der Versicherer im Bereich der Schadensabwicklung statt, was Auswirkungen auf die durch die Versicherer ausbezahlten Leistungen zur Folge haben könnte. Auch hierzu stellt sich die Frage, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegen könnte. Sofern und solange sich die Zusammenarbeit der Versicherer – wie von der BSO vorgetragen – in einer zentralisierten, gegebenenfalls vereinheitlichten Schadensschätzung erschöpft und insbesondere keine Kooperation betreffend die Berechnung und Ausrichtung von Versicherungsleistungen stattfindet, ist nach der derzeitigen Einschätzung wiederum nicht von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen und es kann deshalb auch hier die Frage nach dem Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede bereits aus diesem Grund verneint werden.

Sodann erbringt die BSO ihre Leistungen nur zugunsten von Vereinsmitgliedern. Die Statuten sehen allerdings noch vor, dass der Vereinsvorstand den Beitritt eines neuen Mitglieds ohne Angabe von Gründen verweigern kann. Die Versicherer, welche bereits Vereinsmitglieder sind, könnten so über den Vereinsvorstand den Beitritt neuer, konkurrenzierender Versicherer in den Verein BSO und damit deren Möglichkeit der Inanspruchnahme der Leistungen der BSO verhindern und ihnen somit einen Wettbewerbsnachteil zufügen. Sollte dem Verein BSO eine marktbeherrschende Stellung zukommen, so könnte der vorstehende Sachverhalt allenfalls als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert werden. Um diesem Risiko zu begegnen, sollten die Statuten des Vereins BSO dahingehend geändert werden, dass eine Ablehnung des Beitritts eines neuen Mitglieds durch den Vorstand nur aus wichtigen Gründen erfolgen kann und zudem ausreichend zu begründen ist. Die BSO hat eine Statutenänderung in Aussicht gestellt, die diese Bedenken adressiert.

¹ Kartellgesetz, KG; SR 251.

Zusammenfassend und abschliessend hat das Sekretariat mit Ausnahme der vorstehend angesprochenen Punkte zum gegenwärtigen Zeitpunkt hinsichtlich der beschriebenen Ausgestaltung der BSO prima facie keine kartellrechtlichen Bedenken.

I. Sachverhalt

I.1 Grundsätzliches

1. In der Schweiz gibt es aktuell keine obligatorische Erdbebenversicherung für Gebäude, Fahrhabe und zur Abdeckung des Risikos eines Betriebsunterbruchs. Auf Grundlage des Bundesratsbeschlusses «Erdbebenrisikomanagement. Massnahmen des Bundes für den Zeitraum 2017 bis 2020» vom 16. Juni 2017, Ziffer 2d², erarbeitete deshalb eine Arbeitsgruppe ein Detailkonzept Schadenorganisation Erdbeben für Gebäude (Schadenorganisation Erdbeben – Detailkonzept vom 8. Januar 2020; dem Sekretariat als Auszug vorliegend). Auf der Basis dieses Detailkonzepts wurde am 16. Juni 2021 durch die Regierungskonferenz Militär, Zivilschutz, Feuerwehr (RK MZF), die Vereinigung Kantonalen Gebäudeversicherungen (VKG) und den Schweizerischen Versicherungsverband (SVV) der Verein BSO gegründet.

I.2 Organisation Verein BSO und Funktionsweise BSO

I.2.1 Rechtsform und Zweck

2. Die BSO besteht in Form eines – nicht gewinnorientierten – Vereins gemäss Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907.³ Der Zweck besteht darin, eine Organisation aufzubauen und zu betreiben, die nach einem Erdbeben einerseits die kantonalen Führungsorganisationen bei der Beurteilung der Bewohnbarkeit von Gebäuden unterstützt, und andererseits selbst eine Schätzung der zu erwartenden Wiederaufbau- bzw. Reparaturkosten zuhanden der Assekuranz ermöglicht.

3. Ersteres wird erreicht, indem die BSO den Kantonen die erforderlichen Gebäudedaten sowie die notwendige IT-Infrastruktur zur Verfügung stellt. Die Gebäudedaten umfassen sämtliche Gebäude von natürlichen und juristischen Personen sowie von Kantonen und Gemeinden. Ausgenommen sind Gebäude des Bundes und der Armee sowie sämtliche Infrastrukturanlagen und Versorgungs- und Entsorgungseinrichtungen ausserhalb der Gebäude.

4. Die Schätzung der Wiederaufbaukosten wird auf Basis der Gebäudedaten und unter Beizug von Fachleuten vorgenommen, welche die beschädigten Gebäude besichtigen und beurteilen. Die Schätzung bildet die Grundlage für allfällige Hilfsgesuche im Rahmen der finanziellen Wiederaufbauhilfe der Kantone an den Bund sowie den Versicherern für die Festlegung von Entschädigungen bei allenfalls bestehender individueller Versicherungsdeckung für Erdbebenschäden.

I.2.2 Mitgliedschaft und Mittel

5. Die Vereinsmitgliedschaft steht Kantonen, Gemeinden sowie natürlichen und juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts, insbesondere privaten Versicherungsgesellschaften und kantonalen öffentlich-rechtlichen Gebäudeversicherungen offen.

6. Die Aktivmitgliedschaft mit Stimmrecht kommt denjenigen Mitgliedern zu, welche zwecks Nutzung der Dienstleistungen des Vereins eine Leistungsvereinbarung mit diesem abgeschlossen haben. Passivmitglieder ohne Stimmrecht sind sämtliche anderen Mitglieder, welche zur Erbringung des Vereinszwecks beitragen, die Dienstleistungen des Vereins jedoch nicht aktiv nutzen.

7. Der Vereinsvorstand entscheidet auf schriftliches Gesuch hin über die Aufnahme neuer Mitglieder in den Verein. Die Aufnahme kann ohne Angabe von Gründen abgelehnt werden.

8. Die Vereinsmittel setzen sich aus den Erträgen der Leistungsvereinbarungen mit den Mitgliedern (Kantone, kantonale öffentlich-rechtliche Versicherungen und privatrechtliche Versicherungsgesellschaften) sowie aus diversen Spenden und Zuwendungen zusammen. Mitgliederbeiträge werden keine erhoben.

I.2.3 Vorstand

9. Der Vereinsvorstand besteht aus mindestens sechs Personen, wobei die RK MZF, die VKG sowie der SVV je Anrecht auf Entsendung zweier Vertreter in den Vorstand haben.

10. Der Vorstand fasst seine Beschlüsse mit einfachem Stimmenmehr der anwesenden bzw. teilnehmenden Vorstandsmitglieder.

I.2.4 Leistungserbringung aufgrund Leistungsvereinbarung

11. Die Leistungen der BSO (s. sogleich unten) stehen jenen Kantonen, kantonalen öffentlich-rechtlichen Versicherungen und privatrechtlichen Versicherungsgesellschaften zur Verfügung, welche mit dem Verein BSO eine Leistungsvereinbarung abgeschlossen haben. Die Vereinbarung kann von beiden Parteien unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten jederzeit auf Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden. Nach Ablauf der Kündigungsfrist stehen die Leistungen der BSO dem betreffenden Kanton bzw. der betreffenden Versicherung nicht mehr zur Verfügung.

12. Die Leistungsvereinbarung sieht vor, dass die Parteien sich gegenseitig regelmässig über wichtige Angelegenheiten und Vorkommnisse im Zusammenhang mit der Vereinbarung informieren. Eine solche Information soll insbesondere betreffend den Stand der Projektarbeiten sowie den Abschluss weiterer Leistungsvereinbarungen zwischen dem Verein BSO und Leistungsnehmern stattfinden.

13. Der Verein BSO erbringt zugunsten seiner Mitglieder die folgenden Leistungen:

- (1) Aufbau Schadenorganisation (Aufbauphase);
- (2) Jederzeitige Sicherstellung des Betriebs (Vorsorgephase);

² «Das UVEK (Bundesamt für Umwelt, BAFU) wird beauftragt, die kantonalen und privaten Versicherungen sowie die Kantone in der Erarbeitung eines Konzepts für den Aufbau und den Betrieb einer Schadenorganisation Erdbeben zu unterstützen. Dieses Konzept soll vorschlagen, wie Versicherungen und Kantone im Ereignisfall die Erdbebenschäden zu erfassen haben und wie allfällige Entschädigungen an Geschädigte zu entrichten sind.»

³ Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210.

- (3) Organisation und Bereitstellung Ressourcen im Erdbebenfall (Ereignisphase);
- (4) Erstellung Schlussbericht und Nachbearbeitungen (Nachbearbeitungsphase).

14. (1) In dieser Phase werden die personellen, technischen, rechtlichen und organisatorischen Voraussetzungen für den Betrieb der BSO geschaffen.

15. (2) Während dieser – dem Normalfall entsprechenden – Phase befindet sich die BSO auf einem personellen Minimum und läuft die IT-Infrastruktur in einem Betriebsmodus mit reduziertem Funktionsumfang. Es soll sichergestellt werden, dass im Ereignisfall ein unverzüglicher Übergang in die Ereignisphase stattfinden kann.

16. (3) Im Ereignisfall werden falls nötig umfangreiche personelle Ressourcen aktiviert sowie die volle Funktionsfähigkeit der IT-Infrastruktur (Gebäudedaten) freigeschaltet. Der Einsatz der BSO in der Ereignisphase kann entweder durch den Vorstand des Vereins BSO selbstständig veranlasst werden oder aber durch einen Leistungsempfänger beim Verein BSO beantragt werden. Die kantonalen Behörden erhalten Zugriff auf die Gebäudedaten, um eine Beurteilung der Bewohnbarkeit der betroffenen Gebäude vorzunehmen. Die BSO nimmt eine Schätzung des an den beschädigten Gebäuden entstandenen Schadens vor, welche den aktiven Vereinsmitgliedern, d.h. jenen, die eine Leistungsvereinbarung mit dem Verein BSO abgeschlossen haben, zur Verfügung gestellt wird. Diese Schätzung dient den aktiven Vereinsmitgliedern als Berechnungsbasis für die durch sie zu erbringenden finanziellen Leistungen, d.h. Finanzhilfen und Versicherungsleistungen (sofern im Einzelfall vorhanden). Den Kantonen dienen die Schadensschätzungen zudem als Grundlage zur Beantragung von Unterstützungszahlungen durch den Bund.

17. (4) Nach Abschluss der Ereignisphase erfolgt die Erstellung eines Schlussberichtes, die Sicherstellung von Nachbearbeitungen infolge des Ereignisses sowie die Umsetzung der nötigen Anpassungsmassnahmen.

18. Der Abschluss einer Leistungsvereinbarung bzw. die Mitgliedschaft im Verein BSO hat keinen Einfluss auf die grundsätzlichen Zuständigkeiten betreffend die Erbringung diverser Leistungen im Rahmen der Bewältigung eines Erdbebenereignisses. So sind die Kantone weiterhin verantwortlich für die Gebäudewiederherstellung und die Sicherstellung einer funktionierenden Infrastruktur sowie die Verteilung von Finanzhilfen. Versicherungsleistungen werden entweder basierend auf einem Versicherungsvertrag mit einer öffentlich-rechtlichen Versicherung oder einem privaten Versicherungsunternehmen oder als freiwillige Entschädigungsleistung des Schweizerischen Pools für Erdbebedeckung der kantonalen Gebäudeversicherer ausgerichtet. Die BSO selbst erbringt keine Versicherungsleistungen. Es findet auch keine Erbringung von Versicherungsleistungen im Pool-System im Rahmen der BSO statt.

I.2.5 Kostentragung

19. Für die Aufbauphase wird mit Gesamtkosten von CHF 3,5 Mio. gerechnet. Diese werden gemäss einem allgemeinen Verteilschlüssel zur Hälfte durch die partizipierenden Kantone und je zu einem Viertel durch die

VKG und den SVV getragen. Der Anteil des auf die einzelnen Kantone entfallenden Betrags wird auf Basis der Gebäudeversicherungssummen der partizipierenden Kantone berechnet.

20. Die jährlichen Kosten für den Betrieb der BSO in der Vorsorgephase belaufen sich auf rund CHF 1 Mio., wobei der Verteilschlüssel demjenigen der Aufbauphase entspricht.

21. Die Kosten im Ereignisfall, d.h. in der Ereignisphase, variieren je nach Ausmass des Erdbebens. Sie werden durch die partizipierenden Kantone und Versicherer verursachergerecht, nämlich im Verhältnis zu den jeweils ausbezahlten Leistungen, getragen.

II. Kartellrechtliche Beurteilung

22. Im vorliegenden Kapitel erfolgt eine kartellrechtliche Beurteilung der BSO. Dabei sind insbesondere die nachfolgenden Aspekte aus kartellrechtlicher Perspektive relevant:

- Die partizipierenden Versicherer sind auf derselben Marktstufe tätig. Im Rahmen der Leistungserbringung durch die BSO werden ihnen durch die BSO bestimmte Informationen zur Verfügung gestellt, wobei in diesem Zusammenhang potentiell ein Informationsaustausch zwischen den Versicherern stattfindet. Innerhalb der BSO findet sodann eine gewisse Kooperation der Versicherer im Bereich der Schadensabwicklung statt, was Auswirkungen auf die durch die Versicherer ausbezahlten Leistungen zur Folge haben könnte. Es stellt sich die Frage, ob diese Sachverhalte als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden könnten (s. nachfolgend Rz 24 ff.).
- Die BSO erbringt ihre Leistungen nur zugunsten von Versicherern, welche eine Leistungsvereinbarung mit dem Verein BSO abgeschlossen haben bzw. welche (Aktiv-)Mitglieder des Vereins sind. Die Statuten sehen jedoch vor, dass der Vereinsvorstand den Beitritt eines neuen Mitglieds ohne Angabe von Gründen verweigern kann. Dieser Sachverhalt ist auf seine Vereinbarkeit mit den kartellrechtlichen Bestimmungen zu überprüfen (s. nachfolgend Rz 42 ff.).

23. Im Sinne einer Vorbemerkung betreffend den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes gilt es festzuhalten, dass das Gesetz auf Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts Anwendung findet, wobei als Unternehmen sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, gelten (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} KG). Dem Kartellgesetz liegt ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde.⁴ Ausschlaggebend für die Qualifikation als

⁴ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 9 m.w.H.; ANDREAS HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 2 N 7 m.w.H.

Unternehmen ist somit nicht die rechtliche Organisation, sondern die wirtschaftlich selbständige Teilnahme am Wettbewerbsprozess. Für diese unternehmerische Tätigkeit sind weder eine Gewinnerzielungsabsicht noch eine Wiederholung der Handlung erforderlich. Bei einem Verein, welcher sowohl wirtschaftliche als auch nicht-wirtschaftliche Zwecke verfolgen kann, wird demnach nicht im Grundsatz, sondern je für die konkret in Frage stehende Tätigkeit festgestellt, ob er damit am Wirtschaftsprozess teilnimmt und somit im konkreten Fall ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne darstellt.⁵ Die von der BSO ihren Mitgliedern angebotenen Leistungen stellen grundsätzlich marktfähige Dienstleistungen dar, weshalb der Verein BSO als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG gelten dürfte. In Anbetracht der nachfolgenden Ausführungen kann die Frage jedoch ohnehin offengelassen werden. Sowohl bei den öffentlich-rechtlichen kantonalen (Gebäude-)Versicherungen als auch bei den privatrechtlichen Versicherungsgesellschaften handelt es sich um wirtschaftlich selbständige Einheiten, welche auf dem Markt (Erdbeben-)Versicherungsleistungen anbieten oder in Zukunft anbieten könnten. Auch bei ihnen ist demnach vom Vorliegen der Unternehmenseigenschaft im Sinne von Art. 2 KG auszugehen.

II.1 Prüfung potentiell kartellrechtlich relevanter Aspekte unter Art. 5 KG

24. 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). 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).

25. Wie sich aus dem Gesetzeswortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG ergibt, stellen nicht nur schriftliche, mündliche oder konkludente Vereinbarungen Abreden im Sinne dieser Vorschrift dar, sondern kann der Tatbestand einer Wettbewerbsabrede auch durch eine abgestimmte Verhaltensweise erfüllt werden. Damit eine abgestimmte Verhaltensweise als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist, müssen drei Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein: (1) Eine Abstimmung (Mindestmass an Koordination), (2) ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten und (3) ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem entsprechenden Verhalten (welcher bei nachgewiesener Abstimmung vermutet wird).⁶ Der im Rahmen der Leistungserbringung durch die BSO potentiell stattfindende Informationsaustausch sowie die Kooperation der Versicherer bei der Schadensabwicklung stellen unter Umständen eine horizontale Abrede (zumindest) im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise dar.

26. Zusätzlich muss die abgestimmte Verhaltensweise (wie auch die Vereinbarung) eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum

Programm erhoben haben».⁷ Als zentrale Wettbewerbsparameter kommen im Versicherungsbereich die Versicherungsprämien (Preis, zentrale Preisbestandteile wie z.B. Risikoprämien für gewisse Risiken etc.), das Leistungsangebot (Versicherung bestimmter Risiken etc.) und der Leistungsumfang (Deckungsumfang, Laufzeit, Selbstbehalt etc.) sowie der Kundendienst oder andere zentrale Zusatzdienstleistungen in Frage.⁸

II.1.1 Informationsaustausch (Art. 5 i.V.m. 4 Abs. 1 KG)

27. Generell ist der Abredetatbestand im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beim Informationsaustausch erfüllt, wenn die Qualität und die Quantität der ausgetauschten Informationen sowie die Marktstrukturen den Unternehmen eine Koordination in dem Ausmass erlauben, dass bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt.⁹ Betreffend den Inhalt gilt der Austausch von vertraulichen Unternehmensinformationen, welche es namentlich erlauben, die Strategie der Konkurrenten auf dem Markt zu antizipieren, als besonders schädlich.¹⁰ Dies gilt insbesondere für den Austausch von Informationen über zukünftiges Preis- oder Mengenverhalten.¹¹

28. Im Rahmen der BSO werden je nach Phase in unterschiedlichem Ausmass und auf unterschiedliche Art und Weise Informationen ausgetauscht:

29. In der **Aufbauphase** werden in erster Linie die personellen, technischen, rechtlichen und organisatorischen Voraussetzungen für den Betrieb der BSO geschaffen und den Leistungsbezügern gemäss mündlicher Auskunft im Zuge der telefonischen Korrespondenz noch keine Informationen zur Verfügung gestellt. Jedoch sieht die Leistungsvereinbarung eine gegenseitige Verpflichtung des Vereins BSO und der Leistungsempfänger zu regelmässiger Information «über wichtige Angelegenheiten und Vorkommnisse im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung» vor. Aus kartellrechtlicher Sicht wäre es besonders schädlich, wenn die Versicherer über den Verein BSO Informationen austauschen würden, die es

⁵ Vgl. DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 5), Art. 2 N 7 und 16 m.w.H.

⁶ RPW 2010/4, 737 Rz 177 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; vgl. auch BVGer, B-5685/2012 vom 17.12.2015 E.4.1, *Altimum SA/WEKO*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 53; EuGH, ECLI:EU:C:1999:358, Rz 161, *Hüls AG*; BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E 3.4.4, *Sanktionsverfügung Pfizer AG: Hors-Liste Medikamente (Preiseempfehlungen)*.

⁷ BVGer, B-8430/2010 vom 23.09.2014 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; BVGer, B-8399/2010 vom 23.9.2014 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; RPW 2020/1, 202 Rz 835, *KTB-Werke*; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 69.

⁸ RPW 2021/1, 142 Rz 40, *Hinweis- und Informationssystem HIS*.

⁹ Vgl. für eine Praxisübersicht statt vieler etwa RPW 2021/1, 142 Rz 39 m.w.H., *Hinweis- und Informationssystem HIS*.

¹⁰ Vgl. DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 7), Art. 4 Abs. 1 N 159.

¹¹ Vgl. Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011, 16 Rz 73 f.; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AGCM, Verfügung vom 20.12.2018, 77 Rz 315 ff., *Vendita auto tramite finanziamenti*; EuGH, ECLI:EU:C:2015:184, Rz 111 ff., *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*; vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2009:343, Rz 41, *T-Mobile Netherlands BV*.

erlauben würden, das zukünftige Preis- oder Mengenverhalten oder die Strategie der konkurrierenden Versicherer auf dem Markt zu antizipieren (s. vorne Rz 27) oder die Informationen sich auf die Ausgestaltung von (zentralen) Versicherungskonditionen niederschlagen würden. Entsprechend ist seitens des Vereins BSO grundsätzlich und generell über alle Phasen hinweg darauf zu verzichten, von den verschiedenen Versicherern Informationen betreffend ihre Strategie, ihre Preise oder Preisbestandteile entgegenzunehmen und weiterzuleiten, die sich insbesondere in den individuellen Versicherungskonditionen niederschlagen könnten. Soweit solche Informationen für den Aufbau und den Betrieb der BSO unerlässlich sein sollten, so sind diese ausschliesslich für den internen Gebrauch vorzusehen. Die BSO wies in ihren Erläuterungen hierzu darauf hin, dass die BSO einzig Daten zu den Gebäuden erfasse, welche für eine Schätzung des Schadens für die Kontaktaufnahme mit den Eigentümern/Verantwortlichen und für die Weiterleitung der Schadensschätzung notwendig seien,¹² was vorgenannten Anforderungen an einen kartellrechtlich zulässigen Informationsaustausch entspricht.

30. In der **Vorsorgephase** läuft die IT-Infrastruktur in einem Betriebsmodus mit reduziertem Funktionsumfang. Es werden lediglich die Gebäudedaten aktuell gehalten, um eine unmittelbare Eröffnung der Ereignisphase zu ermöglichen. Da in dieser Phase insbesondere auch keine Informationen zur Verfügung gestellt werden bzw. kein Informationsaustausch stattfindet, kann eine kartellrechtliche Problematik *prima facie* ausgeschlossen werden.

31. Ein besonderes Augenmerk ist jedoch auf die Funktion des Partners bzw. der gastgebenden Organisation für den operativen Betrieb zu richten, welche gegen Entschädigung verschiedene Infrastruktur- und Logistikdienstleistungen für die BSO erbringen soll, wobei gemäss Detailkonzept Schadenorganisation Erdbeben hierfür idealerweise eine Versicherungsgesellschaft mit Erfahrung im Bereich Gebäudeversicherung zu wählen ist.¹³ Eine strikte Trennung der jeweiligen Datensätze der BSO und des Partners erscheint unabdingbar. Die Möglichkeit einer Kenntnisnahme der Daten der BSO durch den Partner sollte mittels technischer Vorkehrungen sowie durch Vermeidung jeglicher personellen Überschneidungen ausgeschlossen werden. Ansonsten könnte der Partner, welcher allenfalls seinerseits Versicherungsleistungen für Erdbebenschäden anbietet, aufgrund dieser umfangreichen Informationen gegebenenfalls Rückschlüsse auf die Strategie seiner Konkurrenten ziehen.

32. In der **Ereignisphase** stellt die BSO nach erfolgter Schätzung des an den beschädigten Gebäuden entstandenen Schadens durch Fachleute das Ergebnis der Schadensschätzung der öffentlichen Hand und den Versicherern zur Verfügung. Diese Schätzung dient letzteren sodann als Berechnungsbasis für die durch sie zu erbringenden Versicherungsleistungen. Es ist zu betonen, dass die Versicherer auch in der Ereignisphase keinen direkten Zugriff auf die Gebäudedaten und die Schadensschätzungen haben, sondern ihnen die Schadensschätzungen betreffend die von ihnen versicherten Gebäude von der BSO im Einzelfall zur Verfügung gestellt werden. Diese Handhabung des Informationszu-

gangs ist strikt so beizubehalten und, falls erforderlich, durch technische und organisatorische Massnahmen sicherzustellen.

33. In der **Nachbearbeitungsphase** wird ein Schlussbericht betreffend den erfolgten Einsatz erstellt und allenfalls notwendige Anpassungsmassnahmen eruiert und umgesetzt. Eine Analyse und Aufarbeitung des erfolgten Einsatzes der BSO in administrativer, personeller und technischer Hinsicht (z.B. betreffend Einsatzzeit, Einsatzkosten oder Funktionieren der Software) erscheint aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich unbedenklich. Hingegen dürfen dem Bericht keine Informationen bezüglich der von den Versicherern auf Basis der erhaltenen Schätzungen angestellten Berechnungen und ausbezahlten Versicherungsleistungen zu entnehmen sein. Der Inhalt des Berichts hat sich somit strikt auf die für das Funktionieren der BSO unerlässlichen Informationen zu beschränken und darf es keinesfalls ermöglichen, das zukünftige Preis- oder Mengenverhalten oder die Strategie der Konkurrenten auf dem Markt zu antizipieren.

34. Es ist aufgrund des gemeldeten Sachverhalts *prima facie* nicht ersichtlich, dass die durch die BSO zur Verfügung gestellten Informationen Rückschlüsse auf die Strategie der Konkurrenten zulassen oder sich auf Preis(-bestandteile) oder Mengen beziehen würden. Insbesondere erfolgt die Bereitstellung nur im konkreten Schadenfall und jeweils nur gegenüber den betroffenen Vereinsmitgliedern, darunter die Versicherer. Mit anderen Worten erhalten die Versicherer infolge eines Erdbebenereignisses jeweils nur eine Schadensschätzung betreffend die von ihnen versicherten Gebäude und sind somit nicht im Stande, allenfalls bestehende Zusammenhänge zwischen von anderen Versicherern versicherten Gebäuden bzw. Gebäudetypen, den an diesen entstandenen (geschätzten) Schäden und einem allfälligen Einfluss auf die Leistungs- und Prämiengestaltung nachzuvollziehen. Es ist daher anzunehmen, dass sich die Zurverfügungstellung von Schadensschätzungen durch die BSO an die Versicherer im Einzelfall nicht auf die individuelle Ausgestaltung von (zentralen) Versicherungskonditionen niederschlagen kann. Die Frequenz der Bereitstellung von Informationen durch die BSO ist aufgrund der Unvorhersehbarkeit von Erdbebenereignissen naturgemäss schwer abzuschätzen. Es ist jedoch tendenziell nicht von einer regelmässigen Informationsbereitstellung auszugehen. Aufgrund der vermutungsweise tiefen Frequenz der Informationsbereitstellung und

¹² Gemäss den Erläuterungen der BSO werden insbesondere weder Produktinhalte (wie Deckungsumschreibungen, Höchsthaftungslimiten, Selbstbehalte etc.) noch Prämien oder Prämienberechnungsinformationen in ihrer Datenbank geführt.

¹³ Die BSO wies in ihren nachträglichen Erläuterungen darauf hin, dass Abklärungen im Nachgang zum Detailkonzept gezeigt hätten, dass die ursprüngliche Idee, als gastgebende Gesellschaft eine Versicherungsgesellschaft mit Erfahrung im Bereich Gebäudeversicherung zu gewinnen, aufgrund deren vermutungsweise starken eigenen Belastung im Falle eines Erdbebens nicht möglich sei. Die gastgebende Organisation (Partner ausserhalb der Gebäudeversicherungen) werde zu einem späteren Zeitpunkt bestimmt. Damit dürfte sich die Kritik des Sekretariats an der ursprünglichen Idee erledigen, da die (noch zu findende) gastgebende Organisation höchstwahrscheinlich keine eigenen Leistungen im Bereich Erdbebenversicherung anbietet.

der Tatsache, dass den Versicherungen keine Informationen über die Schätzung der Schäden an von Konkurrenten versicherten Gebäuden zur Verfügung gestellt werden, ist nicht anzunehmen, dass die vorgängig genannten zentralen Wettbewerbsparameter (s. vorne Rz 26) ausgeschaltet oder beeinträchtigt werden könnten. Insbesondere sollte die niedrige Frequenz keine flächendeckende Erstellung von Schadenstatistiken ermöglichen. Die Informationen betreffen zudem, soweit ersichtlich, in erster Linie die Kostenfaktoren der Versicherer. Dies ist stets weniger heikel, als wenn Informationen über Leistungen ausgetauscht würden.¹⁴

35. Es ist zu ergänzen, dass die zentral organisierte und durchgeführte Schadensschätzung zu Effizienzgewinnen bzw. zum besseren Funktionieren des Marktes beitragen kann. Im Rahmen des bisherigen Systems mussten die einzelnen Versicherer jeweils selbst um den Aufbau der technischen, administrativen und personellen Grundstruktur und bzw. oder die Beauftragung von Fachleuten für Schadensschätzungen im Einzelfall besorgt sein. Die Kosten für den Betrieb einer solchen Vielzahl von Schadensschätzungsstrukturen sind ungleich höher als jene für eine zentrale Organisation. Darüber hinaus ist auch eine koordinierte Einsatzplanung der benötigten Fachleute im Ereignisfall möglich. Eine schnelle und effiziente Abwicklung erscheint insbesondere bei der Versicherung potentiell grosser Schäden infolge eines Erdbebenereignisses von erheblicher Bedeutung. Eine effiziente Abwicklung der Schadensschätzung dient nicht nur den beteiligten Versicherern, sondern kann auch, im Sinne einer Kosten- und Prämien senkung, den Versicherten zugutekommen.

36. Die Informationsbereitstellung im Rahmen der BSO kann zudem – sofern der Zugang sämtlichen Marktteilnehmern zu angemessenen Konditionen gewährt wird (s. nachfolgend Rz 44 ff.) – geeignet sein, wettbewerbsfördernde Effekte zwischen den Versicherern zu zeitigen. Denn insbesondere für neu eintretende Versicherer und potentielle Wettbewerber könnten die Markteintrittsbarrieren durch die BSO gesenkt werden,¹⁵ indem die Unternehmen sich einer bereits bestehenden Organisation für die Schadensschätzung im Erdbebenfall anschliessen können. Dies bedeutet nicht nur ein Entfallen des Aufwands für den Aufbau einer eigenen Organisation, sondern schliesst auch das Risiko aus, dass es neu eintretenden Versicherern verunmöglicht werden könnte, Fachpersonen mit einer Schadensschätzung im Erdbebenfall zu beauftragen, da sich sämtliche verfügbaren Fachleute bereits in einem Auftragsverhältnis mit den etablierten Versicherern befinden.

37. Nach dem Gesagten kann folgendes **Zwischenfazit** festgehalten werden: Das Sekretariat erwartet, dass in keiner Phase ein direkter Zugriff von partizipierenden Versicherern auf Informationen, insbesondere auf Informationen betreffend Gebäudedaten, Schadensschätzungen und ausbezahlte Versicherungsleistungen, erfolgt oder möglich ist. Dies betrifft insbesondere eine allfällige Partner-Versicherung sowie sämtliche partizipierenden Versicherer in der Ereignisphase. Allfälligen kartellrechtlichen Bedenken kann entgegengewirkt werden, indem ein direkter Zugriff auf die Informationen durch jegliche Versicherer vertraglich sowie durch administrative und technische Vorkehrungen verhindert wird. Darüber hinaus

wird erwartet, dass weder in einem (soweit möglich zu vermeidenden) direkten Austausch zwischen den partizipierenden Versicherern noch in einem indirekten Austausch über die BSO Informationen ausgetauscht werden, welche für den Betrieb der BSO nicht absolut notwendig sind. Insbesondere dürfen keine Informationen über Strategien sowie über Preise bzw. Preisbestandteile ausgetauscht werden, welche sich in den Versicherungskonditionen niederschlagen könnten. Ansonsten sind hinsichtlich des beschriebenen Informationsaustausches zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine kartellrechtlichen Bedenken ersichtlich. Aufgrund der Charakteristika der ausgetauschten Informationen und der antizipierten niedrigen Frequenz des Austausches ist nicht davon auszugehen, dass der vorgesehene Austausch von Informationen im Rahmen der BSO zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG führen wird. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich eine ausführliche Prüfung nach Art. 5 KG, wobei selbst bei allfälliger Bejahung einer (erheblichen) Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gegeben sein dürfte.

II.1.2 Zusammenarbeit in der Schadenabwicklung (Art. 5 i.V.m. 4 Abs. 1 KG)

38. Das Sekretariat hat bezüglich Vereinbarungen über die Regulierung von Schadenfällen festgehalten, dass diese insbesondere als problematisch zu betrachten sind, wenn sie die Höhe des zu zahlenden Schadenersatzes, beispielsweise durch Pauschalisierung desselben, beschränken. Ebenfalls problematisch sind Abkommen, die dazu führen, dass die Geltendmachung von gesetzlichen oder vertraglichen Ansprüchen eingeschränkt wird. Schliesslich bestehen dann Bedenken, wenn Abkommen in einer Verzögerung oder Einschränkung der Schadensliquidierung resultieren.¹⁶

39. Vorliegend nimmt die BSO die Schadensschätzung für sämtliche partizipierenden Versicherer vor, d.h. es findet eine Zentralisierung der Schadensschätzung statt. Die Schadensschätzungen werden gemäss BSO durch «versicherungsexterne» Fachleute, namentlich Ingenieure und Architekten, vorgenommen, wobei die Schätzung selber anhand eines einheitlichen Fragebogens erstellt wird. Da die erstellten Schätzungen die Berechnungsgrundlage für die von den Versicherern ausbezahlten Leistungen bilden, könnte dies den Leistungswettbewerb der Versicherer möglicherweise beeinträchtigen. Beim nach wohl einheitlichem Standard geschätzten Schaden handelt es sich jedoch nur um einen (Kosten-)Faktor in der Berechnung der auszahlenden Leistungen.¹⁷ In

¹⁴ RPW 2007/1, 143 f. Rz 34 ff., *Praxis im Versicherungsbereich*.

¹⁵ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2006:734, Rz 56, *Asnef-Equifax*.

¹⁶ RPW 2007/1, 142 Rz 31, *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*.

¹⁷ So sind die allfälligen Schaden- bzw. Versicherungsleistungen abhängig von den einzelnen Policen und allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der Versicherer, welche gemäss Erläuterung der BSO höchst unterschiedlich vereinbart und definiert sind.

jedem Fall hat die weitere Schadenabwicklung, d.h. insbesondere die Berechnung und Ausrichtung von Versicherungsleistungen, individuell durch die einzelnen Versicherer und nicht etwa in koordinierter Art und Weise zu erfolgen. Es ist mit anderen Worten darauf zu achten, dass die Zusammenarbeit in der Schadenabwicklung (mit Blick auf die Versicherungsleistungen) sich darin erschöpft, dass den Versicherern die *lege artis* vorgenommenen Schadensschätzungen¹⁸ zur Verfügung gestellt werden. Davon abgesehen sind in den dem Sekretariat vorliegenden Unterlagen keine Hinweise enthalten, die auf Einschränkungen im oben genannten Sinn (s. vorne Rz 38) hindeuten würden.

40. Sodann sind auch hier die Vorteile im Sinne von Effizienzgewinnen zu berücksichtigen. So ermöglicht die zentralisierte Schadensschätzung insbesondere eine rasche Schadenabwicklung, eine koordinierte Einsatzplanung sowie geringere Schätzungskosten, wovon wiederum die Versicherungsnehmer profitieren. Dies erscheint insbesondere mit Blick auf die potentiellen Auswirkungen eines grösseren Erdbebenereignisses relevant, zumal in einem solchen Fall eine schnelle und effiziente Abwicklung von erheblicher Bedeutung ist.

41. Im Sinne eines **Zwischenfazits** kann somit festgehalten werden, dass die Kooperation der Versicherer betreffend einen Teil der Schadenabwicklung – vorbehaltlich vorheriger Ausführungen – vermutlich nicht eine Intensität erreichen wird, welche die Annahme einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 KG nahelegen würde. Insofern erübrigt sich auch hier eine ausführliche Prüfung nach Art. 5 KG, wobei wiederum darauf hinzuweisen ist, dass selbst bei Prüfung und Bejahung einer (erheblichen) Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unter Beachtung der spezifischen Konstellation im Falle eines Erdbebens mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gegeben sein dürfte.

II.2 Zugang zur BSO (Art. 7 KG)

42. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹⁹ Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

43. Die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG bedingt eine vorgängige Bestimmung des relevanten Marktes sowie der Marktanteile der betroffenen Unternehmen. Vorliegend könnte im Sinne einer Arbeitshypothese unter Berücksichtigung der Interessen potentiell partizipierender Versicherer

allenfalls ein Markt für Dienstleistungen im Bereich Schadensschätzung von Erdbebenschäden als relevanter Markt abgegrenzt werden. Eine hohe Beteiligung der Versicherungen an der BSO erscheint basierend auf dem vorliegenden Sachverhalt denkbar, womit auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass dem Verein BSO eine marktbeherrschende Stellung zukommen könnte.

44. Vor diesem Hintergrund ist zu gewährleisten, dass keine Marktteilnehmer im Wettbewerb benachteiligt werden bzw. dass sich sämtliche interessierten Versicherer zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen an der BSO beteiligen können. Ohne im Folgenden vertieft darauf einzugehen, ist in diesem Zusammenhang auf einen zentralen Punkt hinzuweisen, welcher im Licht von Art. 7 KG (als auch von Art. 5 KG) kartellrechtlich problematisch erscheinen könnte.

45. Die BSO erbringt ihre Leistungen nur zugunsten der Kantone und der Versicherer, welche eine Leistungsvereinbarung mit dem Verein BSO abgeschlossen haben bzw. welche (Aktiv-)Mitglieder des Vereins sind. Die Statuten sehen jedoch vor, dass der Vereinsvorstand den Beitritt eines neuen Mitglieds ohne Angabe von Gründen verweigern kann.

46. Dies erscheint insofern potentiell kartellrechtlich problematisch, als dass sowohl die VKG als auch der SVV je Anrecht auf Entsendung zweier Vertreter in den Vorstand haben, welcher sich insgesamt aus mindestens sechs Personen zusammensetzt. Der Vorstand fasst seine Beschlüsse mit einfachem Stimmenmehr der anwesenden bzw. teilnehmenden Vorstandsmitglieder. Während die VKG die Interessenvertretung der Gemeinschaftsorganisationen der Gebäudeversicherungen sowie von deren Mitgliedern bezweckt, vertritt der SVV die Interessen der privaten Versicherungsbranche. Ohne im Rahmen dieser Ausführungen den Vorgang der Meinungsbildung in diesen beiden Einheiten und die Wahl von Vorstandsmitgliedern im Verein BSO thematisieren zu können, ist zumindest auf den ersten Blick nicht auszuschliessen, dass einzelne oder mehrere Versicherer über die VKG oder den SVV und deren Vorstandsfunktion im Verein BSO bewirken könnten, dass einem anderen Versicherer, welcher sich der BSO mittels einer Leistungsvereinbarung anschliessen bzw. dem Verein BSO beitreten möchte, dieser Beitritt und somit der Zugang zu den Leistungen der BSO verweigert wird. Der betreffende Versicherer müsste sodann selbst um eine Schadensschätzung besorgt sein, wobei die Kosten für diese Schätzung vermutlich die andernfalls anfallenden Entschädigungen im Rahmen der BSO übersteigen würden. Zudem ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl von Schätzungsexperten sich bereits in einer vertraglichen oder sonstigen Beziehung zum Verein BSO befinden könnten und es einem Versicherer im Erdbebenfall

¹⁸ Problematisch dürfte in dem Zusammenhang etwa sein, wenn die Schätzungen im Rahmen der BSO systematisch tiefer ausfallen würden, als dies der Fall wäre, wenn jeder Versicherer eigenständig die Schätzungen vornimmt bzw. unabhängiges Fachpersonal mandatiert.

¹⁹ BGE 139 I 72, 103 E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

unter Umständen schwerfallen könnte, überhaupt eine verfügbare Fachperson zu finden. Insgesamt könnte somit ein Wettbewerbsnachteil des Dritt-Versicherers durch bereits der BSO angeschlossene, mit dem Dritt-Versicherer in Wettbewerb stehende Versicherer herbeigeführt werden. Dieses Risiko erscheint umso ausgeprägter, als dass der Beitritt neuer Mitglieder ohne Angabe jeglicher Gründe verweigert werden kann. Um dieser in kartellrechtlicher Hinsicht bedenklichen Möglichkeit entgegenzuwirken, empfiehlt das Sekretariat, die Statuten dahingehend anzupassen, dass eine Beitrittsablehnung nur bei Vorliegen und unter Angabe von wichtigen möglich ist.

47. Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass auch die Verteilung und Auferlegung der Kosten für die BSO dergestalt zu erfolgen hat, dass keine Marktteilnehmer im Wettbewerb benachteiligt werden bzw. die Versicherer sich zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen an der BSO beteiligen können.

48. Nach dem Gesagten kann folgendes **Zwischenfazit** festgehalten werden: die Statuten sollten dahingehend geändert werden, dass eine Ablehnung des Beitritts eines neuen Mitglieds durch den Vorstand nur aus wichtigen Gründen erfolgen kann und zudem ausreichend zu begründen ist. Ansonsten bestehen aufgrund der beschriebenen Ausgestaltung des Zugangs zur BSO *prima facie* keine Anhaltspunkte dafür, dass in dieser Hinsicht ein Verstoß gegen das Kartellgesetz vorliegen könnte.

III. Fazit

49. Als Gesamtfazit kann Folgendes festgehalten werden:

- Es wird erwartet, dass in keiner Phase ein direkter Zugriff von partizipierenden Versicherern oder Part-

ner-Versicherungen auf Informationen, insbesondere auf Informationen betreffend Gebäudedaten, erfolgte Schadensschätzungen und ausbezahlte Versicherungsleistungen, erfolgt oder möglich ist, sondern eine Bereitstellung der Schadensschätzungen durch die BSO zugunsten der betroffenen Vereinsmitglieder im Einzelfall erfolgt (s. vorne Rz 31 f. und 37).

- Es wird erwartet, dass weder im (soweit möglich zu vermeidenden) direkten Austausch zwischen den partizipierenden Versicherern noch in einem indirekten Austausch über die BSO Informationen ausgetauscht werden, welche für den Betrieb der BSO nicht zwingend notwendig sind. Insbesondere dürfen keine Informationen über Strategien sowie über Preise bzw. Preisbestandteile ausgetauscht werden, welche sich in den Versicherungskonditionen niederschlagen könnten (s. vorne Rz 29, 33 und 37).
- Es wird empfohlen, die Statuten des Vereins BSO dahingehend zu ändern, dass eine Ablehnung des Beitritts eines neuen Mitglieds durch den Vorstand nur aus wichtigen Gründen erfolgen kann und zudem ausreichend zu begründen ist.

Ansonsten sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt aufgrund der beschriebenen Ausgestaltung der BSO *prima facie* keine kartellrechtlichen Bedenken ersichtlich. Was so dann die im Rahmen dieser Beratung näher untersuchten Punkte betrifft, hat die BSO in ihren Erläuterungen informell bestätigt und begründet dargelegt, dass die Erwartungen des Sekretariats in die finale Ausgestaltung der Prozesse einfließen und eingehalten werden. Bezüglich der Beitrittsklausel werde eine Änderung der Statuten – im Sinne der Anregungen des Sekretariats – an der nächsten Generalversammlung vorgeschlagen.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Pöschl Tabakprodukte

Verfügung vom 28. Juni 2021 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend: Pöschl Tabakprodukte wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, gegen Pöschl GmbH & Co. KG, in 84144 Geisenhausen (D) vertreten durch [...]

A. Verfahren

A.1. Gegenstand der Untersuchung

Fokus der Untersuchung

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 17. August 2020 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) aufgrund der im Rahmen der vorgängig durchgeführten Marktbeobachtung gemäss Art. 45 Abs. 1 KG¹ ermittelten Anhaltspunkte für mögliche Verstösse gegen Art. 5 KG eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die Pöschl Tabak GmbH & Co. KG (nachfolgend: Pöschl Deutschland) sowie alle mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen (nachfolgend: Pöschl). Im Rahmen der Untersuchung wurde geprüft, ob unzulässige vertikale Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zwischen Pöschl Deutschland und deren ausländischen Vertriebspartnerinnen vorlagen.

2. Am 19. Februar 2019 meldete eine Marktteilnehmerin (nachfolgend: Anzeigerin) dem Sekretariat, dass die Pöschl Tobacco Switzerland AG (nachfolgend: Pöschl Schweiz) Druck auf Pöschl Deutschland ausgeübt habe, um Lieferungen von Schnupftabak der Marke Gawith von seiner in Europa ansässigen Lieferantin zu blockieren. Pöschl Deutschland soll gemäss der Anzeigerin die Lieferung an ihre Lieferantin mit der Begründung verweigert haben, dass Produkte aus früheren Lieferungen in die Schweiz hätten verfolgt werden können, und dass Pöschl Deutschland keine Parallelimporte in die Schweiz mehr haben wolle. Der Anzeige lag eine E-Mail der ausländischen Lieferantin bei, worin diese gegenüber der Anzeigerin erklärte: «[...] Poeschl refused to supply Gawith due to previous shipments found in Swiss market. It is small anyway and I do not intend to start a war with them, just not worth it. [...]».²

3. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit fokussiert sich die vorliegende Untersuchung auf Schnupftabak und Feinschnitt (Tabak zum Selberdrehen), da die anderen von Pöschl hergestellten oder vertriebenen Produkte (insbesondere Rauchtobak, Pfeifentabak, Kautabak, Zigaretten) umsatzmässig weniger bedeutend und/oder die Marktanteile auf den anderen relevanten Märkten sehr gering sind. Zudem liegt der Fokus auf den Vertriebsverträgen mit den in Europa ansässigen Vertriebspartnerinnen (vgl. unten, Rz 11).

Vertrieb von Schnupftabak und Feinschnitt

4. Pöschl Deutschland ist gemäss ihrem Internetauftritt die weltweit grösste Produzentin von Schnupftabak und führende deutsche Herstellerin von Tabakprodukten. Zu Pöschl gehören neben dem Stammhaus Pöschl Deutschland auch [...] rein vertrieblisch tätige, internationale Tochter- und Beteiligungsgesellschaften.³ Pöschl Schweiz ist in der Schweiz und im Ausland im Vertrieb von Produkten tätig, die von Pöschl hergestellt oder vertrieben werden.⁴

5. Pöschl Deutschland lässt die Tabakprodukte durch ihre Vertriebspartnerinnen an Wiederverkäuferinnen und/oder Endkundinnen/Endkunden vertreiben.⁵ Mit [...] von [...] ausländischen Vertriebspartnerinnen hat Pöschl Deutschland schriftliche Vertriebsverträge abgeschlossen,⁶ wovon [...] kartellrechtlich problematische Klauseln enthalten.

Vertriebsverträge

6. Gegenstand der Vertriebsverträge ist der Vertrieb von Produkten, die Pöschl herstellt oder vertreibt (insbesondere Schnupftabak, Feinschnitt, Rauchtobak, Pfeifentabak, Kautabak, Zigaretten; nachfolgend: Vertragsprodukte) bzw. durch Vertriebspartnerinnen an Wiederverkäuferinnen und/oder Endkundinnen/Endkunden vertreiben lässt.⁷

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

² Act. [...].

³ Act. [...].

⁴ Siehe <<https://lu.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-358.515.576>> (28.6.2021).

⁵ Act. [...].

⁶ Act. [...].

⁷ Act. [...].

7. In [...] von [...] schriftlichen Vertriebsverträgen,⁸ welche Pöschl Deutschland mit ausländischen Vertriebspartnerinnen abgeschlossen hat, waren jeweils Klauseln wie die folgenden oder ähnlich lautende Klauseln enthalten (nachfolgend: Exportverbotsklauseln):

«The Customer is prohibited from marketing the supplied goods beyond the Territory or to deliver them to third parties for the purpose of marketing outside the Territory.»⁹

«Dem Abnehmer ist es untersagt, die gelieferte Ware außerhalb des Vertragsgebiets zu vertreiben oder diese an Dritte zum Vertrieb außerhalb des Vertragsgebiets zu liefern.»¹⁰

«The Customer shall refrain from marketing or selling the Products to third parties outside the Territory and from supplying the Products to third parties for the purpose of marketing or selling them outside the Territory.»¹¹

8. Die nachfolgende Tabelle 1 enthält eine Übersicht der insgesamt [...] ausländischen Vertriebspartnerinnen von Pöschl Deutschland und gibt an, mit welchen ein schriftlicher Vertriebsvertrag besteht sowie ggf., mit welchen Vertriebspartnerinnen die Exportverbotsklauseln vereinbart wurden.

Tabelle 1: Übersicht Vertriebsverträge mit ausländischen Vertriebspartnerinnen

Vertriebspartnerin (Absatzgebiet)	Vertriebsvertrag	Exportverbotsklausel
[...]	Ja	Ja
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	Ja	Ja
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	Ja	Ja
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	Ja	Ja
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	Ja	Ja
[...]	Ja	Ja
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	Ja	Ja
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]**	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]

* [...].

** [...].¹²

Quelle: Act. [...].

⁸ Act. [...].

⁹ Act. [...].

¹⁰ Act. [...].

¹¹ Act. [...].

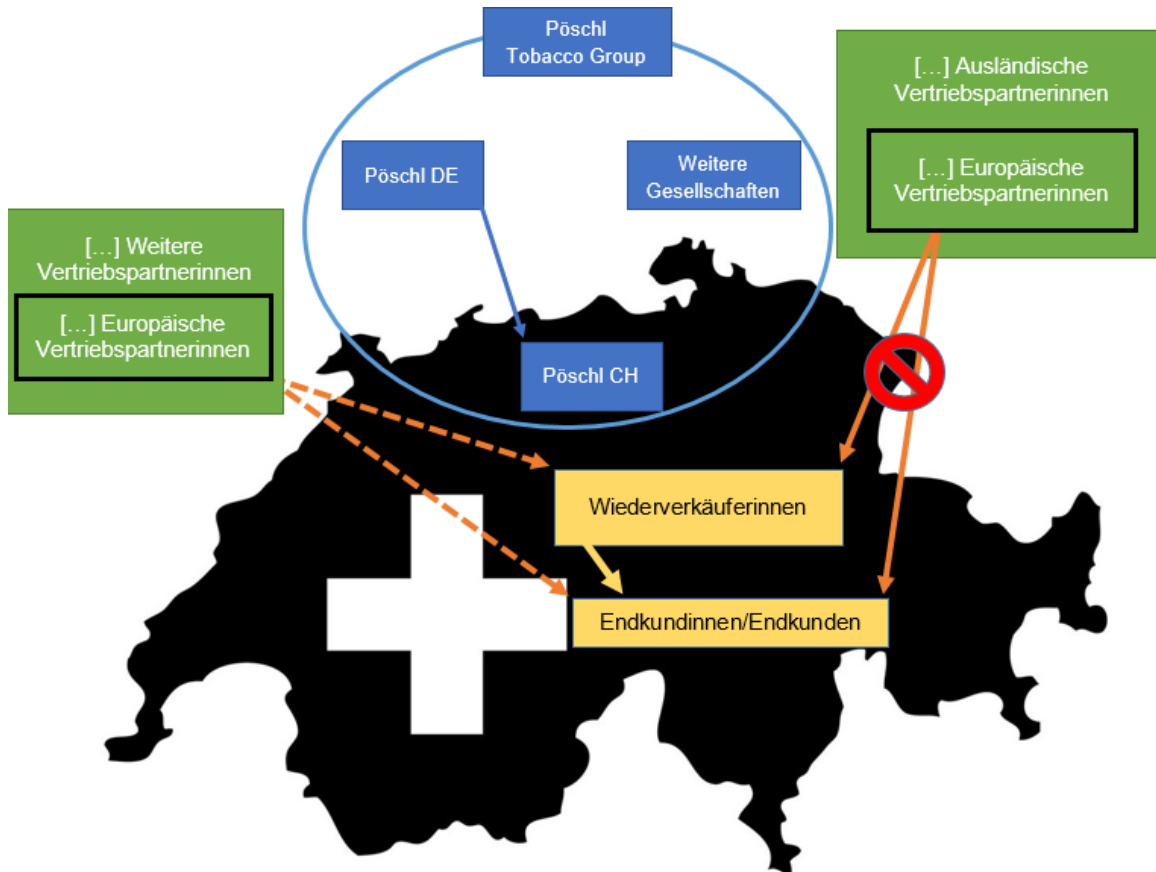
¹² Act. [...].

9. Die Tabelle 1 zeigt, dass mit [...] von insgesamt [...] (unabhängigen) ausländischen Vertriebspartnerinnen von Pöschl Deutschland schriftliche Verträge betreffend den Vertrieb von Vertragsprodukten bestehen und in [...] davon die Exportverbotsklauseln enthalten waren bzw. sind (nachfolgend: ausländische Vertriebspartnerinnen). Davon wurden sieben mit Vertriebspartnerinnen abge-

schlossen, die in Europa ansässig sind (nachfolgend: europäische Vertriebspartnerinnen). Der älteste entsprechende Vertrag stammt vom [...] und wurde zwischen Pöschl Deutschland und [...] abgeschlossen.

10. Grafisch lässt sich der Vertrieb und der beschriebene Inhalt der Vertriebsverträge von Pöschl Deutschland in vereinfachter Form wie folgt darstellen:

Abbildung 1: Übersicht Vertrieb und Vertriebsverträge Pöschl



Quelle: Darstellung der WEKO.

11. Die vorliegende Untersuchung fokussiert auf diejenigen Vertriebsverträge, die eine Exportverbotsklausel enthalten und mit europäischen Vertriebspartnerinnen abgeschlossen wurden ([...], [...], [...], [...], [...], [...]) und [...]; nachfolgend: europäische Vertriebsverträge). Die kartellrechtliche Würdigung der entsprechenden Verträge mit Vertriebspartnerinnen in Ländern, die ausserhalb Europa ansässig sind (nachfolgend: aussereuropäische Vertriebsverträge), wird offengelassen, weil sie infolge des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung (vgl. unten, Rz 72) keinen Einfluss auf das Ergebnis des vorliegenden Verfahrens hat. Damit wird namentlich offengelassen, ob die Exportverbote in den aussereuropäischen Vertriebsverträgen überhaupt in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen (Art. 2 Abs. 2 KG) und ob es sich gegebenenfalls um Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt, welche aufgrund ihres Gegenstandes grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen darstellen (Art. 5 KG). Im Folgenden wird nicht mehr auf die kartellrechtliche Beurtei-

lung der aussereuropäischen Vertriebsverträge eingegangen.

Inhalt Selbstanzeige

12. Pöschl Deutschland reichte eine Selbstanzeige ein und lieferte dem Sekretariat in diesem Rahmen sämtliche mit den aktuellen Vertriebspartnerinnen bestehenden Vertriebsverträge.¹³ Pöschl Deutschland gab zu Protokoll, dass sie im Zuge der Beantwortung des ersten Auskunftsbegehrens (vgl. unten, Rz 15) festgestellt habe, dass in einzelnen ihrer Vertriebsverträge Klauseln enthalten seien, die nach schweizerischem Verständnis und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als harte vertikale Abreden qualifiziert werden könnten.¹⁴ Pöschl Deutschland habe zu keinem Zeitpunkt Parallelimporte

¹³ Act. [...].

¹⁴ Act. [...].

in die Schweiz in Form von Passivverkäufen unterbinden wollen oder effektiv unterbunden.¹⁵ Als möglichen Grund für die Klauseln nennt Pöschl Deutschland die unterschiedlichen Rechtslagen betreffend Tabakprodukte in der Europäischen Union (nachfolgend: EU) und der Schweiz. Gewisse Produkte seien in der Schweiz verkehrsfähig, in der EU hingegen nicht (z.B. Zigaretten/Tabak zum Selberdrehen mit charakteristischem Aroma).¹⁶ Produkte, die zulässigerweise in der EU vertrieben werden, dürften parallel in die Schweiz importiert werden.¹⁷ Pöschl Deutschland gehe davon aus, dass es an ausländischen Bezugsmöglichkeiten nicht mangle, und dass Importe von Pöschl-Produkten (Produkte, die von Pöschl hergestellt oder vertrieben werden) auch tatsächlich erfolgen würden.¹⁸ Pöschl Deutschland führt hierzu einige britische Webshops als Beispiele auf.¹⁹

A.2. Prozessgeschichte

13. Am 19. Februar 2019 meldete die Anzeigerin dem Sekretariat Hinweise für möglicherweise unzulässige Gebietsschutzabreden beim Vertrieb von Schnupftabak, welcher von Pöschl vertrieben wird.²⁰

14. Am 24. Mai 2019 stellte das Sekretariat Pöschl Schweiz im Rahmen einer Marktbeobachtung ein Auskunftsbegehren zu.²¹

15. Am 21. August 2019 reichte die Rechtsvertretung von Pöschl Deutschland in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Selbstanzeige ein (nachfolgend: Selbstanzeige Teil I), welche mit Eingabe vom 26. Februar 2020 (nachfolgend: Selbstanzeige Teil II) ergänzt wurde. Mit Teil I und II der Selbstanzeige reichte Pöschl Deutschland Rundschreiben ein, welche an sämtliche Vertriebspartnerinnen verschickt wurden und worin auf die Zulässigkeit des Passivverkaufs an Schweizer Kundinnen und Kunden (Händler sowie Endkundinnen und Endkunden; nachfolgend: Kundinnen und Kunden) hingewiesen wurde.

16. Am 17. August 2020 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gegen Pöschl.²² Die Untersuchungseröffnung wurde am 25. August 2020 im SHAB und im BBI veröffentlicht.²³

17. Am 24. September 2020 stellte die Anzeigerin ein Gesuch um Zulassung als Partei am Untersuchungsverfahren.²⁴

18. Mit Eingabe vom 13. Oktober 2020 beantwortete Pöschl Deutschland offene Fragen.²⁵ Am 13. November 2020 ergänzte Pöschl ihre bisherige Selbstanzeige mit einer weiteren Eingabe (nachfolgend: Selbstanzeige Teil III), woraufhin das Sekretariat am 19. November 2020 Pöschl erneut ein Auskunftsbegehren zustellte.²⁶ Am 18. Dezember 2020 reichte Pöschl Deutschland eine zusätzliche Ergänzung der Selbstanzeige (nachfolgend: Selbstanzeige Teil IV) und eine Stellungnahme zwecks Beantwortung von Fragen ein.²⁷

19. Am 22. Januar 2021 nahm Pöschl Deutschland Stellung zum Gesuch der Anzeigerin um Zulassung als Partei (vgl. Rz 17).²⁸ Mit Schreiben vom 16. Februar 2021 wurde das Gesuch vom Sekretariat abgelehnt.²⁹

20. Am 3. März 2021 präsentierte das Sekretariat Pöschl Deutschland das vorläufige Beweisergebnis, stellte ihr

dieses am 4. März 2021 zu und verlangte weitere Informationen.³⁰

21. Am 10. März 2021 erklärte Pöschl Deutschland ihre Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung und beantwortete noch offene Fragen.³¹

22. Am 1. April 2021 schloss das Sekretariat mit Pöschl Deutschland eine einvernehmliche Regelung ab.³²

23. Am 26. April 2021 versandte das Sekretariat den Antrag an Pöschl Deutschland zur Stellungnahme.³³ Am gleichen Tag versandte das Sekretariat eine Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts des Antrages des Sekretariats an die Anzeigerin zur Kenntnis- bzw. Stellungnahme.³⁴

24. Am 12. Mai 2021 reichte Pöschl Deutschland ihre Stellungnahme ein.³⁵ Am gleichen Tag teilte die Anzeigerin dem Sekretariat mit, dass sie mit dem geplanten Vorgehen einverstanden sei.³⁶

25. Am 28. Juni 2021 genehmigte die WEKO die einvernehmliche Regelung und fällte unter Berücksichtigung der Stellungnahme von Pöschl Deutschland ihren Entscheid im vorliegenden Verfahren.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

B.1.1. Persönlicher Geltungsbereich

26. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).³⁷

¹⁵ Act. [...].

¹⁶ Act. [...]. Pöschl meint wohl die Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.4.2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG (Tabak-RL).

¹⁷ Act. [...].

¹⁸ Act. [...].

¹⁹ Act. [...].

²⁰ Act. [...].

²¹ Act. [...].

²² Act. [...].

²³ Act. [...].

²⁴ Act. [...].

²⁵ Act. [...].

²⁶ Act. [...].

²⁷ Act. [...].

²⁸ Act. [...].

²⁹ Act. [...].

³⁰ Act. [...].

³¹ Act. [...].

³² Act. [...].

³³ Act. [...].

³⁴ Act. [...].

³⁵ Act. [...].

³⁶ Act. [...].

³⁷ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 2 N 14.

27. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen Pöschl.³⁸ Pöschl Deutschland ist unter anderem in der Entwicklung und Herstellung sowie im Handel und Vertrieb von Vertragsprodukten tätig (vgl. oben, Rz 6). Die Vertriebspartnerinnen von Pöschl Deutschland vertreiben die von ihr hergestellten oder vertriebenen Produkte an Kundinnen und Kunden. Dies zeigt, dass Pöschl Deutschland, wie auch ihre Vertriebspartnerinnen Güter und Dienstleistungen anbieten und als Unternehmen in Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren sind.

B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich

28. 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). Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob Pöschl Deutschland mit ihren Vertriebspartnerinnen solche Abreden getroffen hat und ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG vorliegen, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen (vgl. unten, Rz 41 ff.).

B.1.3. Örtlicher Geltungsbereich

29. In räumlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend, ob sich diese auf den schweizerischen Markt auswirkt.³⁹ Dabei ist der örtliche Anwendungsbereich nach Rechtsprechung des Bundesgerichts weit auszulegen, damit das Kartellgesetz nicht seiner Wirksamkeit beraubt wird und damit sichergestellt werden kann, dass die WEKO überhaupt mit der Prüfung beginnen kann, ob sich eine Abrede beschränkend auswirkt. Erst im Rahmen der materiellen Bestimmungen ist eine vertiefte Prüfung der Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen durchzuführen.⁴⁰ Wenn Pöschl Deutschland mittels Abreden mit ihren europäischen Vertriebspartnerinnen Exporte in die Schweiz verhindert bzw. behindert hat, hat dieser im Ausland veranlasste Sachverhalt potenzielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz.⁴¹ Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar.

B.2. Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

30. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO⁴². Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

31. Vorliegend soll die WEKO mittels verfahrensabschliessender Endverfügung darüber entscheiden, ob gegen Pöschl Deutschland wegen eines Verstosses gegen das Kartellgesetz Massnahmen (Handlungs- und Unterlassungspflichten, Sanktionen) zu erlassen sind. Hierfür ist vorliegend die Gesamtkommission der WEKO zuständig (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 GR WEKO).

B.3. Parteien/Verfügungsadressatinnen

32. Gemäss Art. 6 VwVG⁴³ (i.V.m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll. Vorliegend ist Pöschl Deutschland Verfügungsadressatin.

33. Die Untersuchung wird aus Verhältnismässigkeitsgründen nicht auf die europäischen Vertriebspartnerinnen von Pöschl ausgedehnt. Dies entspricht der bisherigen Praxis der WEKO beim Vorliegen von vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG.⁴⁴

B.4. Vorbehaltene Vorschriften

34. 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 (Art. 3 Abs. 1 KG). Nicht jede staatliche Intervention führt jedoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lassen der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen. Es geht um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem Markt seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen). Bei der Rechtsanwendung haben die Wettbewerbsbehörden nur zu prüfen, ob der Gesetzgeber von einem Marktversagen ausgegangen ist und deshalb mit seinen Vorschriften den Wettbewerb ausschalten wollte.⁴⁵

³⁸ Act. [...].

³⁹ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 535.

⁴⁰ Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, RPW 2017/4, 691 E.3, BMW; BGE 143 II 297, E. 3.2.1 ff., (= RPW 2017/2, 346 ff. E. 3.2.1 ff.), Gaba.

⁴¹ Vgl. RPW 2000/2, 209 Rz 47, Volkswagen-Vertriebssystem.

⁴² Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

⁴³ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG); SR 172.021.

⁴⁴ Vgl. RPW 2019/4 1142 Rz 29, Stöckli, Rz RPW 2017/2, 286 Rz 27 und 294 Rz 109, Husqvarna; RPW 2016/3, 736 Rz 95 ff., Saiteninstrumente; RPW 2016/2, 398 f. Rz 127, Altimum SA; RPW 2016/2, 482 ff. Rz 345 ff., Nikon AG; RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., BMW.

⁴⁵ Vgl. RPW 2006/4, 632 Rz 36 ff., Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 666 E. 4.3.1, Elektra Baselland; ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et. al. (Hrsg.), 2018, Art. 3 N 6; BBl 1995 I 468, 537 ff.

35. Pöschl Deutschland brachte während des Verfahrens vor, dass die geltenden Vorschriften betreffend Tabakprodukte (vgl. oben, Rz 12) vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG seien und berief sich dabei auf eine Vorabklärung des Sekretariats aus dem Jahr 2000^{46,47}

36. Hinsichtlich Import und Handel von Tabakprodukten sind insbesondere Art. 3 Abs. 3 des früheren LMG⁴⁸ sowie die entsprechenden Verordnungen (LGV⁴⁹, TabV⁵⁰, Art. 73 LMG) einschlägig. Zudem sind die Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) über kombinierte Warnhinweise auf Tabakprodukten⁵¹ und die Tabaksteuergesetzgebung zu beachten. Bei der Einfuhr von Tabakerzeugnissen sind ferner das THG und die VIPaV relevant.⁵²

37. In Bezug auf die Einfuhr und das Inverkehrbringen von Produkten in die Schweiz ist insbesondere Art. 16a Abs. 1 THG⁵³ massgebend, wonach Produkte in der Schweiz in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie: a. den technischen Vorschriften der Europäischen Gemeinschaft (EG) und, bei unvollständiger oder fehlender Harmonisierung in der EG, den technischen Vorschriften eines Mitgliedstaats der EG oder des EWRs entsprechen; und b. im EG oder EWR-Mitgliedstaat nach lit. a rechtmässig in Verkehr sind (Cassis-de-Dijon-Prinzip). Davon ausgenommen sind Produkte, für die der Bundesrat nach Art. 4 Abs. 3 und 4 THG eine Ausnahme beschliesst (Art. 16a Abs. 2 Bst. e THG).⁵⁴ Der Bundesrat hat für Tabakprodukte zwei derartige Ausnahmen beschlossen, die einerseits der Steuerfestsetzung und der steuerlichen Kontrolle von Tabakprodukten und andererseits dem Schutz der menschlichen Gesundheit dienen. Diese Vorschriften sind weder als Mittel zur willkürlichen Diskriminierung, noch als eine verschleierte Beschränkung des internationalen Handels zu betrachten.⁵⁵

38. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen deuten weder der Wortlaut der genannten Vorschriften noch ihr Sinn und Zweck, ihre Systematik oder der Wille des Gesetzgebers darauf hin, dass diese Vorschriften im Bereich Tabakprodukte den Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nicht zulassen würden. Je nach konkreter Sachverhaltskonstellation kann das Einführen in die Schweiz von gewissen Tabakerzeugnissen vom Cassis-de-Dijon-Prinzip allerdings ausgenommen sein. Damit dürfte der Wettbewerb in diesem Wirtschaftsbereich in beschränktem Umfang zwar behindert, jedoch nicht ausgeschaltet sein. Wie Pöschl Deutschland zutreffend festgehalten hat, dürften mit diesen Vorschriften allenfalls technische Handelshemmnisse für den Import von Tabakprodukten vorliegen.⁵⁶ Insgesamt ist in Bezug auf den Import von Tabakprodukten festzustellen, dass keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vorliegen.

39. Pöschl Deutschland führt dagegen aus, dass aufgrund der weitgehenden Tabakregulierung und im Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO Vieles dafür sprechen würde, das Kartellgesetz für nicht anwendbar zu erklären. Sofern das Kartellgesetz dennoch zur Anwendung kommen würde, sei es zwingend erforderlich, die besagte Tabakregulierung im Rahmen der Festle-

gung des Basisbetrages angemessen zu berücksichtigen.⁵⁷

40. Wie bereits aufgezeigt wurde, schliesst die Tabakregulierung Wettbewerb nicht aus, sodass die Anwendung des Kartellgesetzes nicht in Frage steht. Darüber hinaus bringt Pöschl keine neuen Argumente vor. Für die Festlegung des Basisbetrags sei an die entsprechende Stelle dieser Verfügung verwiesen (vgl. Rz 83 ff.).

B.5. Unzulässige Wettbewerbsabrede

41. 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).

⁴⁶ RPW 2001/2, 237 Rz 7 lit. b, *Zigarettenpreise*. Gegenstand dieser Vorabklärung war der Vorwurf der abgestimmten Verhaltensweisen dreier Zigarettenhersteller hinsichtlich einer angekündigten Preiserhöhung für die meisten Zigarettenprodukte. Dabei wurde insbesondere abgeklärt, welche Wirkungen die Tabaksteuer und deren Veränderungen auf die Festlegung der Verkaufspreise und damit auf den Preiswettbewerb haben. Zusammenfassend wurde festgehalten, dass staatliche Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG den Zigarettenmarkt erheblich einschränken und ihn soweit einer Beurteilung durch die WEKO entziehen. Hinsichtlich Importen von Zigarettenprodukten wurde erwähnt, es sei nicht auszuschliessen, dass die Vorschriften betreffend die notwendigen Angaben auf der Verpackung, die Warnhinweise, die Sprache und die Werbeeinschränkungen den Schweizer Markt abschotten würden. Importe würden wegen den Regelungen und der Kleinheit des Marktes sehr teuer werden.

⁴⁷ Act. [...].

⁴⁸ Bundesgesetz vom 9.10.1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Stand am 1.10.2013, Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817).

⁴⁹ Verordnung des Bundesrats vom 23.11.2005 über Lebensmittel- und Gebrauchsgegenstände (Stand am 1.2.2016, Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung, LGV; SR 817.02).

⁵⁰ Verordnung des Bundesrats vom 27.10.2004 über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (Tabakverordnung, TabV; SR 817.06).

⁵¹ Verordnung des EDI vom 10.12.2007 über kombinierte Warnhinweise auf Tabakprodukten (SR 817.064).

⁵² Siehe auch: <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesetze-und-bewilligungen/gesetzgebung/gesetzgebung-mensch-gesundheit/gesetzgebung-tabakprodukte-schutz-vor-passivrauchen.html>> (28.6.2021).

⁵³ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51).

⁵⁴ Die vom Bundesrat beschlossenen Ausnahmen vom Cassis-de-Dijon-Prinzip müssen den Anforderungen von Art. 4 Abs. 3 und 4 THG entsprechen, d.h. sie müssen überwiegenden öffentlichen Interessen dienen, dürfen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels darstellen und sie müssen verhältnismässig sein.

⁵⁵ Vgl. Ziff. 2.1.1.4.1 Bericht des Bundesrates vom 31.10.2007 zur Überprüfung der Abweichungen im schweizerischen Produktrecht vom in der EG geltenden Recht, abrufbar unter: <<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/9990.pdf>> (26.4.2021), mit Verweis auf EuGH, ECLI:EU:C:1984:384, Rz 13, *Vorübergehende Einfuhr von Kraftfahrzeugen – Befreiung von den Eingangsabgaben*; EuGH, ECLI:EU:C:1980:230, Rz 8 ff., *Freier Warenverkehr – vorübergehende Einfuhr von Kraftfahrzeugen*.

⁵⁶ Act. [...].

⁵⁷ Act. [...].

B.5.1. Wettbewerbsabrede

42. 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, vgl. auch Ziff. 1 und 8 VertBek⁵⁸).

43. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.⁵⁹

B.5.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

44. Am eindeutigsten ist der Nachweis eines «*bewussten und gewollten Zusammenwirkens*», wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,⁶⁰ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.⁶¹ Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.⁶² Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.⁶³

45. Gemäss den Vertriebsverträgen zwischen Pöschl und sieben ihrer europäischen Vertriebspartnerinnen war es Letzteren untersagt, Vertragsprodukte ausserhalb ihrer Vertragsgebiete zu verkaufen oder an Dritte ausserhalb der jeweiligen Vertragsgebiete zu liefern (vgl. oben, Rz 9).⁶⁴ Das Vertragsbiet wurde in den jeweiligen Verträgen auf ein bestimmtes Land bzw. mehrere bestimmte Länder beschränkt.⁶⁵ Folglich verpflichteten sich die europäischen Vertriebspartnerinnen gegenüber Pöschl Deutschland vertraglich, unaufgeforderte Bestellungen von Kundinnen und Kunden (Händler sowie Endkundinnen und Endkunden) aus der Schweiz nicht zu bedienen (vgl. oben, Rz 7) und wirkten somit bewusst und gewollt mit Pöschl Deutschland zusammen.

B.5.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

46. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede «*eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken*». Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abrede beteiligten «*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 Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.

47. Vorliegend ist die Exportverbotsklausel in den europäischen Vertriebsverträgen objektiv geeignet, Käufe von Vertragsprodukten durch Kundinnen und Kunden aus der Schweiz bei europäischen Vertriebspartnerinnen zu unterbinden und damit den Wettbewerb zu beschränken.

B.5.1.3. Vertikale Wettbewerbsabreden

48. Vertikale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken. Dieses betrifft die Geschäftsbedingungen, zu denen die Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek). Auf verschiedenen Marktstufen befinden sich Unternehmen, wenn sie tatsächlich oder der Möglichkeit nach auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren d.h. auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind. Für die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Wettbewerbsabreden gelangt die Vertikalbekanntmachung zur Anwendung. Die Vertikalbekanntmachung findet auch Anwendung, wenn Wettbewerber eine nicht gegenseitige vertikale Vereinbarung treffen und der Anbieter zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellerebene (sog. dualer Vertrieb; Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek).

49. Vorliegend ist ausschliesslich Pöschl Deutschland zugleich Herstellerin und Händlerin der Vertragsprodukte und die europäischen Vertriebspartnerinnen sind nur auf Handelsstufe tätig. Damit treten Pöschl Deutschland und die europäischen Vertriebspartnerinnen auf Händlerstufe als Wettbewerberinnen auf. Auf die bestehenden Abreden sind somit die Grundsätze der Vertikalbekanntmachung anwendbar (Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek). Pöschl Deutschland und ihre europäischen Vertriebspartnerinnen sind voneinander unabhängige Unternehmen, die

⁵⁸ Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), abrufbar unter: <www.weko.admin.ch>.

⁵⁹ So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

⁶⁰ Siehe dazu etwa RPW 2020/4a, 1811 Rz 396, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2018/2, 237 Rz 31, *Gym 80*; s. a. RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 20 ff.; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

⁶¹ Siehe dazu etwa RPW 2020/4a, 1811 Rz 396, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2018/2, 237 Rz 31, *Gym 80*; RPW 2018/1, 78 Rz 114, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 194, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2016/3, 731 Rz 77, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; RPW 2016/3, 652 Rz 61, *Flügel und Klaviere*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK, (Fn 60), Art. 4 Abs. 1 N 5.

⁶² Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

⁶³ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

⁶⁴ Act. [...].

⁶⁵ Act. [...].

auf verschiedenen Marktstufen tätig sind und Exportverbote vereinbaren. Zwischen Pöschl und den europäischen Vertriebspartnerinnen bestanden somit vertikale Wettbewerbsabreden.

B.5.1.4. Abrededauer

50. Der älteste vorliegende Vertrag stammt vom [...] (vgl. oben, Rz 9). Die Wettbewerbsabreden wurden am 31. Juli 2019 mit dem Versand der Rundschreiben an ausländische Vertriebspartnerinnen von Pöschl Deutschland eingestellt.⁶⁶ In den Rundschreiben wurde klargestellt, dass passive Verkäufe an Schweizer Kundinnen und Kunden zulässig sind (vgl. oben, Rz 15).

B.5.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

51. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absolute Gebietsschutzabrede). Vorliegend kommt eine absolute Gebietsschutzabrede in Frage, weshalb nachfolgend die entsprechenden Tatbestandselemente geprüft werden.

B.5.2.1. Vorliegen von vertikalen Abreden über absoluten Gebietsschutz

52. Der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes Folgendes voraus: Erstens einen Vertriebsvertrag, zweitens eine Gebietszuweisung und drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss.⁶⁷ Mit anderen Worten liegt ein absoluter Gebietsschutz dann vor, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind.⁶⁸

53. Indem sich die europäischen Vertriebspartnerinnen von Pöschl Deutschland ihr gegenüber im Rahmen von Vertriebsverträgen verpflichteten, Vertragsprodukte nicht ausserhalb des zugewiesenen Vertragsgebiets zu vertreiben oder diese an Dritte zum Vertrieb ausserhalb des Vertragsgebiets zu liefern, haben Pöschl Deutschland und die europäischen Vertriebspartnerinnen eine vertikale Abrede über einen absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG geschlossen. Damit greift die gesetzliche Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt ist. Nachfolgend wird geprüft, ob die gesetzlich vermutete Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann.

B.5.2.2. Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

54. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt. Für die Widerlegung der Vermutung ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamen Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek). Diese Gesamtbetrachtung erfordert

vorab eine Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte.

B.5.2.2.1. Relevante Märkte

Sachlich relevante Märkte

55. 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 VKU⁶⁹, der hier analog anzuwenden ist).⁷⁰ Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert auf den strittigen Einzelfall. Der Begriff der «Marktgegenseite» bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede vorgeworfen wird.⁷¹ Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁷² Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁷³

56. Vorliegender Untersuchungsgegenstand sind die absoluten Gebietsschutzabreden zwischen Pöschl und den europäischen Vertriebspartnerinnen betreffend Schnupftabak und Feinschnitt. Wie bereits erwähnt wurde, ist Pöschl Deutschland als Herstellerin und Händlerin tätig (vgl. oben, Rz 4). Einige der Vertriebspartnerinnen sind gemäss dem Vertragswortlaut nicht nur auf der Grosshandels-, sondern gleichzeitig auch auf der Detailhandelsstufe tätig.⁷⁴ Marktgegenseite von Pöschl Deutschland sind folglich Gross- und Detailhändlerinnen von Schnupftabak und Feinschnitt. Marktgegenseite der europäischen Vertriebspartnerinnen von Pöschl Deutschland sind zum einen ebenfalls Detailhändlerinnen von Schnupftabak und Feinschnitt und zum anderen Endkundinnen und Endkunden. Die Nachfrage der Detailhändlerinnen wird vom Nachfrageverhalten der Endkundinnen und Endkunden geleitet (abgeleitete Nachfrage). Demzufolge bilden die Präferenzen und das Verhalten der Endkundinnen und Endkunden den Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung.

⁶⁶ Act. [...].

⁶⁷ BGE 143 II 297, 328 E. 6.3 (= RPW 2017/2, 355 E. 6.3), *Gaba*; Urteil des BVGer, RPW 2016/3, 852 f. E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

⁶⁸ BGE 143 II 297, 330 E. 6.3.5 (= RPW 2017/2, 356 E. 6.3.5), *Gaba*.

⁶⁹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷⁰ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷¹ RPW 2010/4, 670 Rz 165, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁷² BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015 E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*; BGE 139 I 72, (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 64 f. und 75.

⁷³ BGE 139 I 72, (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁴ Act. [...].

57. Der von den Endkundinnen und Endkunden nachgefragte Schnupftabak bzw. Feinschnitt ist gemäss den Angaben von Pöschl Deutschland aufgrund seiner unterschiedlichen Eigenschaften und Verwendungszwecke nicht mit anderen Tabakprodukten wie Tabak, Pfeifentabak, Kautabak, industriell hergestellten Zigaretten, Zigarren und Tabak zum oralen Gebrauch⁷⁵ substituierbar. Dafür sprechen auch die unterschiedlichen Vorlieben der Endkundinnen und Endkunden. Deshalb dürften die verschiedenen Tabakprodukte je separate sachliche Märkte bilden.⁷⁶ Ob diese Märkte je anhand der einzelnen Vertriebsstufen (Grosshandel und Einzelhandel) weiter zu unterteilen wären, kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung offengelassen werden, da dies keinen Einfluss auf das Ergebnis des vorliegenden Verfahrens hat.⁷⁷ Zum Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird folglich von den separat abzugrenzenden sachlich relevanten Märkten für Schnupftabak bzw. für Feinschnitt ausgegangen.

Räumlich relevante Märkte

58. 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).⁷⁸

59. Für die räumliche Marktabgrenzung ist relevant, wo die von einer marktabschottenden Massnahme betroffene Marktgegenseite die betroffenen Produkte nachfragt. In casu sind Schweizer Kundinnen und Kunden von den Exportverboten betroffen (vgl. oben, Rz 15). Sie fragen die Vertragsprodukte primär in der Schweiz, zumindest jedoch auch im grenznahen Ausland nach. Ohne den Markt abschliessend zu definieren, wird in casu basierend auf den verfügbaren Informationen davon ausgegangen, dass der sachlich relevante Markt für den Verkauf von Schnupftabak bzw. von Feinschnitt eine über die Schweiz hinausgehende Dimension aufweist. In Bezug auf die Bestimmung der Marktanteile ist dabei ausschliesslich die Nachfrage in der Schweiz relevant, da diese von einer allfälligen Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist.

B.5.2.2.2. Intrabrand-Wettbewerb

60. Pöschl beliefert in der Schweiz laut eigenen Angaben einige Grossisten sowie eine grosse Anzahl von unabhängigen Wiederverkäuferinnen auf der Detailhandelsstufe; dazu gehören grosse Ketten, unabhängige Einzelläden/Kioske und eine Reihe von spezialisierten Webshops. Endkundinnen und Endkunden könnten in der Schweiz bei über 7'000 Verkaufsstellen Schnupftabak und/oder Feinschnitt beziehen.⁷⁹

61. Aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung wurden keine abschliessenden Ermittlungshandlungen vorgenommen. Die vorhandenen Beweismittel sprechen aber dafür, dass die grosse Anzahl Anbieterinnen von Schnupftabak und Feinschnitt in der Schweiz vorliegend zu einem gewissen Intrabrand Wettbewerb führt. Hinzu kommt, dass Pöschl Deutschland nicht mit sämtlichen ihrer in Europa ansässigen Vertriebspartnerinnen Exportverbotsklauseln vereinbart hat (vgl. oben, Tabelle 1). Konkret enthielten [...] von [...] europäischen Vertriebsverträgen ([...]) keine Exportver-

botsklausel. Gestützt auf den Wortlaut der Verträge ist davon auszugehen, dass die Vertriebspartnerinnen in [...] unaufgeforderte Bestellanfragen aus der Schweiz bedienen durften. Der Intrabrand-Wettbewerb aus diesen Ländern dürfte damit weiterbestanden haben.

B.5.2.2.3. Interbrand-Wettbewerb

62. Gemäss Pöschl Deutschland stünden ihr auf dem Markt für Schnupftabak mit Oettinger (mit den Marken McChrystal's, Singleton's und Kensington) und Wellauer (mit den Marken Fichtennadel und Gebr. Bernard) sehr gut etablierte Konkurrentinnen gegenüber. Zudem seien in der Schweiz weitere Konkurrentinnen wie Wilsons of Sharrow, die American Snuff Company, Samuel Gawith, Toque Snuff, Sir Walter Scott's, die Tabakmanufaktur Rosinski und die A+S Tabakfabrik GmbH präsent. Den Nachfragerinnen und Nachfragern von Schnupftabak stünde damit ein breites und qualitativ hochwertiges Angebot verschiedener Herstellerinnen und Marken zur Verfügung. Auf dem Markt für Feinschnitt gebe es neben den drei wichtigsten Konkurrentinnen Japan Tobacco International (JTI), Oettinger und British American Tobacco (BAT) eine Vielzahl weiterer Herstellerinnen und Marken wie z.B. Philip Morris International (PMI), Fred und Wellauer. Zudem bleibe zu beachten, dass Feinschnitt einseitig mit industriell hergestellten Zigaretten substituierbar sei, weshalb die Konkurrenz durch Zigarettenhersteller wie BAT, PMI und JTI ebenfalls zu berücksichtigen sei.⁸⁰

63. Basierend auf den von Pöschl gelieferten Angaben zu den geschätzten Marktanteilen sowie den Gesamtmarktvolumen für das Jahr 2018 ergeben sich für Schnupftabak und Feinschnitt die folgenden geschätzten Marktanteile:⁸¹

Tabelle 2: Übersicht geschätzte Marktanteile/Gesamtmarktvolumen

[...]

Quelle: Act. [...].

⁷⁵ Vgl. Art. 2 TabV.

⁷⁶ Im Zusammenschlussverfahren *Bat/Skandinavisk Tobakskompagni* unterschied die EU-Kommission zwischen den separaten Märkten für fabrikgefertigte Zigaretten, für selbstgedrehte Zigaretten und für rauchfreie Tabakwaren (Snus, Kautabak, Schnupftabak). Ob letztgenannter Markt weiter zu segmentieren ist, wurde offengelassen (EU-KOMM, COMP/M.5086 vom 27.6.2008, Rz 12-18, *Bat/Skandinavisk Tobakskompagni*). Im Zusammenschlussverfahren *Imperial Tobacco/Altadis* unterschied die EU-Kommission ebenfalls separate Märkte für fabrikgefertigte Zigaretten, für selbstgedrehte Zigaretten, für Pfeifentabak und Zigarren (EU-KOMM, COMP/M.4581 vom 18.10.2007, Rz 10 ff., *Imperial Tobacco/Altadis*).

⁷⁷ Im Zusammenschlussverfahren *JT/Gallaher* liess die EU-Kommission die Frage offen, ob der Einzel- und Grosshandelsvertrieb getrennte Märkte bilden (KOMM, COMP/M.4424 vom 21.2.2007, Rz 18, *JT/Gallaher*). Der EuG ging im Entscheid *AAMS/Kommission* von separaten Märkten für die Herstellung, den Grosshandel und den Einzelhandel aus (EuGH, ECLI:EU:T:2001:272, Rz 38, *AAMS/Kommission*).

⁷⁸ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁹ Act. [...].

⁸⁰ Act. [...].

⁸¹ Act. [...].

64. Tabelle 2 zeigt auf, dass Pöschl im Jahr 2018 auf dem Markt für Schnupftabak in der Schweiz über eine starke Marktstellung (ca. [70–80] %) verfügte. Die stärkste Konkurrentin verfügte über ca. [20–30] % Marktanteile ([...]) und die zweitstärkste Konkurrentin über weniger als [0–10] % ([...]). Auf dem Markt für Feinschnitt betrug der Marktanteil in der Schweiz von Pöschl im Jahr 2018 ca. [10–20] %. Die Marktanteile der marktstärksten Konkurrentin lagen damals laut Pöschl bei über [40–50] % ([...]) und die Marktanteile der zweit- und drittstärksten Konkurrentinnen bei je ca. [10–20] % ([...]) und [...].

65. Ohne infolge des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung abschliessende Ermittlungshandlungen vorgenommen zu haben, ist gestützt auf die Angaben von Pöschl davon auszugehen, dass auf den Märkten für Schnupftabak und Feinschnitt ein gewisses Mass an Interbrand-Wettbewerb bestand bzw. besteht.

B.5.2.3. Zwischenergebnis

66. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten für Schnupftabak und Feinschnitt gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann durch die Kombination von Intra- und Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden (vgl. Ziff. 11 VertBek).

B.5.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

67. Das Bundesgericht hat im Entscheid Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist.⁸² Die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden, d.h. vertikale Mindest- und Festpreisabreden sowie absolute Gebietsschutzabreden, erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.⁸³ Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der vertikalen Gebietsschutzabreden hinweisen würden. Somit stellen die vertikalen Gebietsschutzabreden zwischen Pöschl Deutschland und den europäischen Vertriebspartnerinnen erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

B.5.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

68. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

69. Vorliegend sind keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG ersichtlich. Solche wurden von Pöschl Deutschland trotz entsprechender Aufforderung auch nicht geltend gemacht.⁸⁴

B.5.5. Ergebnis

70. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen kommt die WEKO zum Ergebnis, dass zwischen Pöschl Deutschland und den europäischen Vertriebspartnerinnen unzulässige vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG bestanden.

B.6. Massnahmen

71. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen.

B.6.1. Einvernehmliche Regelung

72. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 1. April 2021 mit Pöschl Deutschland eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben, Rz 22). Diese lautet wie folgt:

A. Vorbemerkungen

- a) *Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0505 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.*
- b) *Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.*
- c) *Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen hinsichtlich aller Gegenstand der Untersuchung 22-0505 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, gegenüber Pöschl einvernehmlich und abschliessend geregelt.*
- d) *Der Wille und die Bereitschaft von Pöschl zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...] und [...] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.*

⁸² BGE 143 II 297, E.5.1.6 (= RPW 2017/2, 350 E. 5.1.6), *Gaba*.

⁸³ BGE 143 II 297, E. 5.2.5 und E. 5.6 (= RPW 2017/2, 351 f. E. 5.2.5 und 354 E. 5.6), *Gaba*.

⁸⁴ Act. [...].

- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Pöschl keine Anerkennung der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Pöschl fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von Pöschl.

B. Vereinbarungen

1. Pöschl verpflichtet sich, ihre nicht in der Schweiz ansässigen Vertriebspartner weder direkt noch indirekt darin zu beschränken, unaufgeforderte Bestellungen betreffend Tabakprodukte von Schweizer Kundinnen und Kunden (Händler sowie Endkundinnen und Endkunden) zu bedienen.
2. Pöschl verpflichtet sich, die bestehenden Vertriebsverträge mit ihren Vertriebspartnern dahingehend anzupassen, dass die Vertriebsverträge mit Abschnitt B Ziffer 1 dieser Vereinbarung übereinstimmen.

73. Diese einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche Pöschl Deutschland eingegangenen ist, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherige unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die bestehende Rechtslage geschaffen.

74. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.⁸⁵

B.6.2. Sanktionierung

B.6.2.1. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

75. Die Belastung der Verfahrenspartei mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

76. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁸⁶ Zur Qualifizierung von Pöschl Deutschland als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen in Rz 25 verwiesen.

77. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist

an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.⁸⁷

78. Die Voraussetzungen der Beteiligung von Pöschl Deutschland an vertikalen absoluten Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und der Unzulässigkeit dieser Abreden sind in casu erfüllt (vgl. oben, Rz 41 ff.).

B.6.2.2. Vorwerfbarkeit

79. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.⁸⁸ Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

80. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.⁸⁹ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁹⁰

⁸⁵ Vgl. Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*; Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*.

⁸⁶ Ständige Praxis, siehe statt aller RPW 2018/3, 508 Rz 581, *Supermédia*; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1472, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* (nicht rechtskräftig).

⁸⁷ Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

⁸⁸ Ständige Praxis, siehe statt aller RPW 2018/2, 356 Rz 90, *Gerät-ebenzin*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁸⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1492, *SIX/DCC* (nicht rechtskräftig); RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

⁹⁰ Vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

81. Das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen dürfen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.⁹¹ Der Geschäftsleitung von Pöschl Deutschland sollte insbesondere bekannt gewesen sein, dass eine vertikale Gebietsschutzabrede mit den europäischen Vertriebspartnerinnen kartellrechtswidrig sein könnte. Pöschl Deutschland hat diese Klauseln in den Verträgen mit Wissen und Willen vorgesehen. Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vornehmen, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass Pöschl Deutschland vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabreden ergriffen hat, ist nicht ersichtlich. Somit ist zumindest ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

B.6.2.3. Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

82. Der vorliegende Wettbewerbsverstoss dauerte von Mai 1981 bis zum 31. Juli 2019 (vgl. oben, Rz 50). Sanktionierbar ist der Verstoss ab Inkrafttreten von Art. 49a KG, d.h. ab dem 1. April 2004.

B.6.2.4. Bemessung

83. 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.

84. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG⁹² 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 (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁹³ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall.⁹⁴

B.6.2.4.1. Konkrete Sanktionsberechnung

85. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

(i) Basisbetrag

I. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

86. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschrän-

kung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

87. 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 vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Pöschl erzielte auf den vorliegend relevanten Märkten in der Schweiz für Schnupftabak und Feinschnitt in den Geschäftsjahren 2016, 2017 resp. 2018 Umsätze in der Höhe von CHF [...] resp. CHF [...] resp. CHF [...].

II. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

88. 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.⁹⁵). Pöschl hat sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive⁹⁶ Faktoren im Vordergrund. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

89. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass

⁹¹ Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

⁹² Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG; SR 251.5).

⁹³ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1556, *SIX/DCC* (nicht rechtskräftig); RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁹⁴ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁹⁵ Erläuterungen der WEKO vom 1.1.2006 zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), abrufbar unter: <www.weko.admin.ch>.

⁹⁶ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände von Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.⁹⁷ Die Möglichkeit, Direkt- und/oder Parallelimporte tätigen zu können, wird sowohl in der Praxis der WEKO⁹⁸ als auch in der Praxis der Europäischen Kommission⁹⁹ als besonders schutzwürdig angesehen.

90. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch ein gewisses Mass an Intra- und Interbrand-Wettbewerb (vgl. oben, Rz 60 f.) und Interbrand-Wettbewerb (vgl. oben, Rz 62 ff.) widerlegt werden kann und Pöschl nicht mit allen ihren europäischen Vertriebspartnerinnen Exportverbotsklauseln vereinbarte, ist es im Lichte der Praxis der WEKO bei ähnlich gelagerten Fällen¹⁰⁰ als angemessen, den Basisbetrag der Sanktion auf 3 % des Umsatzes festzusetzen, den Pöschl in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...].

91. Pöschl Deutschland macht diesbezüglich geltend, dass der vorliegende Fall nicht mit den vom Sekretariat im Antrag als ähnlich gelagert genannten Fällen vergleichbar sei; es hätte keine effektive Wettbewerbsbeschränkung festgestellt werden können. Aus diesem Grund beantragt Pöschl Deutschland, den Basisbetrag von 3 % auf [...] % zu senken.¹⁰¹

92. Diesem Vorbringen von Pöschl Deutschland wird nicht gefolgt, da die genannten Fälle von absoluten Gebietsschutzabreden in Bezug auf die Art und Schwere durchaus mit dem vorliegenden Fall vergleichbar sind. In diesen Fällen wurde der Basisbetrag von der WEKO auf zwischen 3 % und 5 % angesetzt.¹⁰² Aus den oben dargelegten Gründen erachtet es die WEKO als angemessen, im vorliegenden Fall den Basisbetrag auf 3 % anzusetzen und weist den Antrag von Pöschl, den Basisbetrag von 3 % auf [...] % zu senken, ab.

(ii) Dauer des Verstosses

93. 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). Legt das kooperierende Unternehmen der WEKO Beweismittel über die Dauer des Wettbewerbsverstosses vor, von welchen diese keine Kenntnis hatte, so berechnet sie die Sanktion ohne Berücksichtigung dieses Zeitraums (Art. 14 Abs. 2 SVKG).

94. Vorliegend reichte Pöschl Deutschland sämtliche ihrer ausländischen Vertriebsverträge bereits im Rahmen der Marktbeobachtung ein, d.h. vor Eröffnung der Untersuchung (vgl. oben, Rz 12). Diese Verträge belegen, dass der Wettbewerbsverstoss ab dem 1. April 2004 mindestens 15 Jahre gedauert hat. Folglich legte Pöschl Deutschland die Beweismittel über die Dauer des Wettbewerbsverstosses vor, von denen die Wettbewerbsbehörden bis zu den Eingaben von Pöschl Deutschland keine Kenntnis hatten. In Anwendung von Art. 14 Abs. 2 SVKG ist die Sanktion daher ohne Berücksichtigung eines Dauerzuschlages zu berechnen (vgl. unten, Tabelle 3).

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

95. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Selbstanzeige berücksichtigt werden, können nicht zusätzlich als erschwerende respektive mildernde Umstände Berücksichtigung finden. Die Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle in einem Wettbewerbsverstoss (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG) wird im Rahmen der Beurteilung der Selbstanzeige gewürdigt (vgl. unten, Rz 100 ff.). Weitere erschwerende Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich.

Abschluss einer einvernehmlichen Regelung

96. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen.

97. [...] ¹⁰³ Dank des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung konnte im Sinne der Verfahrensökonomie auf zusätzliche Ermittlungsmassnahmen verzichtet und die Begründungstiefe und -dichte der Verfügung reduziert werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall, für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung eine Sanktionsreduktion von 20 % in der Höhe von CHF [...] zu gewähren (vgl. unten, Tabelle 3: Sanktionsbemessung). Weitere mildernde Umstände sind nicht ersichtlich.

(iv) Maximalsanktion

98. 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).

99. Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze von Pöschl, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird (vgl. unten, Rz 112 f.).

⁹⁷ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

⁹⁸ Vgl. RPW 2019/4, 1164 ff. Rz 58 ff., *Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren*; RPW 2018/2, 366 ff. Rz 37 ff., *RIMOWA*; RPW 2017/1, 100 ff. Rz 39 ff., *Eflare*; RPW 2016/2, 463 ff. Rz 184 ff., *Nikon AG*; RPW 2012/3, 553 ff. Rz 119 ff., *BMW*; RPW 2010/1, 72 ff. Rz 98 ff., *Gaba*.

⁹⁹ STEFFEN NOLTE, in: *Kartellrecht Kommentar*, Langen/Bunte (Hrsg.), Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Art. 101 N 469 ff.

¹⁰⁰ Vgl. RPW 2019/4, 1170 Rz 104, *Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren*; RPW 2018/2, 371 Rz 73, *RIMOWA*; RPW 2017/1, 103 Rz 75, *Eflare*; RPW 2016/2, 521 Rz 566, *Nikon AG*; RPW 2012/3, 589 Rz 375, *BMW*; RPW 2010/1, 112 Rz 362, *Gaba*.

¹⁰¹ Act. [...].

¹⁰² Vgl. Fn 100.

¹⁰³ Act. [...].

B.6.2.4.2. Selbstanzeige – teilweiser Erlass der Sanktion

100. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG). Die Modalitäten eines vollständigen Sanktionserlasses sind in Art. 8 ff. SVKG aufgeführt, jene eines teilweisen in Art. 12 ff. SVKG.

101. Pöschl Deutschland reichte die vorliegend bedeutendsten Beweismittel, d.h. die [...] ausländischen Vertriebsverträge, [...] vor Untersuchungseröffnung freiwillig ein (vgl. oben, Rz 6 ff.). Damit und mit der Eingabe der Selbstanzeige erfüllt Pöschl Deutschland die Anforderungen von Art. 8 Abs. 1 SVKG. Die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nach Art. 8 SVKG sind in casu in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO in ähnlich gelagerten Fällen¹⁰⁴ allerdings nicht gegeben, da Pöschl eine führende Rolle zukommt (Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG).

102. Pöschl Deutschland bringt vor, keine führende Rolle inne gehabt zu haben und führt hierzu unter anderem aus, dass sie als Anbieterin von Nischenprodukten über keine oder nur eine geringe Verhandlungsmacht verfügt habe. Demgegenüber würden einige Vertriebspartnerinnen über eine sehr starke Position verfügen. Namentlich genannt werden die Vertriebspartnerinnen für [...].¹⁰⁵

103. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass mit zwei der drei genannten, angeblich verhandlungsmächtigen, Vertriebspartnerinnen keine Exportverbotsklauseln vereinbart wurden ([...] und [...], vgl. oben Tabelle 1). Ferner kann von der angeblich geringen Verhandlungsmacht gegenüber den Vertriebspartnerinnen für [...] nicht darauf geschlossen werden, dass Pöschl Deutschland auch gegenüber den anderen Vertriebspartnerinnen über keine Verhandlungsmacht verfügt haben soll. Hinzu kommt, dass Pöschl trotz expliziter Aufforderung des Sekretariats keine stichhaltigen Belege für ihre Vorbringen, wonach sie die Bedingungen gewisser Vertriebspartnerinnen habe akzeptieren müssen, eingereicht hat.¹⁰⁶ Des Weiteren dürfte Pöschl insbesondere zwecks Schutzes ihrer Schweizer Tochtergesellschaft Pöschl Schweiz vor allfälligen Parallel- und Direktimporten ein Interesse an den allfälligen Gebietsschutzabreden gehabt haben.

104. Schliesslich entspricht es der Praxis der WEKO, einem Unternehmen eine führende Rolle zuzuschreiben, das die Wettbewerbsabrede steuert, d.h. wenn es die eigentliche Initiative sowohl bei der Vorbereitung als auch der Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung ergreift.¹⁰⁷ Indizien hierfür können beispielsweise die Organisation von Zusammenkünften und Austauschen im Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeschränkung sein, die Initiierung von Korrespondenz, eine Vorreiterrolle bei der Umsetzung oder die Interessenlage des Unternehmens.¹⁰⁸ Pöschl Deutschland hat als Urheberin der europäischen Vertriebsverträge die Initiative bei der hier in Rede stehenden Wettbewerbsbeschränkung er-

griffen, indem sie die Exportverbotsklauseln formuliert hat¹⁰⁹ und die europäischen Vertriebsverträge von ihren europäischen Vertriebspartnerinnen unterschreiben liess (vgl. oben, Rz 7 f.).

105. Pöschl Deutschland bestreitet, eine führende Rolle innezuhaben und beantragt einen vollständigen Sanktionserlass mangels führender Rolle mit folgenden Argumenten: Im Vertriebskontext handle es sich grundsätzlich um kaufmännischen Verkehr und vorliegend um Vertragsverhältnisse mit sehr geschäftserfahrenen Vertriebspartnern. Das Zustandekommen und die Formulierung der Vertriebsverträge würden daher vom Willen des Vertriebsgebers und -nehmers gleichermaßen abhängen. Sie könnten und dürften nicht einseitig allein Pöschl Deutschland als Vertriebsgeberin zugerechnet werden. Die Herstellereigenschaft von Pöschl Deutschland sei für sich betrachtet kein Anzeichen für eine führende Rolle. Eine derartige pauschale Zurechnung zulasten von Pöschl Deutschland würde gegen die Unschuldsvermutung und das Legalitätsprinzip verstossen, da es hierfür keine konkreten Anzeichen gebe und das Gesetz keine solche Vermutung zulasten der Vertriebsgeberinnen enthalte.¹¹⁰

106. Pöschl Deutschland führt weiter ins Feld, dass sich der vorliegende Fall nicht mit den im Antrag des Sekretariats erwähnten ähnlich gelagerten Fällen¹¹¹ vergleichen liesse, weil es im vorliegenden Fall um stark regulierte Tabakprodukte gehe. Aufgrund des im Tabakbereich stark eingeschränkten (Preis-)Wettbewerbs habe Pöschl Deutschland im Vornherein kein Interesse an der Vorgabe von Gebietsschutzabreden zum Schutz ihrer Schweizer Tochtergesellschaft.¹¹²

107. Schliesslich macht Pöschl Deutschland geltend, dass die wettbewerbsrechtlich problematischen Klauseln zwar in einigen Verträgen enthalten waren, jedoch längst nicht in allen. Auch dieser Umstand zeige, dass es Pöschl Deutschland nicht darum gegangen sei, den Schweizer Markt abzuschotten. Damit dies hätte gelingen können, hätten, wenn schon, in sämtlichen oder zumindest in den aus der Sicht der Schweiz wichtigsten Vertriebsverträgen entsprechende Klauseln enthalten sein müssen. Dies sei aber in wichtigen und aus Schweizer Sicht geografisch und kulturell naheliegenden europäischen Märkten nicht der Fall gewesen.¹¹³

¹⁰⁴ Vgl. RPW 2019/4, 1171 Rz 115 f., *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren*; RPW 2009/2, 157 Rz 101, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2016/3, 752 Rz 225, *Saiteninstrumente*; RPW 2017/2, 294 Rz 109, *Husqvarna*; RPW 2019/4, 1152, Rz 97, *Stöckli Ski*.

¹⁰⁵ Act. [...].

¹⁰⁶ Vgl. act. [...].

¹⁰⁷ Vgl. Fn 104.

¹⁰⁸ RPW 2019/4, 1171 Rz 115, *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren*.

¹⁰⁹ Act. [...].

¹¹⁰ Act. [...].

¹¹¹ Vgl. Fn 104.

¹¹² Act. [...].

¹¹³ Act. [...].

108. Die Vorbringen von Pöschl stossen aus folgenden Gründen ins Leere: Zunächst ist festzuhalten, dass Pöschl nicht bestreitet, die Exportverbotsklausel redigiert und die Verträge den europäischen Vertriebspartnerinnen zum Abschluss vorgelegt zu haben. Dieser Umstand illustriert, dass Pöschl Deutschland die Initiierung von Korrespondenz vornahm. Zudem hat ein eingeschränkter (Preis-)Wettbewerb infolge der Tabakregulierung keinen Einfluss auf die Qualifikation der führenden Rolle. Für die WEKO ist schliesslich nicht nachvollziehbar, inwiefern der Umstand, dass Pöschl Deutschland nicht mit sämtlichen europäischen Vertriebspartnerinnen schriftliche Exportverbotsklauseln vereinbarte, gegen eine führende Rolle sprechen soll. Der Antrag von Pöschl Deutschland auf vollständigen Sanktionserlass mangels führender Rolle wird aus diesen und den bereits oben dargelegten Gründen abgewiesen (vgl. oben, Rz 102 ff.).

109. In Anwendung von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG kann Pöschl Deutschland die Sanktion infolgedessen nicht vollständig erlassen werden. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion von bis zu 50 % der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfah-

ren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

110. Die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion sind vorliegend erfüllt. Pöschl Deutschland arbeitete ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Wettbewerbsbehörde zusammen. Zudem stellte Pöschl Deutschland den Wettbewerbsverstoss mit der Einreichung ihrer Selbstanzeige ein (vgl. oben, Rz 15). Unter Würdigung sämtlicher Umstände erachtet die WEKO eine Reduktion der Sanktion um 50 % in Höhe von CHF [rund 270'000] als angemessen (vgl. unten, Tabelle 3).

B.6.2.4.3. Verhältnismässigkeitsprüfung

111. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.¹¹⁴ Vorliegend ist der Sanktionsbetrag gestützt aufgrund des aktuellen Kenntnisstandes als tragbar bzw. zumutbar einzustufen.

B.6.2.5. Ergebnis

112. Die nachfolgende Tabelle fasst die Sanktionsberechnung für Pöschl Deutschland zusammen:

Tabelle 3: Sanktionsbemessung

Sanktionsbemessung		CHF
Umsatz auf dem relevanten Markt letzte drei Jahre		[...]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 %	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG)	3 %	[...]
Zuschlag für Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 0 %	0
Total Basisbetrag		[...]
Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	+ 0 %	0
Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	- 20 %	- [...]
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung		[...]
Reduktion der Sanktion: Bonus (Art. 12 SVKG)	- 50 %	- [...]
Total		[rund 270'000]

Quelle: Darstellung der WEKO, Umsätze berechnet aus Act. [...], Rz [...].

113. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von [rund CHF 270'000] dem Verstoss von Pöschl Deutschland gegen Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG, mit welchem der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt ist, als angemessen. Die Sanktion liegt in jedem Fall unter der Maximalsanktion, da die Obergrenze des Basisbetrags nicht überschritten ist.

C. Kosten

114. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹¹⁵ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

115. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sach-

verhaltensfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend wurde ein Verstoss gegen das Kartellgesetz festgestellt, zudem hat die Verfügungsadressatin das beanstandete Verhalten aufgegeben und sich zu einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet. Eine Gebührenpflicht ist daher zu bejahen.

¹¹⁴ Vgl. dazu etwa Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 1085 ff. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1419, beide publiziert im Internet unter: <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publierte-entscheide.html>> (28.6.2021); RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.Hw., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹¹⁵ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

116. 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).

117. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt [rund 470 Stunden]. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- [...] Stunden zu CHF 130, ergebend CHF [...]
- [...] Stunden zu CHF 200, ergebend CHF [...]
- [...] Stunden zu CHF 290, ergebend CHF [...]

118. Demnach beläuft sich die Gebühr auf [rund CHF 90'000].

119. Hiergegen wendet Pöschl Deutschland ein, dass es während des ganzen Verfahrens zu mehreren Teamwechselln innerhalb des Sekretariats gekommen sei, was zu redundanten Aufwänden geführt habe. Diese dürften Pöschl Deutschland nicht auferlegt werden. Ferner seien diverse (aufwändige) Schriftenwechsel und Interaktionen zwischen dem Sekretariat, Pöschl Deutschland und der Anzeigerin alleine durch den Antrag auf Gewährung der Parteistellung von der Anzeigerin verursacht worden. Dieser Antrag sei abgewiesen worden bzw. infolge Aussichtslosigkeit zurückgezogen worden, weshalb vom Unterliegen von der Anzeigerin auszugehen sei. Entsprechend dürften die damit verbundenen Kosten Pöschl Deutschland nicht aufgebürdet werden.

120. Diesen Einwendungen von Pöschl Deutschland ist entgegen zu halten, dass die ausgewiesene Gebühr die von ihr geforderten Kostenabzüge bereits grösstenteils berücksichtigt. Zu Gunsten von Pöschl Deutschland werden weitere, mit den Teamwechselln verbundene Kosten (CHF [...]) sowie diejenigen, die durch die umfangreiche Prüfung des Antrags auf Parteistellung der Anzeigerin (CHF [...]) entstanden, von den gesamthaft angefallenen Verfahrenskosten ausgeschieden.

121. Für die Berechnung der Verfahrenskosten bedeuten vorstehende Ausführungen, dass von den eigentlich angefallenen [rund CHF 90'000] diejenigen Kosten, die im weitesten Sinne mit den Teamwechselln innerhalb des Sekretariats zusammenhängen (insgesamt CHF [...]) sowie diejenigen Kosten, die allenfalls über das übliche Mass für Prüfung der Frage der Parteistellung von der Anzeigerin zusammenhängen (insgesamt CHF [...]), in Abzug gebracht werden. Die Verfahrenskosten belaufen sich daher total auf [rund CHF 85'000].

D. Ergebnis

122. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Zwischen Pöschl Deutschland und den europäischen Vertriebspartnerinnen bestanden seit Mai 1981 bis Ende Juli 2019 vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. oben, Rz 50).
- Diese Wettbewerbsabreden stellen vertikale absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG dar (vgl. oben, Rz 53).

- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann widerlegt werden (vgl. oben, Rz 66).
- Die vertikalen absoluten Gebietsschutzabreden zwischen Pöschl Deutschland und den europäischen Vertriebspartnerinnen stellen erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 67).
- Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. oben, Rz 69).
- Zwischen Pöschl Deutschland und den europäischen Vertriebspartnerinnen lagen somit vertikale Abreden über den absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vor, die nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind (vgl. oben, Rz 70).
- Mit dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung werden die Massnahmen hinsichtlich aller Gegenstand der Untersuchung bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Pöschl Deutschland einvernehmlich und abschliessend geregelt (vgl. oben, Rz 72).
- Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungsanktion in Höhe von [rund CHF 270'000] dem Verstoss von Pöschl Deutschland gegen Art. 49a Abs. 1 KG als angemessen (vgl. oben, Rz 112 f.).
- Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat Pöschl Deutschland die Verfahrenskosten in Höhe von [rund CHF 85'000] zu tragen (vgl. oben, Rz 121).

E. Dispositiv

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

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende, von der Pöschl GmbH & Co. KG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 1. April 2021 mit nachfolgendem Wortlaut
 1. *Pöschl verpflichtet sich, ihre nicht in der Schweiz ansässigen Vertriebspartner weder direkt noch indirekt darin zu beschränken, unaufgeforderte Bestellungen betreffend Tabakprodukte von Schweizer Kundinnen und Kunden (Händler sowie Endkundinnen und Endkunden) zu bedienen.*
 2. *Pöschl verpflichtet sich, die bestehenden Vertriebsverträge mit ihren Vertriebspartnern dahingehend anzupassen, dass die Vertriebsverträge mit Abschnitt B Ziffer 1 dieser Vereinbarung übereinstimmen.*
2. Die Pöschl GmbH & Co. KG wird wegen Beteiligung an unzulässigen Abreden über den absoluten Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von [rund CHF 270'000] belastet.
3. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
4. Die Verfahrenskosten in der Höhe von [rund CHF 85'000] werden der Pöschl GmbH & Co. KG auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- Pöschl GmbH & Co. KG, in 84144 Geisenhausen (D)
vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. VW/Enel/JV

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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 18. September 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 20. September 2021

1. Am 26. August 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen durch die Volkswagen AG (nachfolgend: VWAG) – indirekt mittels Volkswagen Finance Luxembourg S.A. – einerseits und durch die derzeit – indirekt mittels Enel X S.r.l – (allein) kontrollierende Gesellschaft Enel S.p.A. (nachfolgend: Enel) andererseits.

2. Enel mit Sitz in Rom (Italien) ist ein italienischer Energiekonzern mit weltweiten Aktivitäten im Strom- und Erdgassektor, dies mit besonderem Schwerpunkt auf Europa und Lateinamerika. Über ihre Tochtergesellschaft Enel X S.r.l entwickelt Enel innovative Produkte und Dienstleistungen für die Energiewende, darunter unter anderem Technologien und Ladeinfrastrukturen für batterieelektrische Fahrzeuge (battery electric vehicles, nachfolgend: BEV).

3. VWAG mit Sitz in Wolfsburg (Deutschland) ist eine weltweit tätige Automobilherstellerin und Muttergesellschaft der VW-Gruppe (und der Volkswagen Finance Luxembourg S.A.).³

4. Das Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) werde als Ladepunktbetreiber (Charge Point Operator in ein Netzwerk von öffentlichen Hochleistungsladestationen (High-Power-Charging-Infrastructure, nachfolgend: HPCI) für BEV investieren und ein solches errichten, betreiben und unterhalten, um die Verfügbarkeit dieser Art von Ladestationen in dicht besiedelten Gebieten Italiens zu erhöhen und damit die Nutzung von BEV in Italien attraktiver zu machen. Daher werde das GU sich auf die Errichtung und den Betrieb von HPC-Stationen in städtischen, stadtnahen Gebieten sowie entlang von Fernstrassen und Autobahnen fokussieren. Das vom GU betriebene Netzwerk an HPC-Stationen werde auf offener und diskriminierungsfreier Basis allen Anbietern von Elektromobilitätsdienstleistungen (E-Mobility Service Provider, nachfolgend: EMSP) sowie auch Endkundin-

nen und Endkunden, welche ihre BEV «ad hoc» (d.h. ohne ein Abonnement für EMSP-Dienste) aufladen wollen, zugänglich sein.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken Enel und VWAG (nachfolgend gemeinsam: die Parteien) [...] im Bereich der Elektromobilität in den Aufbau und den Betrieb von Infrastrukturen zu investieren. Ziel sei es, mit dem GU den Übergang zur Elektromobilität (in Italien) attraktiver zu machen und generell die Förderung einer nachhaltigen Mobilität zu unterstützen.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 30. Juli 2021 auch bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) angemeldet.⁴

7. [...] Die Parteien haben vereinbart, dass nach Vollzug des Zusammenschlusses die VWAG und Enel jeweils indirekt einen Anteil von 50 % am GU halten werden. Der Verwaltungsrat besteht aus [...] Mitgliedern, wobei [...] zu ernennen und [...] Beschlüsse [...] gefällt werden. Die Parteien haben [...] bei strategischen Entscheidungen des GU. Hinsichtlich der Geschäftsleitung des GU [...] VWAG und Enel werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

8. Das GU hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es wird als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftreten. Es wird seine Produkte nicht nur an die Parteien, sondern auch an Dritte verkaufen. Das GU wird über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als selbständige wirtschaftliche Einheit auf dem Markt aufzutreten. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfüllt.⁵

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

² Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³ Vgl. RPW 2020/4b, 1912 Rz 6, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY*.

⁴ Case COMP M.10311 – *ENEL X/VWFL/JV*.

⁵ Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

9. Erlangen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen, welches sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, so stellt dies einen Unternehmenszusammenschluss dar, sofern das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (vgl. Art. 2 VKU). Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

10. VWAG und Enel erzielten im Geschäftsjahr 2020 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

11. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Bereiche, in welchen das GU künftige Aktivitäten mit räumlich relevanten Bezug zur Schweiz plant und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte. Konkret handelt es sich um den Bereich für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen Ladeinfrastruktur für BEV und den Bereich für Elektromobilitätsdienstleistungen (vgl. Rz 4). Einleitend ist weiter festzuhalten, dass das GU bisher nicht in der Schweiz tätig ist [...].

12. In Bezug auf den Bereich für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen Ladeinfrastruktur für BEV sei, gemäss Angaben der Parteien und in Anlehnung an die Praxis der Europäischen Kommission, die «schnelle Ladegeschwindigkeit» von 22 kW bis zu 100 kW Leistung, dies mit Wechselstrom (AC) oder mit Gleichstrom (DC), und die «ultraschnelle Ladegeschwindigkeit» von 100 kW bis zu 350 kW Leistung mit Gleichstrom (insbesondere für das Laden auf Autobahnen) zu unterscheiden.⁶ Zudem existierten, gemäss Angaben der Parteien, weiterhin verschiedene Standards für DC Ladestecker-Schnittstellen (z.B. CSS, CHAdeMO, Tesla Supercharger usw.). Allerdings gebe es einen klaren Trend zu einer verbesserten Interoperabilität (insbesondere durch Adapter), dies mache eine Unterscheidung in Standards unnötig.

13. Die WEKO ist bisher im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV (mit CSS-Standard) ausgegangen, wobei gemäss Arbeitshypothese die Ladestationen der HPCI eine Ladeleistung von 43 kW bis zu 350 kW umfassen. Letztlich liess die WEKO aber eine genaue sachliche Abgrenzung offen.⁷ Vorliegend wird neu im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV ausgegangen, dies ohne die bisherige Segmentierung in unterschiedliche Standards für DC-Ladestecker-Schnittstellen. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob die (ultraschnelle) Ladeleistung der Ladestationen sachlich enger als im Bereich von 43 kW bis zu 350 kW festzulegen sei (vgl. Rz 12), kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

14. Das GU bietet sein Netzwerk von öffentlichen Hochleistungs-ladestationen sowohl Anbietern von Elektromobilitätsdienstleistungen (B2B-Modell) als auch Endkundinnen und Endkunden für Elektromobilitätsdienstleistungen (B2C-Modell) an (vgl. Rz 4). Zudem werde das GU für den Betrieb und zur Überwachung seines Netzwerkes von öffentlichen Hochleistungs-ladestationen, sogenannte White-Label-Dienste, [...] beziehen.

15. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen (E-Mobility Services) ausgegangen, liess aber letztlich eine genaue sachliche Abgrenzung offen; dies insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob der Markt weiter zu unterteilen ist beispielsweise in Endkunden und Geschäftskunden (B2B).⁸ Im vorliegenden Fall ist im Sinne einer Arbeitshypothese weiterhin von einem sachlich relevanten Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den sachlichen Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV in räumlicher Hinsicht von einem EWR+CH weiten Markt auszugehen.⁹ Für den sachlichen Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen ist im vorliegenden Fall praxisgemäss von einem schweizweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung der Märkte, insbesondere ob es sich beim Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen um einen EWR+CH-weiten Markt handeln könnte, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.¹⁰

17. Im Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil auf [10–20] % in einem EWR+CH weiten Markt und auf [0–10] % in der Schweiz. Im Ergebnis ist dieser Markt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

⁶ Vgl. Case COMP M.8870, Rz 218, *E.ON/Innogy*.

⁷ Vgl. RPW 2020/4b, 1913 Rz 16f., *BMW/Daimler/Ford/Porsche/ Hyundai/Kia/IONITY* und RPW 2017/3, 463 Rz 25, *BMW/Daimler/ Ford/Porsche*.

⁸ RPW 2016/3, 775 Rz 53, *BKW/AEK*; RPW 2017/3, 463 Rz 28, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*; RPW 2019/1, 163, Rz 45, *GU von BMW und Daimler*; RPW 2020/4b, 1913 Rz 18, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/ Hyundai/Kia/IONITY*.

⁹ Vgl. RPW 2020/4b, 1914 Rz 20, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/ Hyundai/Kia/IONITY* und RPW 2017/3, 464 Rz 35, *BMW/Daimler/Ford/ Porsche*.

¹⁰ Vgl. RPW 2020/4b, 1914 Rz 20, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/ Hyundai/Kia/IONITY*; RPW 2017/3, 464 Rz 37, *BMW/Daimler/Ford/ Porsche*; 2019/1, 163, Rz 52, *GU von BMW und Daimler*.

18. Im Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil auf [0–10] % in einem EWR+CH weiten Markt und auf [0–10] % in der Schweiz. Im Ergebnis ist dieser Markt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

19. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

20. 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 2.3

2. Coop-Gruppe Genossenschaft/Jumbo-Markt AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. Juli 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 22. Juli 2021

A Sachverhalt

1. Am 22. Juni 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Coop-Gruppe Genossenschaft (nachfolgend: Coop), die alleinige Kontrolle über die Jumbo-Markt AG (nachfolgend: Jumbo-Markt) zu erwerben.

2. **Coop** mit Sitz in Basel ist die Dachgesellschaft der Coop-Gruppe; diese ist in Form einer Genossenschaft organisiert und zählt über 2,5 Mio. Genossenschaftsmitglieder. Die Coop Gruppe ist in den Bereichen Detailhandel, Grosshandel und Produktion tätig. Im Bereich Detailhandel ist die Coop-Gruppe mittels der Coop Genossenschaft mit Sitz in Basel und weiteren Gesellschaften schweizweit tätig. Als Kerngeschäft betreibt die Coop-Gruppe die Coop Supermärkte mit Produkten aus dem Food-, Near-Food- und Non-Food-Bereich (Lebensmitteldetailhandel). Die Coop-Gruppe betreibt ebenfalls diverse Fachformate im Non Food-Bereich, wie z.B. Interdiscount, Microspot und Fust im Bereich der Heimelektronik oder Livique und Lumimart im Bereich der Einrichtung. Dazu zählen auch die Bau- und Heimwerkermärkte Coop Bau&Hobby (vgl. unten Rz 27 und Rz 79). Schliesslich betreibt die Coop-Gruppe Restaurants, Apotheken und Tankstellen. Im Grosshandel ist die Coop-Gruppe insbesondere mit der Transgourmet-Gruppe in der Schweiz sowie im Ausland tätig. Im Bereich Produktion ist die Coop-Gruppe mit der Bell-Food-Gruppe sowie weiteren Produktionsunternehmen in der Schweiz sowie im Ausland aktiv.¹

3. **Jumbo-Markt** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Dietlikon, welche derzeit durch die Jumbo Holding SA (nachfolgend: Jumbo Holding) kontrolliert wird (vgl. unten Rz 5). Jumbo-Markt betreibt Bau- und Heimwerkermärkte in der Schweiz (vgl. unten Rz 28 und Rz 78).²

4. Jumbo-Markt ist eine Kommanditistin³ der Hagebau Handelsgesellschaft für Baustoffe GmbH & Co. KG (nachfolgend: Hagebau)⁴ mit Sitz in Soltau, Deutschland. Dabei handelt es sich um einen Zusammenschluss verschiedener Unternehmen, um gewisse Leistungen wie Einkauf, Logistik, IT oder Marketing gemeinsam zu tätigen. Weiter hält Jumbo-Markt eine Beteiligung von [...] % der A.R.E.N.A. SAS (nachfolgend: A.R.E.N.A.)⁵ mit Sitz in Bondoufle Cedex, Frankreich. A.R.E.N.A. ist eine internationale Einkaufskooperation, welche indirekt

zu 44,05 % von Hagebau gehalten wird⁶ und für deren Gesellschafter das internationale Beschaffungsmarketing übernimmt. [...].

5. Veräusserin ist Jumbo Holding mit Sitz in Genf, [...]. Die Geschäftstätigkeit von Jumbo Holding [...]. Jumbo Holding ist ihrerseits eine Tochtergesellschaft der Maus Frères SA (nachfolgend: Maus Frères), ebenfalls mit Sitz in Genf. Zur Maus Frères-Gruppe gehören zudem die Warenhauskette Manor sowie die MF Brands Group mit den Modemarken Lacoste, The Kooples, Gant Aigle und Tecnifibre.⁷

6. Für Coop ist die Akquisition von Jumbo-Markt ein Erwerb eines sehr attraktiven, profitablen und gut geführten Unternehmens im Do-it-yourself-Bereich, welchen Coop als zukunftsfruchtig ansieht. Die Maus Frères-Gruppe möchte sich in Zukunft vermehrt auf ihr Kerngeschäft, den Betrieb von Manor und die Vermarktung der Premium-Modemarken, fokussieren. Der Verkauf von Jumbo-Markt stärkt zudem die finanziellen Möglichkeiten der Maus Frères-Gruppe, um bei Bedarf ihr Portfolio von Premium-Modemarken durch Erwerb zu erweitern.

7. Nach dem Zusammenschluss wird es laut Angaben von Coop nicht mehr ein Sortiment von Jumbo-Markt und ein solches von Coop Bau&Hobby geben. Das künftige Sortiment werde vielmehr als Kombination der beiden Sortimente als ein Sortiment weitergeführt werden. Nach der Harmonisierung der Sortimente würden [...]. [...] Es sei geplant [...], dass nach dem Zusammenschluss eine grössere Auswahl an Produkten im untersten Preissegment [...] verfügbar sein soll. Gemäss Coop sind derzeit keine durch den Zusammenschluss begründete Schliessungen von Filialen von Coop Bau&Hobby bzw. Jumbo-Markt geplant und es sollen in diesem Sinne auch keine Jumbo-Markt-Filialen in andere Verkaufsformate von Coop (z.B. Supermärkte) umgewandelt werden. Ob die Jumbo-Markt-Verkaufsstellen unter der Marke «Jumbo» weitergeführt werden sollen, sei derzeit noch in Evaluation.

¹ Vgl. auch <<https://www.coop.ch/de/unternehmen/ueber-uns.html>> [16. Juli 2021]; RPW 2019/3b, 1021, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*; RPW 2017/3, 493, *Bell Food Group AG/Hilcona AG*; RPW 2015/4, 760, *Coop/Swisscom*; RPW 2014/2, 418, *Coop/Marché*; RPW 2011/2, 285, *Bell/Toni Hilti Treuhanderschaft/Hilcona*; RPW 2011/1, 202, *Coop/Transgourmet*; RPW 2008/4, 593, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 475, *Coop/Fust*; RPW 2002/3, 505, *Coop/EPA*.

² Vgl. auch <<https://www.jumbo.ch/de/ueber-jumbo/ueber-uns>> [16. Juli 2021].

³ Jumbo-Markt ist eine von 362 Kommanditisten von Hagebau und zeichnete eine Kommanditeinlage von EUR 81'000 vom gesamten Kommanditkapital in Höhe von EUR 30'375'000. Vgl. Geschäftsbericht 2019 von Hagebau <https://www.hagebau.com/content/unternehmen/presse/downloads/2020/hagebau_gb_2019_fin.pdf> [16. Juli 2021].

⁴ Vgl. auch <<https://www.hagebau.com/unternehmen/>> [16. Juli 2021].

⁵ Vgl. <<https://www.hagebau.com/unternehmen/beteiligungen/a.r.e.n.a/>> [16. Juli 2021], <<https://www.alliance-arena.com/?q=de>> [16. Juli 2021].

⁶ Vgl. Geschäftsbericht 2019 von Hagebau [Fn 3].

⁷ Vgl. auch <<https://www.maus.ch/en/>> [16. Juli 2021].

8. Zur Klärung der Wettbewerbsverhältnisse wurden am 24. Juni 2021 Fragebogen an acht Konkurrenten von Coop Bau&Hobby bzw. Jumbo-Markt versandt. Dabei handelt es sich um die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment (vgl. dazu unten Rz 35 und Rz 78 ff.), d.h. die BAUHAUS Fachcentren AG (nachfolgend: BAUHAUS), die Migros Fachmarkt AG (nachfolgend: Migros) für das Fachformat Migros Do it + Garden, die OBI Bau und Heimwerkermärkte Systemzentrale (Schweiz) GmbH (nachfolgend: OBI Systemzentrale) für die OBI-Märkte in der Schweiz, die Hornbach Baumarkt (Schweiz) AG (nachfolgend: Hornbach) und die LANDI Schweiz AG (nachfolgend: LANDI Schweiz) für die LANDI Läden. Zusätzlich wurden drei kleinere regionale Bau- und Heimwerkermärkte im Tessin bzw. im Wallis befragt, die FELA Ticino SA (nachfolgend: FELA), die Brico SA (nachfolgend: Brico) und die Ammeter Shop GmbH (nachfolgend: Ammeter Shop). Sieben der befragten acht Konkurrenten haben den ausgefüllten Fragebogen bis zum 13. Juli 2021 zurückgesandt.

9. Ebenfalls am 24. Juni 2021 wurden 31 Lieferanten von Coop Bau&Hobby sowie Jumbo-Markt mittels Fragebogen befragt. Befragt wurden einerseits zwölf Lieferanten, welche von Coop und Jumbo-Markt als mutmasslich stark vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen identifiziert wurden. Andererseits wurden 19 Lieferanten in vier betroffenen Beschaffungsmärkten (vgl. unten Rz 185 f.) befragt. Alle befragten Lieferanten haben den ausgefüllten Fragebogen bis zum 13. Juli 2021 zurückgesandt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

10. 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

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG 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, als Unternehmenszusammenschluss.

13. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens sein. Weiter können Mittel zur Kontrolle Rechte oder Verträge sein, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung oder die Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

14. [...].

15. Gemäss obenstehenden Ausführungen handelt es sich vorliegend um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

16. 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 Zusammenschlussparteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

17. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen meldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

18. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden Unternehmen – vorliegend Coop – als auch die kontrollierten Unternehmen – vorliegend Jumbo-Markt – als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Coop als kontrollierendes Unternehmen ist die Dachorganisation der Coop-Gruppe mit Handels-, Produktions- und Dienstleistungsunternehmen (vgl. oben Rz 2). Gemäss Art. 5 VKU sind die konsolidierten Umsätze der Coop Gruppe massgebend.

19. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die weltweiten und schweizweiten Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2020.

Tabelle 1: Weltweite und nationale Umsätze der beteiligten Unternehmen, 2020.

Unternehmen	Weltweite Umsätze (in Mio. CHF)	Schweizweite Umsätze (in Mio. CHF)
Coop-Gruppe	29'153	21'098
Jumbo-Markt	[...]	[...]

Quelle: Angaben von Coop und Jumbo-Markt.

20. Wie der Tabelle 1 zu entnehmen ist, sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

21. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, 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).

22. 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 Vorbemerkungen

23. Nachfolgende Ausführungen zu den sachlich und räumlich relevanten Märkten beschränken sich auf denjenigen Bereich, in welchem sich die Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien überschneiden. Sowohl Jumbo-Markt als auch die Coop-Gruppe mit Coop Bau&Hobby betreiben Bau- und Heimwerkermärkte (vgl. oben Rz 2 f. sowie unten Rz 27 f. und Rz 78 f.).

24. Die Coop-Gruppe ist wie ausgeführt auch in den Bereichen Grosshandel und Produktion tätig (vgl. oben Rz 2). Die Coop-Gruppe produziert weder Produkte im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf noch ist sie im Grosshandel mit diesen Produkten tätig. Die Coop-Gruppe ist somit nicht in dem Markt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs (vgl. dazu unten Rz 27 ff.) vorgelagerten Märkten tätig⁸. Im Bereich Detailhandel ist die Coop-Gruppe u.a. im Lebensmittel-detailhandel sowie im Elektrogrossgerätehandel tätig und somit in Märkten aktiv, die wohl benachbart zum Markt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs sind. Coop schliesst nicht aus, dass diese Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffene Märkte ohne Marktanteilsaddition sind. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass in der nachfolgenden Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens auch der Absatz sowie die Beschaffung⁹ von Produkten des Bereichs Baumarkt- und Gartenbedarf aller weiteren Formate und Fachformate mitberücksichtigt wird (vgl. unten Rz 77 ff. und Rz 178 ff.). Vor diesem Hintergrund

wurde vorliegend auf die Einreichung von detaillierten Angaben gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d, e und f VKU zu diesen Märkten verzichtet.

B.4.1.2 Sachlich relevante Märkte

25. 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).

26. Bei der sachlichen Marktabgrenzung im Bereich Detailhandel gilt es zu unterscheiden zwischen den Absatzmärkten, auf denen die Detailhändler den Endverbrauchern als Anbieter gegenüberstehen, und den Beschaffungsmärkten, auf denen die Detailhändler den Lieferanten als Nachfrager gegenüberstehen.¹⁰ Nachfolgend werden zuerst die Absatzmärkte und anschliessend die Beschaffungsmärkte in sachlicher Hinsicht abgegrenzt.

B.4.1.2.1 Absatzmärkte

27. Sowohl die Coop-Gruppe als auch Jumbo-Markt betreiben Bau- und Heimwerkermärkte (vgl. oben Rz 2 f.). Die Coop-Gruppe betreibt mit Coop Bau&Hobby Bau- und Heimwerkermärkte an 84 Standorten¹¹ in der Schweiz und verkauft Produkte aus den Bereichen Pflanzen & Anzucht, Gartenbau & Technik, Garteneinrichtung & Grill, Bad & Sanitär, Bauen & Renovieren, Maschinen & Werkstatt, Wohnen & Licht, Hobby & Sport sowie Basteln an Endverbraucher.¹² Coop Bau&Hobby erbringt zudem Nebenleistungen wie bspw. Holz- und Glaszuschnitt, Farbmischservice, Rasenmäherservice oder Montage- und Lieferservice.¹³

⁸ Gemäss Coop ist davon ausgenommen die Steinfels Swiss, welche Reinigungsmittel produziert, die auch in Verkaufsstellen von Coop Bau&Hobby verkauft werden. Das Beschaffungsvolumen ist [...].

⁹ Die Beschaffung des klassischen Bau- und Heimwerkersortiments erfolgt [...]. [...]. Gemäss Coop werden sich durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ausserhalb der von Coop Bau&Hobby vorgenommenen Beschaffung keine Änderungen ergeben.

¹⁰ Vgl. bspw. RPW 2008/4, 598 Rz 54, *Coop/Carrefour*, m.w.H.

¹¹ [...].

¹² Vgl. <<https://www.bauundhobby.ch/sortiment.html>> [16. Juli 2021].

¹³ Vgl. <<https://www.bauundhobby.ch/service.html>> [16. Juli 2021].

28. Jumbo-Markt betreibt Bau- und Heimwerkermärkte an 40 Standorten in der Schweiz und vertreibt Produkte aus den Bereichen Garten & Einrichtung, Bad & Sanitär, Bodenbeläge, Wandverkleidungen & Farben, Holz & Baumaterial, Maschinen, Werkzeuge & Arbeitsbekleidung, Eisenwaren & Sicherheit, Lampen & Elektromaterial, Wohnen & Haushalt, Auto, Velo & Freizeit, Aufbewahrung & Ordnung sowie Festartikel an Endverbraucher.¹⁴ Auch Jumbo-Markt erbringt Nebenleistungen wie z.B. Holz- oder Teppichzuschnitt, Anhängerverleih, Glas und Spiegel auf Mass oder Montageservice von Bad und Dusche.¹⁵

29. Gemäss Zusammenschlussparteien ist es sachgerecht, von einem einheitlichen Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auszugehen.

30. Die WEKO hat sich bis zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschliessend zur Abgrenzung der Absatzmärkte im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf geäussert. Im Entscheid Migros/Galaxus hat die WEKO einen Markt für Do it and Garden abgegrenzt, welcher eine breite Produktpalette wie dekorative Produkte, Eisenwaren, Werkzeuge, elektrische Geräte, Beleuchtung, Sanitärausstattung, Baumaterialien, Teppiche und Gärtnereiprodukte umfasst. Eine abschliessende Beurteilung wurde jedoch offengelassen.¹⁶

31. Ohne dies explizit zu erwähnen, wurde bei dieser sachlichen Marktabgrenzung – analog zum Lebensmittel-detailhandel – das Sortimentskonzept angewandt, wonach Produkte in mehr oder weniger umfassende Sortimente oder Güterbündel zusammengefasst werden. Dem Sortimentskonzept liegt der Gedanke zu Grunde, dass der durchschnittliche Konsument ein mehr oder weniger umfassendes Güterbündel an einem Verkaufspunkt erstehen will, um so die Transaktionskosten (Such-, Transport- und Zeitkosten) eines Einkaufs zu minimieren.¹⁷ Betreffend Lebensmittel-detailhandel hielt die WEKO entsprechend fest, dass der sachlich relevante Markt aus einem Sortiment besteht, welches aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumentinnen und Konsumenten abdecken (Konzept des «One-Stop-Shopping»¹⁸).

32. Auch im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf ist in ähnlicher Weise von einer Transaktionskostenreduktion bei einem Besuch einer Verkaufsstelle im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf für Konsumentinnen und Konsumenten auszugehen.¹⁹ Produkte des Baumarkt- und Gartenbedarfs werden von Konsumentinnen und Konsumenten gekauft, um Heim und Garten einzurichten, zu unterhalten oder zu renovieren bzw. zu erneuern. Gerade Konsumentinnen und Konsumenten, die ein bestimmtes Ausbau- oder Renovierungsprojekt im Heim oder Garten durchführen, dürften regelmässig Produkte aus verschiedenen Produktgruppen nachfragen. Die Konsumentinnen und Konsumenten haben beim Besuch einer Verkaufsstelle im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf somit die Erwartung, verschiedene Produkte aus einem umfassenden Baumarkt- und Gartenbedarfssortiment vergleichen, auswählen und erwerben zu können. Ein umfassendes Baumarkt- und Gartenbedarfssortiment in einer Verkaufsstelle ermöglicht den Konsumentinnen

und Konsumenten nicht nur eine Reduktion von Zeit- und Wegkosten, sondern auch ein Vergleich von Preisen und Qualitäten verschiedener Produkte an Ort und Stelle sowie eine Inanspruchnahme von Beratung und anderen Dienstleistungen. Bau- und Heimwerkermärkte als auf Baumarkt- und Gartenbedarfsprodukte spezialisierte grossflächige Verkaufsstellen decken dieses Bedürfnis ab und haben sich auch in der Schweiz seit den 90er Jahren etabliert.²⁰ Auch die befragten Konkurrenten von Coop Bau&Hobby bzw. Jumbo-Markt (vgl. oben Rz 8) bestätigen, dass der Wettbewerbsparameter «Sortiment» im Absatzmarkt wichtig bzw. unverzichtbar ist.²¹ Der sachlich relevante Absatzmarkt besteht somit aus einem **Sortiment, welches aus einer Vielzahl an Produktgruppen im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf gebildet wird.**

33. Zur Frage, aus welchen Produktgruppen ein umfassendes Baumarkt- und Gartenbedarfssortiment bestehen soll, halten die Zusammenschlussparteien fest, dass die im Entscheid Migros/Galaxus genannten Produktgruppen (vgl. oben Rz 30) wesentlicher Teil eines Baumarkt- und Gartensortiments seien, wobei dieses u.a. auch Produkte für die Wandbearbeitung (Farben, Tapeten), Möbel für den Aussenbereich, Zier- und Nutzholzer, Autozubehör, Kunst- und Bastelobjekte sowie Elektroprodukte zwingend beinhalten müsse.

34. Gemäss dem Bundesverband deutscher Heimwerker-, Bau- und Gartenfachmärkte e.V. (BHB) bietet eine Bau- und Heimwerkermarkt ein Sortiment aus den **Kernsegmenten Heimwerken, Baustoffe und Garten** sowie aus einem Erweiterungssegment an. Das Kernsegment Heimwerken umfasst u.a. die Produktkategorien Eisenwaren und Sicherheitstechnik, Werkzeuge und Maschinen, Tapeten und Malerbedarf, Dekoration und Heimtextilien, Elektroinstallationen, Sanitär- und Heizungsprodukte, Bodenbeläge, Holz und Leuchten. Im

¹⁴ Vgl. <<https://www.jumbo.ch/de/>> unter «Menu» [16. Juli 2021].

¹⁵ Vgl. <<https://www.jumbo.ch/de/services>> [16. Juli 2021].

¹⁶ Vgl. RPW 2012/4, 851 Rz 53, *Migros/Galaxus*. Auch im früheren Entscheid Migros/Globus grenzte die WEKO einen Do-it-yourself-Markt ab, zu welchem Werkzeuge, Eisenwaren, Maschinen, Elektroartikel, Autozubehör, Gartentechnik, Farben und Baubedarf gehören. Vgl. RPW 1997/3, 368 Rz 20, 378 Rz 57, *Migros/Globus*.

¹⁷ Vgl. RPW 2003/3, 565 Rz 30, *Coop/Waro*; RPW 2002/3, 508 Rz 19, *Coop/EPA*; RPW 1997/3, 366 Rz 11 f., *Migros/Globus*.

¹⁸ Vgl. RPW 2008/4, 598 Rz 55, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 144 Rz 164, *Migros/Denner*; RPW 2003/3, 565 Rz 33, *Coop/Waro*.

¹⁹ Das Sortimentskonzept ist gemäss dem Entscheid Migros/Globus nicht nur auf Güter des täglichen Bedarfs anwendbar. Angemerkt wurde auch, dass bei niederwertigen Gütern des täglichen Gebrauchs vor allem die Reduktion der Transport- und Zeitkosten, bei höherwertigen Gütern des nicht täglichen Bedarfs vor allem die Suchkostenminimierung im Vordergrund steht. Vgl. RPW 1997/3, 366 Rz 11 f., *Migros/Globus*.

²⁰ Vgl. dazu RPW 1997/3, 379 Rz 80, *Migros/Globus*.

²¹ Vier der sieben befragten Konkurrenten, welche den Fragebogen beantworteten, geben an, dass der Wettbewerbsparameter «Sortiment» im Schweizer Markt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs unverzichtbar ist. Zwei Konkurrenten geben an, dass der Wettbewerbsparameter «Sortiment» wichtig ist. Ein Konkurrent hat diese Frage nicht beantwortet. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: unverzichtbar, wichtig, weniger wichtig, vernachlässigbar.

Kernsegment Baustoffe sind bspw. die Produktkategorien Bauelemente und -chemie, Innenausbau sowie Be- und Entwässerung enthalten. Unter dem Kernsegment Garten werden u.a. die Produktkategorien Pflanzen Indoor und Outdoor, Düngemittel und Pflanzenschutz, Gartengeräte und -ausstattung sowie Gartenmöbel erfasst. Das Erweiterungssegment enthält bspw. Freizeit- und Bastelprodukte, Spielwaren, Haushaltswaren, Fahrräder und Autozubehör.²²

35. Die obigen Aufzählungen von Produktgruppen (vgl. oben Rz 33 f.) beschreiben ein umfassendes Baumarkt- und Gartenbedarfssortiment im Sinne eines Vollsortiments. Untereinander hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes vergleichbare Sortimente (Güterbündel) verschiedener Bau- und Heimwerkermärkte sind für die Konsumentinnen und Konsumenten im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU austauschbar.²³ Anbieter im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf, die ein solches Vollsortiment anbieten, gehören somit zum relevanten Markt und werden in der Folge als Bau- und Heimwerkermärkte oder Wettbewerber mit Vollsortiment bezeichnet (vgl. unten Rz 78 ff.). Zu präzisieren ist Folgendes: Damit ein Anbieter im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf als Bau- und Heimwerkermarkt bzw. **Wettbewerber mit Vollsortiment** zu betrachten ist, ist nicht entscheidend, ob er tatsächlich jede zum Vollsortiment gehörende Produktgruppe vollumfänglich anbietet, sondern ob dieser ein bestimmtes Mindestsortiment anbietet, das ein Konsument von einem Bau- und Heimwerkermarkt erwartet, und dieser für ihn somit eine gleichwertige Bezugsalternative darstellt.

36. Die Anwendung des Sortimentskonzepts entspricht der Praxis anderer nationaler Wettbewerbsbehörden sowie der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission). Sowohl das Bundeskartellamt in Deutschland als auch die Autorité de la Concurrence in Frankreich gehen in ihren Entscheiden von einem einheitlichen Absatzmarkt für das gesamte Bau- und Heimwerkersortiment²⁴ bzw. einem Markt für den Einzelhandelsvertrieb von Bau- und Heimwerkerartikeln²⁵ aus. Die irische Wettbewerbsbehörde (Competition and Consumer Protection Commission, CCPC) wie auch das Office of Fair Trading (OFT), Vorgängerin der Competition & Markets Authority (CMA) in Grossbritannien, grenzen einen Do-it-yourself-Einzelhandelsmarkt bzw. einen Markt für Do-it-yourself- und Heimwerkerartikel ab.²⁶ Auch die EU-Kommission hat einen einheitlichen Markt für den Einzelhandel mit Heimwerkerprodukten in Betracht gezogen, die genaue sachliche Marktabgrenzung aber letztlich offengelassen.²⁷ So hat die EU-Kommission auch eine Segmentierung des Absatzmarktes nach Produktgruppen erwogen.²⁸

37. In Bezug auf eine sachliche Marktabgrenzung nach Produktgruppen sei an dieser Stelle festgehalten, dass eine Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens der Vollständigkeit halber auch basierend auf einer solchen Marktabgrenzung durchgeführt wird (vgl. unten Rz 88 ff. und Rz 109 ff.). Dabei wird vorliegend von folgenden Produktgruppen als relevante Absatzmärkte ausgegangen: Garten, Werkzeuge/Maschinen, Wand/Boden, Bauelemente/-chemie/-material, Sanitär/Heizung/Installation, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Beleuchtung, Holz, Möbel, Automotive, Haushaltswa-

ren/Hausrat, Elektro, Wohnen/Deko, Saisonartikel/Merchandising und Heimtextilien. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass in anderen Fällen zusätzliche Produktgruppen berücksichtigt werden können oder zwischen sowie innerhalb der oben genannten Produktgruppen andere Unterteilungen angebracht sind. Angefügt ist bereits hier, dass diese alternative sachliche Marktabgrenzung nach Produktgruppen keinen Einfluss auf das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung hat (vgl. unten Rz 109 ff.).

Fach-/Spezialhandel

38. Produkte des Baumarkt- und Gartenbedarfs zum Einrichten und Unterhalt, zur Renovation und Erneuerung von Heim und Garten können nicht nur in Bau- und Heimwerkermärkten (mit Vollsortiment; vgl. hierzu oben Rz 35 sowie unten Rz 78 ff.) eingekauft werden, sondern auch im Fach- und Spezialhandel. Dazu gehören bspw. Gartencenter, Malerfachgeschäfte, Werkzeughändler, Beleuchtungsfachgeschäfte, Möbeldändler, Velohändler oder Bastelläden. Dies sind Anbieter eines Teilsortiments. Es stellt sich somit die Frage, ob der Fach- und Spezialhandel als Anbieter eines Teilsortiments zum relevanten Absatzmarkt zugehörig zu betrachten ist oder nicht.

39. Im Lebensmitteldetailhandel gehört der Spezial- und Fachhandel gemäss Praxis der WEKO nicht zum relevanten Markt. Denn das Angebot ist typischerweise auf ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Produktgruppe, d.h. ein Teilsortiment, beschränkt und steht deshalb im Hinblick auf das Sortimentskonzept, die Verkaufsflächen und das durchschnittliche Preisniveau nicht in direktem Wettbewerb mit dem klassischen Lebensmitteldetailhandel (d.h. Lebensmitteldetailhändler mit Vollsortiment).²⁹

²² Vgl. <<https://www.bhb.org/verband/zahlen-fakten/branchendefinitionen/>> [16. Juli 2021].

²³ Vgl. RPW 2008/4, 598 Rz 56, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 145 Rz 165, *Migros/Denner*; RPW 1997/3, 366 Rz 12, *Migros/Globus*.

²⁴ Vgl. BKartA, B2-51/16 vom 28.10.2018, Rz 328 f., *REWE/Coop*; OLG Düsseldorf, VI-Kart 1/08 vom 30.9.2009, Rz 26 f.; BKartA, B9-125/07 vom 5.12.2007, Rz 32 ff., *Globus/Distributa*; BKartA, B9-94/06 vom 10.1.2017, Rz 32, *Praktiker/Moor Park Real Estate Fund*; BKartA, B9-59/07 vom 30.8.2021, Rz 24, *Rewe/toom Baumarkt*.

²⁵ Vgl. Autorité de la concurrence, n° 13-DCC-40 vom 27.3.2013, Rz 11, *La Boîte à Outils et Mr. Bricolage*; Autorité de la concurrence, n° 10-DCC-01 vom 12.1.2010, Rz 9, *Mr. Bricolage/Passerelle*.

²⁶ Vgl. CCPC, M/04/051 vom 17.2.2005, 3.14 und 4.2, *Grafton Group/Heiton Group*; OFT, ME/3427/07 vom 15.4.2008, Rz 21 und 29, *Home Retail Group/Focus (DIY)*.

²⁷ Vgl. EU-Komm, COMP/M.7817 vom 2.12.2015, Rz 20 und 23, *OBI/Baumax Standort Steyr*; EU-Komm, COMP/M.7677 vom 4.8.2015, Rz 11, *OBI/Baumax certain assets*; EU-Komm, COMP/M.2804 vom 18.6.2002, Rz 7 ff., *Vendex KBB/Brico Belgium*.

²⁸ Vgl. EU-Komm, COMP/M.7283 vom 11.8.2014, Rz 13, *Kingfisher/Mr. Bricolage*; EU-Komm, COMP/M.2898 vom 13.12.2002, Rz 9, *Leroy Merlin/Brico*.

²⁹ Vgl. RPW 2008/4, 598 Rz 57 f., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 145 Rz 166 f., *Migros/Denner*; RPW 2003/3, 566 Rz 35, *Coop/Waro*.

40. In gleicher Weise kann argumentiert werden, dass der Fach- und Spezialhandel im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf nicht zum relevanten Markt gehört, da dieser den Konsumentinnen und Konsumenten mit einem Teilsortiment nicht ein umfassendes Baumarkt- und Gartenbedarfssortiment zum Vergleich und zur Auswahl bietet und diese somit nicht gleichermassen von einer Transaktionskostenreduktion profitieren können. Allerdings ist auch festzuhalten, dass im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf dem «One-Stop-Shopping» wohl nicht die gleiche Bedeutung zukommt wie im Lebensmittel-detailhandel. Während Konsumentinnen und Konsumenten im Lebensmittel-detailhandel immer wieder benötigte Produkte gemeinsam zur Deckung des täglichen Bedarfs einkaufen, decken Konsumentinnen und Konsumenten im Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs vielmehr einen zweckgebundenen Bedarf. So benötigen diese bspw. Produkte für eine Badrenovation oder für eine neue Gartenterrasse. Demnach ist gut vorstellbar, dass Konsumentinnen und Konsumenten im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf neben dem Besuch eines Bau- und Heimwerkermarkts durchaus zumindest auch einen zweiten Stop bspw. beim spezialisierten Sanitärfachhändler oder Gartencenter machen. Damit kann auch der Fach- und Spezialhandel mit einem Teilsortiment als Konkurrenz zu den Bau- und Heimwerkermärkten angesehen werden.

41. Die Mehrheit der befragten Konkurrenten von Coop Bau&Hobby bzw. Jumbo-Markt (vgl. oben Rz 8) gibt an, dass der Fachhandel wenig mit Bau- und Heimwerkermärkten konkurrenziert (4 Nennungen). Ein Konkurrent nennt als Grund das höhere Preisniveau des Fachhandels. Dabei wird aber auch festgehalten, dass in allen Bereichen/Produktgruppen konkurrenzierende Wirkungen bestehen; beim Fachhandel bspw. tendenziell in den Bau- und Sanitärsortimenten. Die Minderheit geht davon aus, dass der Fachhandel für die meisten Produkte mit Bau- und Heimwerkermärkten konkurrenziert (2 Nennungen). Gartencenter konkurrenizieren gemäss der Mehrheit der befragten Konkurrenten völlig mit Bau- und Heimwerkermärkten (3 Nennungen). Zwei Konkurrenten geben an, dass Gartencenter für die meisten Produkte mit Bau- und Heimwerkermärkten konkurrenizieren; ein Konkurrent geht davon aus, dass Gartencenter wenig mit Bau- und Heimwerkermärkten konkurrenizieren.³⁰

42. Gefragt nach den fünf wichtigsten Konkurrenten werden Jumbo-Markt (5 Nennungen), Coop Bau&Hobby (4 Nennungen), BAUHAUS, Hornbach (jeweils 4 Nennungen), OBI (3 Nennungen), Migros Do it + Garden (2 Nennungen) und LANDI (1 Nennung) genannt.³¹ Auch die Zusammenschlussparteien halten fest, dass sie – neben den reinen Internethändlern sowie dem Fach- und Spezialhandel – insbesondere von LANDI, Hornbach, Migros Do it + Garden, OBI und BAUHAUS konkurrenziert werden. Dies zeigt, dass sich die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsoriment (vgl. hierzu oben Rz 35 sowie unten Rz 78 ff.) in erster Linie gegenseitig als Hauptkonkurrenten sehen.

43. Gemäss Praxis der Autorité de la Concurrence gehören dem relevanten Markt Baumärkte mit einer Fläche von mehr als 300 m² und einem Angebot von mehr als 10'000 Artikeln an.³² Auch die CCPC sowie die OFT sind der Auffassung, dass der relevante Markt auf Baumärkte

zu beschränken ist, wobei auch andere, nicht zum relevanten Markt zugehörige Vertriebskanäle wie der Fachhandel einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben, welcher zu berücksichtigen sei.³³ Das Bundeskartellamt zieht seit einem Urteil des OLG Düsseldorf die Anbieter von Teilsortimenten, d.h. den Fach- und Spezialhandel, in den sachlich relevanten Markt mit ein.³⁴ Die EU-Kommission hat in ihren Entscheiden auch eine Unterteilung des Absatzmarktes nach Vertriebskanälen – darunter grossflächige Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsoriment oder Fach- und Spezialhandel mit Teilsortiment – in Betracht gezogen, die genaue Segmentierung jedoch offengelassen.³⁵

44. Gemäss Zusammenschlussparteien ist der Fach- und Spezialhandel aufgrund seiner konkurrenzierenden Wirkung dem sachlich relevanten Markt zuzurechnen. Den Zusammenschlussparteien ist insofern zu folgen, als dass der Fach- und Spezialhandel als Anbieter eines Teilsortiments zumindest in Form von Randsubstitution³⁶ Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsoriment ausübt. Der Fach- und Spezialhandel wird in der nachfolgenden wettbewerbsrechtlichen Analyse berücksichtigt. Ob der Fach- und Spezialhandel im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf zum relevanten Absatzmarkt gehört oder nicht, wird mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung offengelassen.

Online-Handel

45. Gemäss Zusammenschlussparteien spielt der Online-Handel im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf eine wichtige Rolle und ist es sachgerecht, dessen Wettbewerbswirkungen umfassend zu berücksichtigen.

³⁰ Ein Konkurrent hat die entsprechenden Fragen nicht beantwortet. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung dieser Fragen waren: überhaupt nicht, wenig, für die meisten Produkte, völlig.

³¹ Genannt wurden auch ausländische grossflächige Baufachmärkte an der Grenze (1 Nennung; siehe dazu unten Rz 50 ff. und Rz 147). Ein Konkurrent hat diese Frage nicht beantwortet.

³² Vgl. Autorité de la concurrence, n° 13-DCC-40 vom 27.3.2013, Rz 11, *La Boîte à Outils et Mr. Bricolage*; Autorité de la concurrence, n° 10-DCC-01 vom 12.1.2010, Rz 9 ff., *Mr. Bricolage/Passerelle*.

³³ Vgl. CCPC, M/04/051 vom 17.2.2005, 3.14, *Grafton Group/Heiton Group*; OFT, ME/3427/07 vom 15.4.2008, Rz 19 ff., *Home Retail Group/Focus (DIY)*.

³⁴ Vgl. BKartA, B2-51/16 vom 28.10.2018, Rz 330, *REWE/Coop*; OLG Düsseldorf, VI-Kart 1/08 vom 30.9.2009, Rz 28 ff. In vorangehenden Entscheiden wurde der Fach- und Spezialhandel vom relevanten Markt ausgeschlossen. Vgl. BKartA, B9-125/07 vom 5.12.2007, Rz 33 ff., *Globus/Distributa*; BKartA, B9-94/06 vom 10.1.2017, Rz 33 ff., *Praktiker/Moor Park Real Estate Fund*; BKartA, B9-59/07 vom 30.8.2021, Rz 25 ff., *Rewe/toom Baumarkt*.

³⁵ Vgl. EU-Komm, COMP/M.7817 vom 2.12.2015, Rz 20 und 23, *OBI/Baumax Standort Steyr*; EU-Komm, COMP/M.7677 vom 4.8.2015, Rz 11, *OBI/Baumax certain assets*; EU-Komm, COMP/M.7283 vom 11.8.2014, Rz 14, *Kingfisher/Mr. Bricolage*; EU-Komm, COMP/M.2804 vom 18.6.2002, Rz 7 ff., *Vendex KBB/Brico Belgium*; EU-Komm, COMP/M.2898 vom 13.12.2002, Rz 9, *Leroy Merlin/Brico*.

³⁶ Der Verhaltensspielraum von marktmächtigen Unternehmen kann in beschränktem Umfang von Unternehmen diszipliniert werden, die Waren oder Dienstleistungen anbieten, die mit denen des betroffenen Marktes zwar nicht marktgleichwertig sind, sie jedoch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Voraussetzungen ersetzen können (Randsubstitution). Vgl. RPW 2008/1, 172 Rz 354, *Migros/Denner*.

46. Auch die Mehrheit der befragten Konkurrenten von Coop Bau&Hobby bzw. Jumbo-Markt (vgl. oben Rz 8) gibt an, dass der Internethandel stark (3 Nennungen) bzw. sehr stark (1 Nennung) Wettbewerbsdruck auf die im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf tätigen Unternehmen ausübt.³⁷

47. Der Anteil des Online-Handels am Gesamtumsatz im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf hat sich seit 2018 mehr als verdoppelt und betrug 2020 12 %.³⁸ Praktisch alle Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment (vgl. dazu oben Rz 35 und unten Rz 78 ff.) in der Schweiz verfügen über einen Online-Shop (vgl. unten Rz 78 ff.).³⁹ Jumbo-Markt generierte im Jahr 2020 einen Anteil von ca. [0–10] % des Gesamtumsatzes mit dem Online-Handel. Coop Bau&Hobby erwirtschaftete mit dem Online-Handel im Jahr 2020 ca. [0–10] % ihres Gesamtumsatzes. [...] die befragten Konkurrenten von Coop Bau&Hobby bzw. Jumbo-Markt (vgl. oben Rz 8) weisen

[...] Anteile des Online-Handels am Gesamtumsatz aus, welche sich im Jahr 2020 zwischen ca. [0–10] % und [10–20] % bewegten (vgl. Tabelle 2).⁴⁰ Sowohl Coop Bau&Hobby als auch Jumbo-Markt verkaufen in ihren Online-Shops die gleichen Produkte zu gleichen Preisen. Migros Do it + Garden verkauft ihr Sortiment [...] sowie zu gleichen Preisen auch in ihrem Online-Shop und bietet im Online-Shop zusätzlich stationär nicht erhältliche Sortimentserweiterungen an. Im Online-Shop von Hornbach sind [...] erhältlich. Ein Grossteil der LANDI Läden bieten ca. [...] % des Sortiments online an, wobei ca. [...] % mit Heimlieferung bestellt werden können. Die Preise sind offline und online identisch. Im Online-Shop von BAUHAUS sind ca. [...] % des Sortiments zu identischen Preisen wie in den Verkaufsstellen erhältlich (vgl. unten Rz 78 ff.). Zudem bieten auch zunehmend reine Online-Händler wie galaxus.ch⁴¹ oder brack.ch⁴² eine breite Auswahl an Produkten im Bereich Heimwerk- und Gartenbedarf an.⁴³

Tabelle 2: Anteile des Online-Handels am Gesamtumsatz, 2018-2020.

Marktteilnehmer	2018	2019	2020
Coop Bau&Hobby	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Jumbo-Markt	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
BAUHAUS	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Hornbach	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %
LANDI Läden	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Migros Do it + Garden	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien sowie der befragten Konkurrenten (vgl. oben Rz 8).

48. Gemäss Praxis der WEKO im Lebensmittelhandel aus dem Jahr 2008 gehört der Online-Handel nicht zum relevanten Markt. Eine allfällig von ihm ausgehende disziplinierende Wirkung wurde in der Wettbewerbsanalyse berücksichtigt.⁴⁴ Das Bundeskartellamt zählt seit einem Urteil des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2009 den Distanzhandel im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf zum sachlich relevanten Markt.⁴⁵ Die EU-Kommission hat ebenfalls das Urteil des OLG Düsseldorf erwähnt, äussert sich jedoch nicht abschliessend zur sachlichen Marktabgrenzung.⁴⁶

³⁷ Je ein Konkurrent gibt an, dass der Internethandel überhaupt keinen bzw. wenig Wettbewerbsdruck ausübt. Ein Konkurrent hat diese Frage nicht beantwortet. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: überhaupt nicht, wenig, stark, sehr stark.

³⁸ Im Jahr 2018 betrug der Anteil des Online-Handels am Gesamtumsatz im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf 5 % und im Jahr 2019 7 %. Vgl. «Onlinehandelsmarkt Schweiz 2020» vom 10.3.2021, <<https://digital-commerce.post.ch/-/media/post-maxisites/e-commerce/dokumente/Onlinehandelsmarkt-Schweiz-2020-DE.pdf>> [16. Juli 2021].

³⁹ Ausnahme ist OBI. OBI verfügt zwar über einen Web-Shop. Bis jetzt können bestellte Produkte jedoch nur online reserviert werden und in der Filiale abgeholt werden («click&collect»). Auch FELA und Brico als kleine, regionale Bau- und Heimwerkermärkte verfügen über keinen Online-Shop.

⁴⁰ Die Zunahme des Online-Handels, insbesondere auch im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf, im Jahr 2020 ist auch durch die Corona-Krise geprägt. Vgl. bspw. <<https://dievolkswirtschaft.ch/de/2020/11/onlinehandel-im-aufwind/>> [16. Juli 2021].

⁴¹ Vgl. <<https://www.galaxus.ch/de/s4/sector/do-it-garten-4>> [16. Juli 2021].

⁴² Vgl. <<https://www.brack.ch/baumarkt-hobby>> [16. Juli 2021].

⁴³ Vgl. dazu auch die Mitteilung von digitec/galaxus vom 12.1.2021, <<https://www.digitec.ch/de/page/digitec-galaxus-steigert-umsatz-um-59-prozent-18724>> [16. Juli 2021]; Zeitungsartikel LeTemps «Digitec Galaxus, fini de jouer» vom 11.5.2021.

⁴⁴ Vgl. RPW 2008/4, 600 Rz 68, *Coop/Carrefour*, RPW 2008/1, 148 Rz 192, *Migros/Denner*.

⁴⁵ Vgl. BKartA, B2-51/16 vom 28.10.2018, Rz 330, *REWE/Coop*; OLG Düsseldorf, VI-Kart 1/08 vom 30.9.2009, Rz 46 ff. In vorangehenden Entscheidungen wurde offengelassen, ob der Online-Handel zum relevanten Markt gehört oder nicht. Vgl. BKartA, B9-125/07 vom 5.12.2007, Rz 49, *Globus/Distributa*; BKartA, B9-94/06 vom 10.1.2017, Rz 51, *Praktiker/Moor Park Real Estate Fund*; BKartA, B9-59/07 vom 30.8.2021, Rz 40, *Rewe/toom Baumarkt*.

⁴⁶ Vgl. EU-Komm, COMP/M.7817 vom 2.12.2015, Rz 22 f., *OBI/Baumax Standort Steyr*.

Einkaufstourismus

50. Gemäss Zusammenschlussparteien ist der Schweizer Detailhandel über den Einkaufstourismus einer grossen Konkurrenz aus dem Ausland ausgesetzt. Im grenznahen Ausland würden für Schweizer Kunden diverse Alternativen zu den Schweizer Bau- und Heimwerkermärkten bestehen. Der Lockdown im Jahr 2020 habe gezeigt, dass gerade die Schweizer Bau- und Heimwerkermärkte sehr stark vom Einkaufstourismus betroffen seien. Als der Einkauf im grenznahen Ausland nicht möglich gewesen sei, seien die Umsätze der grenznahen Verkaufsstellen bis zu [...] % höher als diejenigen der nicht-grenznahen Verkaufsstellen gewesen. Da die ins grenznahe Ausland abfliessenden Umsätze nicht in den Marktanteilsberechnungen berücksichtigt seien, seien die Marktanteile der Zusammenschlussparteien entsprechend zu hoch ausgewiesen.

51. Gemäss der Studie «Einkaufstourismus Schweiz 2017/2018» der Universität St.Gallen weist der Einkaufstourismus im Jahr 2017 ein Ausmass von 9,07 Mia. CHF auf.⁴⁷ Die Zusammenschlussparteien folgern daraus, dass bei einem Gesamtdetailhandelsvolumen von ca. 90 Mia. CHF⁴⁸ die Marktanteile (vgl. unten Rz 97 und Rz 106) allein durch den Einkaufstourismus um ca. 10 % überhöht seien. Zu den für die Marktanteilsberechnungen verwendeten Gesamtmarktvolumina müssten gemäss Zusammenschlussparteien schätzungsweise mindestens 10 % des Gesamtmarktvolumens hinzugerechnet werden.

52. Auch die Mehrheit der befragten Konkurrenten von Coop Bau&Hobby bzw. Jumbo-Markt (vgl. oben Rz 8) gibt an, dass der Einkaufstourismus stark (4 Nennungen) bzw. sehr stark (1 Nennung) Wettbewerbsdruck auf die im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf tätigen Unternehmen in der Schweiz ausübt.⁴⁹ Ein Konkurrent nennt grenznahe, grossflächige Baufachmärkte explizit als einen seiner fünf wichtigsten Konkurrenten (vgl. oben Rz 42). Grenznahe Verkaufsstellen würden gemäss seiner Aussage durch ausländische Mitbewerber konkurrenziert. Dies sei in den Lockdown-Phasen, während denen der Einkaufstourismus nicht möglich gewesen sei, deutlich spürbar gewesen, da die Nachfrage in grenznahen Verkaufsstellen deutlich über derjenigen der anderen Verkaufsstellen gelegen habe.

53. Im Lebensmitteldetailhandel gehört der Einkaufstourismus gemäss Praxis der WEKO nicht zum relevanten Markt. Eine allfällig von ihm ausgehende disziplinierende Wirkung wurde in der Wettbewerbsanalyse berücksichtigt.⁵⁰

54. Basierend auf den Angaben der Zusammenschlussparteien und deren befragten Konkurrenten ist auch im Bereich des Baumarkt- und Gartenbedarfs davon auszugehen, dass der Einkaufstourismus einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die in der Schweiz tätigen Unternehmen ausübt. Dies dürfte insbesondere in grenznahen Regionen gelten, weshalb der Einkaufstourismus in der wettbewerbsrechtlichen Analyse berücksichtigt wird (vgl. unten Rz 103 und Rz 147). Ob der Einkaufstourismus zum relevanten Markt gehört oder nicht, muss vorliegend nicht abschliessend geklärt werden, da dies das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung nicht verändert.

Fazit

55. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der sachlich relevante Absatzmarkt den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs umfasst. Der sachlich relevante Markt besteht somit aus einem Sortiment, welches aus einer Vielzahl an Produktgruppen im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf gebildet wird. Das Sortiment setzt sich aus den Kernsegmenten Heimwerken, Baustoffe sowie Garten und einem Erweiterungssegment zusammen (vgl. oben Rz 33 f.). Bau- und Heimwerkermärkte, d.h. Anbieter im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf, die ein solches Vollsortiment anbieten, gehören zum relevanten Markt. Ob der Fach- und Spezialhandel im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf als zum relevanten Absatzmarkt zugehörig zu betrachten ist oder nicht, wird mangels Einfluss auf das Ergebnis offengelassen. Ebenfalls offengelassen wird, ob der Online-Handel und der Einkaufstourismus zum relevanten Absatzmarkt gehören oder nicht.

B.4.1.2.2. Beschaffungsmärkte

Produktgruppen

56. Auf der Beschaffungsseite sind die Hersteller und Lieferanten von Produkten im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf (vgl. oben Rz 35) die Marktgegenseite. Bei der Marktabgrenzung auf den Beschaffungsmärkten sind die Angebotsumstellungsflexibilität der Lieferanten und deren Absatzalternativen massgeblich. Die Hersteller produzieren in der Regel einzelne Produkte oder Produktgruppen (z.B. Handwerkzeuge, Fliesen usw.) und sind nicht in der Lage, ihre Produktion ohne Weiteres auf andere Produkte umzustellen. Die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment fragen hingegen ein Gesamtangebot nach (vgl. oben Rz 34 ff.). Im Normalfall ist es aber für die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment nicht möglich, dieses Gesamtangebot vom gleichen Lieferanten zu beziehen. Deshalb kann nicht von einem einheitlichen Beschaffungsmarkt für Bau- und Heimwerkermärkte ausgegangen werden. Aufgrund der begrenzten Angebotsumstellungsflexibilität der Lieferanten ist davon auszugehen, dass beschaffungsseitig ebenso viele Märkte existieren, wie es (absatzseitige) Produktgruppen gibt (vgl. oben Rz 37). Die WEKO ist in

⁴⁷ Davon entfallen 1.21 Mia. CHF auf Online-Einkaufstourismus. Vgl. THOMAS RUDOLPH, LIANE NAGENGAST, FRAUKE NITSCH, Einkaufstourismus Schweiz 2017/2018, Forschungszentrum für Handelsmanagement der Universität St. Gallen, S. 47.

⁴⁸ Vgl. bspw. «Onlinehandelsmarkt Schweiz 2020» vom 10.3.2021, <<https://digital-commerce.post.ch/-/media/post-maxisites/e-commerce/dokumente/Onlinehandelsmarkt-Schweiz-2020-DE.pdf>> [16. Juli 2021].

⁴⁹ Ein Konkurrent gibt an, dass der Einkaufstourismus wenig Wettbewerbsdruck ausübt, und ein Konkurrent hat diese Frage nicht beantwortet. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: überhaupt nicht, wenig, stark, sehr stark.

⁵⁰ Vgl. RPW 2008/4, 600 Rz 73 ff., Coop/Carrefour, RPW 2008/1, 149 Rz 197 ff., Migros/Denner.

ihrer bisherigen Praxis zu vergleichbaren Beschaffungsmärkten denn auch von sachlich relevanten Beschaffungsmärkten für verschiedene Produktgruppen ausgegangen, ohne jedoch eine abschliessende Markt- abgrenzung vorzunehmen.⁵¹ So wurde explizit darauf hingewiesen, dass die Produktgruppen weiter unterteilt und die Produktzuteilung zu den Gruppen anders vorgenommen werden kann.⁵²

57. Auch die EU-Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis im Bereich Bau- und Heimwerkermärkte (mehrfach) eine Segmentierung des Beschaffungsmarktes nach Produktgruppen in Betracht gezogen, liess aber eine abschliessende sachliche Abgrenzung letztlich offen.⁵³

Absatzkanäle

58. Nebst den Bau- und Heimwerkermärkten mit Vollsortiment haben Hersteller und Lieferanten von Produkten im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf die Möglichkeit, ihre Produkte über weitere Absatzkanäle zu vertreiben. Dazu gehören namentlich der Fach-/Spezialhandel, welcher jeweils nur ein Teilsortiment anbietet (vgl. oben Rz 38 ff.) und der Online-Handel. So beliefern rund 90 % der befragten Lieferanten (27 von 31 Unternehmen) nebst den Bau- und Heimwerkermärkten auch den Fach-/Spezialhandel. Zudem nannten von den befragten Lieferanten über die Hälfte (17 von 31 Unternehmen) den E-Commerce als alternativen Vertriebsweg.

Fazit

59. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO sind die Beschaffungsmärkte **nach Produktgruppen für den Baumarkt- und Gartenbedarf** (vgl. oben Rz 37) zu unterteilen, ohne die Produktgruppen abschliessend zu definieren. Insbesondere könnten die vorliegend betrachteten Beschaffungsmärkte nach Produktgruppen enger oder breiter abzugrenzen sein, dies hätte jedoch vorliegend keinen Einfluss auf das Ergebnis der vorläufigen Prüfung.

B.4.1.3 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.1.3.1. Absatzmärkte

61. In räumlicher Hinsicht spielt sich der Wettbewerb im Detailhandel gemäss Praxis der WEKO auf zwei Ebenen ab: Einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufspunkten und andererseits auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten. Beide Ebenen sind im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Analyse des Detailhandels in Betracht zu ziehen.⁵⁴

Lokale Märkte

62. Aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten ist der geographisch relevante Markt lokal, da beim Einkaufen Transaktionskosten (Such-, Transport- und Opportunitätskosten) anfallen und diese typischerweise von den Nachfragern minimiert werden. Folglich wird ein Konsument einen Verkaufspunkt in der näheren Umgebung bevorzugen. Aufgrund dieser Überlegung kann um jeden

Verkaufspunkt ein Marktkreis gezogen werden, welcher diesem Verkaufspunkt die typischen Nachfrager zuordnet.

63. Gemäss Praxis der WEKO werden im Lebensmittel-detailhandel Marktradien von 10 Minuten für kleine Supermärkte (<700 m²), 15 Minuten für Supermärkte (700 bis 3'000 m²) und 20 Minuten für Hypermärkte (>3'000 m²) angenommen.⁵⁵ Im Elektrogerätehandel betragen die Marktradien 20 Minuten für Kleinhaushaltsgeräte und 40 Minuten für Grosshaushaltsgeräte⁵⁶ sowie Audi/Visio (Heim- und Unterhaltungselektronik).⁵⁷ Für Convenience-Shops und Kioske wird ein Marktradius von 5 Gehminuten angenommen.⁵⁸ Im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf hat sich die WEKO bis zum jetzigen Zeitpunkt nicht zur räumlichen Abgrenzung der lokalen Absatzmärkte geäussert.

64. Das Bundeskartellamt hat in seinen Entscheiden im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf regionale Märkte mit einem Radius von rund 30 km abgegrenzt⁵⁹, die genaue räumliche Abgrenzung der regionalen Märkte nach einem Urteil des OLG Düsseldorf dann aber offengelassen.⁶⁰ Das OLG Düsseldorf tendiert zu einer engeren räumlichen Markt- abgrenzung von maximal 20 km.⁶¹ Auch die Autorité de la Concurrence grenzt in räumlicher Hinsicht lokale Märkte ab und hat dabei Marktradien von 15 bis 20 Autominuten für mittelgroße Baumärkte (2'000 bis 3'000 m²), von bis zu 30 Autominuten für grössere Filialen und von 40 Autominuten bei Filialen über 5'000 m² angenommen.⁶² Die EU-Kommission geht in lokaler Hinsicht von einem Marktradius von 20 km aus, lässt die genaue räumliche Abgrenzung der regionalen

⁵¹ Vgl. u.a. RPW 2008/4, 601 Rz 80 ff., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 485 Rz 113 f., *Coop/Fust*.

⁵² Vgl. u.a. RPW 2008/4, 601 Rz 81, *Coop/Carrefour*; RPW 2012/4, 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*.

⁵³ Vgl. u.a. EU-Komm, COMP/M.7283 vom 11.8.2014, Rz 22, *Kingfisher/Mr. Bricolage*; EU-Komm, COMP/M.7677 vom 4.8.2015, Rz 22, *OBI/Baumax certain assets*.

⁵⁴ Vgl. RPW 2017/3, 496 Rz 12, *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG*; RPW 2015/1, 112 Rz 53 f., *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/2, 419 Rz 8, *Coop/Marché*; RPW 2009/1, 79 Rz 24, *Valora AG/cevanova AG*; RPW 2008/4, 605 Rz 103 ff., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 485 Rz 120 ff., *Coop/Fust*; RPW 2008/1, 156 Rz 236 ff., *Migros/Denner*; RPW 2003/3, 571 Rz 52 ff., *Coop/Waro*; RPW 2002/3, 511 Rz 32 ff., *Coop/EPA*.

⁵⁵ Vgl. RPW 2008/4, 606 Rz 106 f., 607 Rz 116, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 158 Rz 247, *Migros/Denner*.

⁵⁶ Je höher der Anschaffungswert eines Produktes, desto eher ist der Konsument bereit, einen längeren Anfahrtsweg auf sich zu nehmen. Vgl. RPW 2008/3, 485 Rz 121, *Coop/Fust*; RPW 2002/3, 512 Rz 35, *Coop/EPA*; RPW 1997/3, 369 Rz 25, *Migros/Globus*.

⁵⁷ Vgl. RPW 2008/3, 489 Rz 148, *Coop/Fust*.

⁵⁸ Vgl. RPW 2015/1, 112 Rz 54, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

⁵⁹ Vgl. BKartA, B9-125/07 vom 5.12.2007, Rz 53, *Globus/Distributa*; BKartA, B9-94/06 vom 10.1.2017, Rz 56, *Praktiker/Moor Park Real Estate Fund*; BKartA, B9-59/07 vom 30.8.2021, Rz 45, *Rewe/toom Baumarkt*.

⁶⁰ Vgl. BKartA, B2-51/16 vom 28.10.2018, Rz 331, *REWE/Coop*.

⁶¹ Vgl. OLG Düsseldorf, VI-Kart 1/08 vom 30.9.2009, Rz 59 ff.

⁶² Vgl. Autorité de la concurrence, n° 13-DCC-40 vom 27.3.2013, Rz 21 ff., *La Boîte à Outils et Mr. Bricolage*; Autorité de la concurrence, n° 10-DCC-01 vom 12.1.2010, Rz 20 ff., *Mr. Bricolage/Passerelle*.

Märkte jedoch offen.⁶³ Die CCPC geht von lokalen Märkten von 10 bis 15 Meilen, in grossen städtischen Gebieten von 4 bis 5 Meilen aus.⁶⁴ Ebenfalls lokale Märkte legt das OFT seiner Analyse zu Grunde.⁶⁵

65. Die Zusammenschlussparteien gehen ebenfalls von lokalen Märkten aus und wenden in ihrer Analyse einen Radius von 20 km an. Gleichzeitig führen sie jedoch aus – auch mit Verweis auf die Praxis der französischen Wettbewerbsbehörde (vgl. oben Rz 64) –, dass dieser Radius zu eng gezogen sei, weil Konsumentinnen und Konsumenten für ein Einkaufserlebnis durchaus bereit seien, auch längere Wegstrecken in Kauf zu nehmen. Sie führen dazu eine von Jumbo-Markt im November 2020 durchgeführte Marktbefragung an, welche zeige, dass eine bedeutende Anzahl von Kunden Wegstrecken von über 20 Fahrminuten in Kauf nehmen würden. Nach Ansicht des Sekretariats zeigen die Daten, welche in fünf Verkaufsstellen erhoben wurden, dass die grosse Mehrheit der befragten Konsumentinnen und Konsumenten Anfahrtswege von bis zu 30 Minuten aufweist. So wiesen in vier Verkaufsstellen 89 bis 91 % der befragten Konsumentinnen und Konsumenten Anfahrtswege von unter 20 Minuten auf. In einer Verkaufsstelle gaben 68 % der befragten Konsumentinnen und Konsumenten Anfahrtswege von unter 20 Minuten an. In allen fünf Verkaufsstellen wiesen 93 bis 99 % der befragten Konsumentinnen und Konsumenten Anfahrtswege von bis zu 30 Minuten auf.

66. In Anbetracht dessen, dass im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben grossflächige Bau- und Heimwerkermärkte (vgl. unten Rz 78 ff.) im Fokus stehen, die insbesondere auch Produkte mit hohem Anschaffungswert anbieten, sowie aufgrund der Praxis der WEKO und anderer Wettbewerbsbehörden wird von lokalen Märkten mit Marktradien von 20 km (rund 20 Fahrminuten) ausgegangen. Ausgehend von dieser engen räumlichen Marktabgrenzung wird die Analyse der lokalen Wettbewerbsverhältnisse sowohl mit Marktradien von 20 km wie auch von 30 km durchgeführt (vgl. unten Rz 90 ff. sowie Rz 127 ff.).

Nationaler Markt

67. Obwohl der relevante Markt aus Sicht der Nachfrager lokal ist, wird die wettbewerbsrechtliche Analyse im Detailhandel aus den folgenden Gründen in einem grösseren als nur dem lokalen Zusammenhang beurteilt: Es bestehen dichte und flächendeckende Vertriebsnetze in besiedelten Gebieten. Die für den Wettbewerb wichtigen Entscheide der Detailhändler (Preis- und Aktionspolitik etc.) werden zentral gefasst. Deshalb wirkt sich der nationale Wettbewerb auch auf der lokalen Ebene aus.⁶⁶

68. Vorliegend fassen [...] Bau- und Heimwerkermärkte die für den Wettbewerb wichtigen Entscheide zentral.⁶⁷ Die Preis- und Aktionspolitik von Jumbo-Markt [...]. [...] Jumbo-Markt legt [...] die Sortimentspolitik [...] fest. Coop Bau&Hobby verfolgt [...] Sortimentspolitik; [...]. [...] die Preise und Aktionen werden bei Coop Bau&Hobby [...] festgelegt. BAUHAUS verfolgt ebenso eine nationale Preispolitik ohne Unterscheidung nach Regionen oder Vertriebskanälen und kennt keine Aktionspolitik. In allen BAUHAUS-Verkaufsstellen wird das gleiche Grundsortiment angeboten. Bei Hornbach sind [...] Hornbach [...]. LANDI Schweiz betreibt eine natio-

nale Preispolitik ohne Unterschiede nach Regionen, Verkaufsstellenformaten oder Vertriebskanälen. LANDI Schweiz macht [...] keine Aktionen. Die Sortimentspolitik der Migros Do it + Garden wird auf nationaler Ebene festgelegt. Ebenfalls national ist die Preis- und Aktionspolitik von Migros Do it + Garden. [...] die Preis- und Aktionspolitik von OBI [...]. Bei den Sortimenten gibt [...] (vgl. unten Rz 78 ff.). Vor diesem Hintergrund wird die wettbewerbsrechtliche Analyse nachfolgend sowohl auf lokaler als auch nationaler Ebene durchgeführt.

Fazit

69. Die geographische Dimension des Absatzmarktes ist sowohl national als auch lokal. Es wird von Marktradien der lokalen Märkte um die Verkaufsstellen von 20 km (rund 20 Fahrminuten) ausgegangen.

B.4.1.3.2. Beschaffungsmärkte

70. In räumlicher Hinsicht weist der relevante Markt beschaffungsseitig gemäss der bisherigen Praxis der WEKO mindestens nationale Dimensionen auf, wobei der räumlich relevante Markt grösser sein kann als die Schweiz. Letzteres kann insbesondere bei Produkten, die nicht besonderen nationalen Konsumgewohnheiten unterliegen, sowie bei Produkten, bei denen die Normierung in der Schweiz nicht abweicht bzw. diese keine bedeutenden Markteintrittsschranken bewirkt, der Fall sein.⁶⁸

71. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien lassen sich die in Bau- und Heimwerkermärkten angebotenen Produkte grundsätzlich in die folgenden fünf Hauptkategorien zusammenfassen: Heimwerker/Elektro, Baubedarf/Inneneinrichtung, Gartenhartwaren, Freizeit/Sport/Deko sowie Garten/Pflanzen. Die Herstellung in den Produktkategorien Heimwerker/Elektro und Freizeit/Sport/Deko stamme zu [...] ca. [...] % aus Fernost, der in der Schweiz produzierte Anteil liege bei [...] % (Heimwerker/Elektro) bzw. [...] % (Freizeit/Sport/Deko) und aus Europa würden [...] % (Heimwerker/Elektro)

⁶³ Vgl. EU-Komm, COMP/M.7817 vom 2.12.2015, Rz 24 und 26, *OBI/Baumax Standort Steyr*; EU-Komm, COMP/M.7677 vom 4.8.2015, Rz 14 und 16, *OBI/Baumax certain assets*.

⁶⁴ Vgl. CCPC, M/04/051 vom 17.2.2005, 3.16 f., *Grafton Group/Heiton Group*.

⁶⁵ Vgl. OFT, ME/3427/07 vom 15.4.2008, Rz 58 f., *Home Retail Group/Focus (DIY)*.

⁶⁶ Vgl. RPW 2008/4, 606 Rz 110, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 489 Rz 147, *Coop/Fust*; RPW 2008/1, 158 Rz 244, *Migros/Denner*; RPW 2003/3, 572 Rz 56, *Coop/Waro*.

⁶⁷ Sechs der sieben befragten Konkurrenten, welche den Fragebogen beantworteten, geben an, dass der Wettbewerbsparameter «Preis» im Schweizer Markt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarktes und Gartenbedarfs unverzichtbar ist. Drei der sieben befragten Konkurrenten geben an, dass der Wettbewerbsparameter «Aktionen» wichtig ist. Zwei Konkurrenten bezeichnen diesen als vernachlässigbar und ein Konkurrent als nicht wichtig. Vier der sieben befragten Konkurrenten geben an, dass der Wettbewerbsparameter «Sortiment» unverzichtbar ist, und zwei bezeichnen diesen als wichtig. Ein Konkurrent hat diese Frage nicht beantwortet. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: unverzichtbar, wichtig, weniger wichtig, vernachlässigbar.

⁶⁸ Vgl. u.a. RPW 2008/4, 607 Rz 117, 609 Rz 129, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 489 Rz 149, *Coop/Fust*; RPW 2012/4, 852 Rz 68, *Migros/Galaxus*.

bzw. [...] % (Freizeit/Sport/Deko) stammen. In den Kategorien Baubedarf/Inneneinrichtung sowie Garten/Pflanzen sei der in der Schweiz produzierte Anteil mit [...] % (Baubedarf/Inneneinrichtung) bzw. [...] % (Garten/Pflanzen) [...] anzusetzen; der europäische Anteil liege bei [...] % (Baubedarf/Inneneinrichtung) bzw. [...] % (Garten/Pflanzen).

72. Von den 31 befragten Lieferanten gaben 22 Unternehmen an, schweizweit zu liefern, vier Unternehmen liefern europaweit und weitere fünf Unternehmen weltweit.

73. Aufgrund von nationalen Besonderheiten ist die EU-Kommission in ihrer bisherigen Praxis hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung für beschaffungsseitige Märkte nach Produktgruppen für den Baumarkt- und Gartenbedarf von (mindestens) nationalen Märkten ausgegangen, sie liess eine genaue räumliche Abgrenzung aber letztlich offen.⁶⁹

Fazit

74. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO sind die **sachlich nach Produktgruppen für den Baumarkt- und Gartenbedarf abzugrenzenden Beschaffungsmärkte** in räumlicher Hinsicht **mindestens schweizweit abzugrenzen** (vgl. oben Rz 70). Eine abschliessende räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

76. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass diesbezüglich nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist. So folgert die bisherige schweizerische Praxis und Lehre im Gegensatz zur Praxis in der EU aus einem hohen Marktanteil nicht per se auf eine marktbeherrschende Stellung.⁷⁰ Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.⁷¹ Das Bundesverwaltungsgericht geht bei Marktanteilen ab 50 % sogar von einer Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung aus.⁷²

B.4.2.1 Absatzmärkte

77. Bevor nachfolgend die vom Zusammenschluss betroffenen Absatzmärkte in Übersicht dargestellt (vgl. unten Rz 85 ff.) und einer Analyse unterzogen werden (vgl. unten Rz 94 ff.), sollen im Folgenden kurz die im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs tätigen Unternehmen, die Bau- und Heimwerkermärkte (mit Vollsortiment; vgl. dazu oben Rz 35), beschrieben werden.

B.4.2.1.1 Marktteilnehmer

78. Zu **Jumbo-Markt** ist auf Rz 3 und Rz 28 zu verweisen. Jumbo-Markt unterscheidet bei seinen Verkaufsstellen zwischen Maximo-Filialen, Jumbo- bzw. Jumbo Plus-Filialen und Compact-Filialen. Maximo-Filialen verfügen über eine Ladenfläche zwischen [...] bis 8'000 m² und bieten ein Sortiment im Umfang von 65'000 Artikeln an ([...] Verkaufsstellen). Jumbo Plus- bzw. Jumbo-Filialen verfügen über eine Ladenfläche von [...] m², [...] ([...] bzw. [...] Verkaufsstellen). Jumbo Plus- bzw. Jumbo-Filialen bieten durchschnittlich [...] Artikel an.⁷³ Compact-Filialen verzichten auf Ausstellungsfläche und verfügen über eine Ladenfläche von bis zu [...] m² ([...] Verkaufsstellen). Sie richten sich mit einer tieferen Sortimentsdichte an ein städtisches Publikum und bieten zwischen [...] Artikel an. Die Sortimentspolitik wird von Jumbo-Markt [...] festgelegt. Gemäss Zusammenschlussparteien werden [...] Produkte aus allen relevanten Produktgruppen (vgl. oben Rz 37) angeboten; [...]. Die Verkaufsstellen von Jumbo-Markt können somit, unabhängig vom Verkaufsstellenformat, als Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment bezeichnet werden. [...] ist die Preis- und Aktionspolitik von Jumbo-Markt. [...]. [...] Jumbo-Markt betreibt zudem einen Online-Shop, in welchem die gleichen Produkte⁷⁴ zu den gleichen Preisen wie in den stationären Verkaufsstellen verkauft werden.

79. Zur Coop-Gruppe mit **Coop Bau&Hobby** ist auf Rz 2 und Rz 27 zu verweisen. Die Coop-Gruppe gliedert und vermarktet die Verkaufsstellen von Coop Bau&Hobby nicht in verschiedenen Verkaufsstellenformaten. Die Coop Bau&Hobby-Verkaufsstellen können jedoch (analog zu den Verkaufsstellenformaten von Jumbo-Markt; vgl. oben Rz 78) in drei Gruppen gegliedert werden: [...] Verkaufsstellen mit einer Ladenfläche zwischen [...] m² und einem Sortiment von [...] Artikeln, [...] Verkaufsstellen mit einer Ladenfläche zwischen [...] m² und einem Sortiment von [...] Artikeln sowie [...] Verkaufsstellen mit einer Ladenfläche [...] m² und einem Sortiment von [...] Artikeln. Coop Bau&Hobby verfolgt eine [...] Sortimentspolitik; [...]. [...] Gemäss Coop werden [...] Produkte aus allen relevanten Produktgruppen (vgl. oben Rz 37) angeboten. Die Verkaufsstellen von Coop Bau&Hobby können somit, unabhängig von ihrer Grösse, als Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment bezeichnet

⁶⁹ Vgl. u.a. EU-Komm, COMP/M.7283 vom 11.8.2014, Rz 23, *Kingfisher/Mr. Bricolage*; EU-Komm, COMP/M.7677 vom 4.8.2015, Rz 22, *OBI/Baumax certain assets*.

⁷⁰ BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷¹ 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 Buccirosi Paolo, 2008 (zit. NEVEN, *Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control*), S. 205.

⁷² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁷³ Jumbo Plus-Filialen unterscheiden sich zudem in der Ladenfläche (Jumbo-Plus-Filialen verfügen in der Regel über eine Ladenfläche von [...] m²) und sind mit einem Glashaus für den Gartenbereich ausgestattet.

⁷⁴ Ausnahmen sind Pflanzen, Gefahrgut und [...].

werden. [...] die Preise und Aktionen werden bei Coop Bau&Hobby [...] festgelegt. Coop Bau&Hobby betreibt ebenfalls einen Online-Shop, wobei die Preise und die Sortimente⁷⁵ online und offline identisch sind.

80. **BAUHAUS** ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Interbauhaus AG mit Sitz in Belp, welche wiederum eine Tochtergesellschaft der BAUHAUS Investments S.A. Luxembourg ist. Die BAUHAUS-Gruppe ist mit mehr als 270 Fachcentren in 19 europäischen Ländern vertreten. In der Schweiz ist BAUHAUS seit 2006 präsent und betreibt fünf Verkaufsstellen.⁷⁶ Diese verfügen über Verkaufsflächen zwischen 10'700 m² und 15'700 m² und bieten zwischen 65'000 und 80'000 verschiedene Produkte an (stationäres Sortiment). Zusätzlich können Kunden vor Ort Produkte bestellen (bestellbares Sortiment), womit das Sortiment insgesamt aus über 120'000 Produkten besteht. BAUHAUS bietet Produkte aus allen relevanten Produktgruppen (vgl. oben Rz 37) an. Da BAUHAUS in der Schweiz nur ein Verkaufsstellenformat betreibt, wird in allen Verkaufsstellen das gesamte Grundsortiment angeboten, welches nur in der Tiefe je nach Grösse der Verkaufsfläche variiert. Die Verkaufsstellen von BAUHAUS können somit als Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment bezeichnet werden. BAUHAUS verfolgt eine nationale Preispolitik ohne Unterscheidung nach Regionen oder Vertriebskanälen (online, offline) und kennt keine Aktionspolitik. BAUHAUS betreibt zudem einen Online-Shop, in welchem ein [...] Teil des Sortiments ([...] %) verfügbar ist.⁷⁷

81. Die Hornbach-Gruppe betreibt insgesamt 164 Bau- und Fachmärkte in neun verschiedenen europäischen Ländern. Seit 2002 betreibt die Tochtergesellschaft der Hornbach International GmbH, **Hornbach**, sieben Verkaufsstellen in der Schweiz.⁷⁸ [...] Verkaufsstellen entsprechen [...] und bieten [...] an. Das Sortiment von Hornbach besteht [...]. Die Verkaufsstellen von Hornbach können somit als Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment bezeichnet werden. Hornbach betreibt einen Online-Shop, in welchem [...] erhältlich sind. Die Preise sind [...].

82. **LANDI Schweiz** ist eine Tochtergesellschaft der fenaco Genossenschaft⁷⁹. Die fenaco Genossenschaft bildet zusammen mit ihren Tochtergesellschaften und den Mitglied-Genossenschaften LANDI die fenaco-LANDI Gruppe. LANDI Schweiz beliefert sämtliche LANDI Läden in der Schweiz und verantwortet den Einkauf, die Logistik, den Produkteservice sowie das nationale Marketing für die Detailhandelsmarke LANDI. In der Schweiz gibt es [...] LANDI Läden (Stand: 31. Dezember 2020). Die LANDI Läden sind in sechs verschiedene Verkaufsstellenformate kategorisiert. Die LANDI Läden mit Format «XL» ([...] Verkaufsstellen) verfügen über eine Verkaufsfläche von mehr als 2'000 m² und bieten ein Sortiment im Umfang von durchschnittlich [...] Artikeln an. Die LANDI Läden mit Format «L» ([...] Verkaufsstellen) führen durchschnittlich [...] Artikel auf einer Verkaufsfläche von 1500–1'999 m². In den LANDI Läden mit Format «M» ([...] Verkaufsstellen) werden durchschnittlich [...] Artikel auf einer Verkaufsfläche von 1'000–1'499 m² angeboten. In den LANDI Läden mit Format «S» (800–999 m², [...] Verkaufsstellen) und Format «XS» (600–799 m², [...] Verkaufsstellen) besteht das Sortiment aus durchschnittlich [...] Artikeln. [...]

LANDI Läden verfügen über eine Verkaufsfläche von weniger als 600 m² und gehören zu der Kategorie «Depot» oder «Depot Mischform». Diese bieten durchschnittlich [...] Artikel an. Das Sortiment der LANDI Läden ist national einheitlich, wobei je nach Region auch zusätzliche lokale Produkte zu finden sind. Die Sortimentsbreite ist bei den grösseren Verkaufsstellenformaten entsprechend grösser. Die LANDI Läden bieten in jedem Verkaufsstellenformat Produkte aus praktisch allen relevanten Produktgruppen an (vgl. oben Rz 37)⁸⁰. Gemäss Angaben von LANDI Schweiz konkurrenzieren alle Verkaufsstellenformate der LANDI Läden sowohl die Verkaufsstellen von Coop Bau&Hobby als auch alle Verkaufsstellenformate von Jumbo-Markt völlig.⁸¹ Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien konkurrenzieren die LANDI Läden mit Format «XS» und «S» nur wenig mit Coop Bau&Hobby-Verkaufsstellen und Maximo- sowie Jumbo-/Jumbo Plus-Filialen von Jumbo-Markt. Auch die LANDI Läden mit Format «Depot» würden nur wenig mit Coop Bau&Hobby-Verkaufsstellen und Maximo-Filialen von Jumbo-Markt konkurrenzieren. Die LANDI Läden mit Format «M» würden gemäss Zusammenschlussparteien wenig mit Maximo-Filialen von Jumbo-Markt konkurrenzieren. Die LANDI Läden werden in der nachfolgenden Analyse als Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment betrachtet; die unterschiedlichen Verkaufsstellenformate der LANDI Läden aber in der nachfolgenden Analyse der lokalen Absatzmärkte (vgl. unten Rz 127 ff.) berücksichtigt. [...] von den insgesamt [...] LANDI Läden sind für den Online-Verkaufskanal «Click&Collect/Reserve» aufgeschaltet. Dem Online-Kunde wird entsprechend ein nationales Sortiment im Umfang von [...] Artikeln zum Abholen angeboten. Zusätzlich kann im Online-Shop ein Sortiment von [...] Artikeln für die Heimlieferung bestellt werden. LANDI Schweiz betreibt eine nationale Preispolitik ohne Unterschiede nach Regionen, Verkaufsstellenformaten oder Vertriebskanälen (offline, online). LANDI Schweiz macht keine Aktionen, sondern verfolgt eine Dauerpreisstrategie.

⁷⁵ Ausnahmen sind Pflanzen, Getränke und Snacks, Gefahrgut und Raucherware. Zudem bietet Coop Bau&Hobby online [...].

⁷⁶ Vgl. auch <<https://www.bauhaus.ch/de/content/ueber-bauhaus/unternehmen.html>> [16. Juli 2021].

⁷⁷ Gewisse Produkte wie Unikatprodukte, Produkte, bei welchem der Logistikkanteil höher als der Produktkostenanteil ist, verschiedene Markenprodukte, fragile Produkte, tiefmargige Produkte sowie gewisse saisonale Produkte bietet BAUHAUS nicht oder nur begrenzt im Online-Shop an.

⁷⁸ Vgl. auch <https://www.hornbach-holding.de/de/about_hornbach/zahlen_fakten/unsere_standorte/first_article_15.html>; <https://www.hornbach-holding.de/de/about_hornbach/zahlen_fakten/umsatzentwicklung/first_article_13.html> [16. Juli 2021].

⁷⁹ Gemeinsam mit ihren Mitgliedern, den LANDI, bildet die fenaco eine Unternehmensgruppe und bietet den Bauern Produktionsmittel an. Sie übernimmt, vermarktet und veredelt landwirtschaftliche Erzeugnisse zu Lebensmitteln und Getränken. Sie beliefert unter anderem die eigenen Verkaufskanäle LANDI, Volg, TopShop und freie Detaillisten mit diesen Erzeugnissen. Vgl. <<https://www.fenaco.com/de/portrait-de-fenaco>> [16. Juli 2021].

⁸⁰ Eine Ausnahme besteht für die Kategorie «Automotive», die nur in den Formaten «M», «L» und «XL» angeboten wird.

⁸¹ Die Konkurrenten wurden in der Befragung darum gebeten, anzugeben, inwiefern ihre Verkaufsstellenformate mit den Verkaufsstellen von Coop Bau&Hobby und mit den Verkaufsstellenformaten von Jumbo-Markt konkurrenzieren. Auswahlmöglichkeiten bei dieser Frage waren: überhaupt nicht, wenig, für die meisten Produkte, völlig.

83. Auch die Migros-Gruppe betreibt mit **Migros Do it + Garden** ein Fachformat im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf und verfügt im Jahr 2020 über 40 Verkaufsstellen in der Schweiz. Die Verkaufsstellen von Migros Do it + Garden können in drei Gruppen eingeteilt werden: Verkaufsstellen mit einer Ladenfläche von über 1'500 m² und ca. 20'700 Artikeln (Mini), Verkaufsstellen mit einer Ladenfläche von über 2'500 m² und ca. 24'200 Artikeln (Midi) und Verkaufsstellen mit einer Ladenfläche von über 3'500 m² und ca. 31'750 Artikeln (Maxi). 589 Migros-Filialen führen zudem ein eingeschränktes Baumarkt- und/oder Gartensortiment. Die Maxi- und Midi-Filialen bieten Produkte aus praktisch allen relevanten Produktgruppen (vgl. oben Rz 37) an.⁸² Bei den Mini-Filialen werden folgende relevanten Produktgruppen (vgl. oben Rz 37) angeboten: Werkzeuge/Maschinen, Wand/Boden, Sanitär/Heizung/Installation, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Holz, Möbel, Automotive, Elektro, Wohnen/Deko und Saisonartikel/Merchandising. Die Verkaufsstellen von Migros Do it + Garden können somit, unabhängig vom ihrer Grösse, als Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment bezeichnet werden. Die Sortimentspolitik von Migros Do it + Garden ist auf nationaler Ebene festgelegt, mit gewissen Anpassungen je nach Verkaufsstellenformat. So haben grossflächige Formate tiefere Sortimente als kleine Formate. Ebenfalls national ist die Preis- und Aktionspolitik von Migros Do it + Garden.⁸³ Migros Do it + Garden verkauft ihr Sortiment [...] sowie zu gleichen Preisen auch in ihrem Online-Shop und bietet im Online-Shop zusätzlich stationär nicht erhältliche Sortimentserweiterungen an.

84. Die elf **OBI-Märkte** in der Schweiz werden von verschiedenen Genossenschaften der Migros-Gruppe als Franchisenehmerinnen betrieben. Franchisegeberin ist die OBI Systemzentrale.⁸⁴ Die Franchisenehmerinnen bestimmen die Verkaufspreise und Aktionen. Die übergeordnete Sortimentsstrategie wird von der OBI Systemzentrale vorgegeben. Die beiden Organisationen OBI-Märkte und Migros Do it + Garden arbeiten gemäss Angaben von Migros vollständig unabhängig, insbesondere finde keine Abstimmung in den Bereichen Sortiment, Werbung und Preise statt. Die OBI-Märkte in der Schweiz unterteilen sich in drei Formate, nämlich das «Large»-Format mit einer Verkaufsfläche von ca. [...] m² und einem Sortiment im Umfang von ca. [...] Artikeln, das «Medium»-Format mit einer Verkaufsfläche von ca. [...] m² und ca. [...] Artikeln im Sortiment sowie das «Small»-Format mit einer Verkaufsfläche von ca. [...] m² und einem Sortiment von ca. [...] Artikeln. In allen Verkaufsstellenformaten werden die gleichen Produktkategorien angeboten und es gibt [...]. Kleinere Formate weisen einzig eine geringere Sortimentstiefe und -breite auf. Alle Verkaufsformate verfügen über ein Produktangebot aus sämtlichen relevanten Produktgruppen (vgl. oben Rz 37). Die Verkaufsstellen von OBI können somit, unabhängig vom Verkaufsstellenformat, als Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment bezeichnet werden. Die Preis- und Aktionspolitik von OBI [...]. OBI verfügt zwar über einen Web-Shop, derzeit können bestellte Produkte jedoch nur online reserviert und in der Filiale abgeholt werden.

B.4.2.1.2. Betroffene Absatzmärkte

85. In der Folge werden die vom Zusammenschluss betroffenen Absatzmärkte sowohl auf nationaler Ebene (vgl. unten Rz 86 ff.) als auch auf regionaler Ebene (vgl. unten Rz 90 ff.) in Übersicht dargestellt.

Nationale Ebene

86. Nachfolgende Tabelle 3 zeigt die Marktanteile von Coop Bau&Hobby bzw. der Coop-Gruppe und Jumbo-Markt sowie deren Konkurrenten im **Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs** im Jahr 2020 auf nationaler Ebene. Die Marktanteile werden einerseits in Spalte 2 der Tabelle 3 bei einer engen sachlichen Marktabgrenzung, bei welcher einzig Bau- und Heimwerkermärkte bzw. Wettbewerber mit Vollsortiment (vgl. dazu oben Rz 35 und Rz 78 ff.) als dem relevanten Markt zugehörig betrachtet werden, ausgewiesen. Andererseits werden in Spalte 3 der Tabelle 3 die Marktanteile bei einer weiten sachlichen Marktabgrenzung, bei welcher auch der Fach- und Spezialhandel als dem relevanten Markt zugehörig betrachtet wird («weitere Wettbewerber» in Tabelle 3; vgl. oben Rz 38 ff.), angegeben.

⁸² Ausnahme sind die Produktgruppen Haushaltswaren/Hausrat (für Maxi und Mid) sowie Heimtextilien (für Midi).

⁸³ Das gilt bis auf regional gelistete Artikel wie beispielsweise regional eingekaufte Pflanzen, was jedoch vernachlässigbar ist.

⁸⁴ Die OBI Systemzentrale ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der OBI GmbH mit Sitz in Deutschland und gehört zum Konzern der OBI Group Holding SE & Co. KGaA. Zur OBI-Gruppe gehören neben der OBI Systemzentrale zahlreiche Unternehmen, die vornehmlich in Europa unter der Marke «OBI» Bau- und Heimwerkermärkte betreiben. In der Schweiz ist die OBI Systemzentrale ausschliesslich als Franchisegeberin für Genossenschaften der Migros-Gruppe tätig.

Tabelle 3: Marktanteile im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs, 2020, nationale Ebene.

Marktteilnehmer	Marktanteile im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mit ...	
	Bau- & Heimwerkermärkten	Bau- & Heimwerkermärkten sowie Fachhandel
Coop Bau&Hobby/Coop-Gruppe ¹	[20–30] %	[10–20] %
Jumbo-Markt	[10–20] %	[0–10] %
<i>Kumuliert</i>	<i>[30–40] %</i>	<i>[20–30] %</i>
BAUHAUS	[0–10] %	[0–10] %
Hornbach	[0–10] %	[0–10] %
LANDI Läden	[30–40] %	[0–10] %
Migros Do it + Garden	[0–10] %	[0–10] %
OBI	[0–10] %	[0–10] %
weitere Wettbewerber ²	-	[50–60] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien basierend auf Baumarktmonitor bzw. Area Reports und CCM-Monitors von GfK.

Hinweise:

¹ Bei der Marktanteilsberechnung für den Absatzmarkt mit Fachhandel (vgl. Spalte 3) wird der Umsatz der gesamten Coop-Gruppe mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mitberücksichtigt. Neben den Umsätzen von Coop Bau&Hobby werden somit auch die Umsätze der Coop Retail-Filialen, der Coop City-Filialen sowie der Coop Fachformate mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mitberücksichtigt. Bei Letzteren handelt es sich um Interdiscount, Microspot, Livique, Lumimart, Fust und die RS Vertriebs AG (d.h. Nettoshop.ch sowie Schubiger).

² Unter «weitere Wettbewerber» sind Fach- und Spezialhändler, Gartencenter, Internethändler mit Angebot im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf (mit Domain .ch) und kleinere Bauhandwerkermärkte zusammengefasst (vgl. unten Rz 104 ff.). Die Ausweisung einzelner Marktanteile ist basierend auf der Datenquelle nicht möglich.

87. Wie Tabelle 3 zu entnehmen ist, ist der Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene sowohl bei einer engen als auch bei einer weiten sachlichen Marktabgrenzung unter Berücksichtigung des Fach- und Spezialhandels ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

88. Wie bereits ausgeführt (vgl. oben Rz 37), wird der Vollständigkeit halber auch eine sachliche Abgrenzung

der Absatzmärkte nach Produktgruppen in Betracht gezogen. Nachfolgende Tabelle 4 zeigt die Marktanteile der Coop-Gruppe und von Jumbo-Markt sowie deren Konkurrenten in den **hypothetischen, nach Produktgruppen des Baumarkt- und Gartenbedarfs abgegrenzten Absatzmärkten** im Jahr 2020 auf nationaler Ebene.

Tabelle 4: Marktanteile in den hypothetischen Absatzmärkten nach Produktgruppen des Baumarkt- und Gartenbedarfs, 2020, nationale Ebene.

Hypothetische Absatzmärkte nach Produktgruppen des Baumarkt- und Gartenbedarfs	Marktteilnehmer ¹				
	Coop-Gruppe ²	Jumbo-Markt	Kumuliert	andere Bau- & Heimwerkermärkte ³	weitere Wettbewerber ⁴
Garten	[10–20] %	[0–10] %	[20–30] %	[30–40] %	[40–50] %
Werkzeuge/Maschinen	[10–20] %	[0–10] %	[20–30] %	[20–30] %	[50–60] %
Wand/Boden	[10–20] %	[10–20] %	[30–40] %	[40–50] %	[10–20] %
Bauelemente/-chemie/-material	[10–20] %	[0–10] %	[10–20] %	[50–60] %	[20–30] %
Sanitär/Heizung/Installation	[10–20] %	[0–10] %	[10–20] %	[30–40] %	[40–50] %
Eisenwaren/Sicherungstechnik	[10–20] %	[10–20] %	[30–40] %	[30–40] %	[20–30] %
Beleuchtung	[10–20] %	[0–10] %	[20–30] %	[10–20] %	[50–60] %
Holz	[20–30] %	[10–20] %	[30–40] %	[30–40] %	[20–30] %
Möbel	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[10–20] %	[60–70] %
Automotive	[20–30] %	[20–30] %	[40–50] %	[30–40] %	[20–30] %
Haushaltswaren/Hausrat	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[90–100] %
Elektro	[20–30] %	[0–10] %	[20–30] %	[0–10] %	[70–80] %
Wohnen/Deko	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[70–80] %
Saisonartikel/Merchandising	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[10–20] %	[70–80] %
Heimtextilien	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[90–100] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien basierend auf Area Reports und CCM-Monitors von GfK.

Hinweise:

¹ Die kumulierten Marktanteile entsprechen aufgrund von Rundungsdifferenzen teilweise nicht der Summe der Marktanteile der Zusammenschlussparteien. Die Summe aller Marktanteile entspricht aufgrund von Rundungsdifferenzen teilweise nicht 100 %.

² Bei der Marktanteilsberechnung für den Absatzmarkt mit Fachhandel (vgl. Spalte 3) wird der Umsatz der gesamten Coop-Gruppe mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mitberücksichtigt. Neben den Umsätzen von Coop Bau&Hobby werden somit auch die Umsätze der Coop Retail-Filialen, der Coop City-Filialen sowie der Coop Fachformate mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mitberücksichtigt. Bei Letzteren handelt es sich um Interdiscount, Microspot, Livique, Lumimart, Fust und die RS Vertriebs AG (d.h. Nettoshop.ch sowie Schubiger).

³ Dies sind BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden und OBI (vgl. dazu oben Rz 35 und Rz 78 ff.). Die Ausweisung einzelner Marktanteile ist basierend auf der Datenquelle nicht möglich.

⁴ Unter «weitere Wettbewerber» sind Fach- und Spezialhändler, Gartencenter, Internethändler mit Angebot im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf (mit Domain .ch) und kleinere Bauhandwerkermärkte zusammengefasst (vgl. unten Rz 104 ff.). Die Ausweisung einzelner Marktanteile ist basierend auf der Datenquelle nicht möglich.

89. Wie Tabelle 4 zu entnehmen ist, sind bei einer sachlichen Abgrenzung nach Produktgruppen des Baumarkt- und Gartenbedarfs folgende hypothetischen Absatzmärkte auf nationaler Ebene im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen: Garten, Werkzeuge/Maschinen,

Wand/Boden, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Beleuchtung, Holz, Automotive und Elektro. Ebenfalls betroffen ist der hypothetische Absatzmarkt für Bauelemente/-chemie/-material, wobei dieser nur sehr knapp (durch

Aufrunden) betroffen ist.⁸⁵ Aus Gründen der Verhältnismässigkeit und mangels Einfluss auf das Ergebnis der vorläufigen Prüfung wird nachfolgend auf eine Analyse dieses hypothetischen Absatzmarktes verzichtet.

Lokale Ebene

90. Zur Beurteilung der lokalen Wettbewerbsverhältnisse ist gemäss bisheriger Praxis der WEKO um jede Verkaufsstelle der Zusammenschlussparteien ein Marktkreis zu ziehen.⁸⁶ Wie bereits ausgeführt (vgl. oben Rz 66), wird vorliegend von lokalen Absatzmärkten mit Marktradien von 20 km (rund 20 Fahrminuten) ausgegangen.

91. Entsprechende Daten über Marktvolumen und Marktanteile in den lokalen Märkten sind gemäss Zusammenschlussparteien nicht verfügbar. Mangels Marktanteilsdaten zur Bestimmung der im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffenen lokalen Absatzmärkten wurde vorliegend eine alternative Vorgehensweise gewählt, um möglicherweise wettbewerbsrechtlich proble-

matische lokale Absatzmärkte zu bestimmen, welche einer eingehenderen Analyse zu unterziehen sind. In einem ersten Schritt wurden lokale Absatzmärkte mit Marktradien von 20 km (rund 20 Fahrminuten) identifiziert, in welchen sowohl Coop Bau&Hobby als auch Jumbo-Markt mit Verkaufsstellen aktiv sind und somit Marktanteilsadditionen entstehen.⁸⁷ Dies sind bei insgesamt 124 Verkaufsstellen von Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt (vgl. oben Rz 27 f.) 113 lokale Absatzmärkte (vgl. unten Tabelle 5). In einem zweiten Schritt wurde in jedem dieser 113 lokalen Absatzmärkte die Anzahl Konkurrenten von Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt eruiert, wobei als Konkurrenten Bau- und Heimwerkermärkte bzw. Wettbewerber mit Vollsortiment (vgl. dazu oben Rz 35 und Rz 78 ff.)⁸⁸, unabhängig von ihrer Anzahl Verkaufsstellen im jeweiligen lokalen Absatzmarkt⁸⁹, betrachtet werden. Nachfolgende Tabelle 5 gibt Aufschluss darüber, in wie vielen lokalen Absatzmärkten wie viele Konkurrenten von Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt tätig sind.

Tabelle 5: Wettbewerbssituation auf lokalen Absatzmärkten, in welchen Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt aktiv sind.

Anzahl Konkurrenten ¹	Anzahl Absatzmärkte
5	9
4	23
3	47
2	26
1	7
0	1
Total	113

Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend auf Angaben der Zusammenschlussparteien.

Hinweise:

¹ Bau- und Heimwerkermärkte bzw. Wettbewerber mit Vollsortiment (vgl. dazu oben Rz 35 und Rz 78 ff.), unabhängig von ihrer Anzahl Verkaufsstellen (vgl. Fn 89), d.h. BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden sowie OBI. Nicht mitberücksichtigt wurden die Verkaufsstellen der Bau- und Heimwerkermärkte im grenznahen Ausland, auch wenn diese innerhalb des 20 km-Radius liegen. Diese werden in der nachfolgenden Analyse miteinbezogen (vgl. oben Rz 54 sowie unten Rz 127 ff.).

92. Lokale Absatzmärkte, in welchen sowohl Coop Bau&Hobby als auch Jumbo-Markt tätig sind und weniger als drei ihrer Konkurrenten über Verkaufsstellen verfügen, werden nachfolgend einer detaillierten wettbewerbsrechtlichen Analyse unterzogen (vgl. unten Rz 127 ff.). Dies sind insgesamt 34 lokale Märkte (vgl. Tabelle 5).

⁸⁵ In den beiden Jahren 2019 und 2018 wiesen die Zusammenschlussparteien kumulierte Marktanteile von [10–20] % (Coop-Gruppe: [10–20] %, Jumbo-Markt: [0–10] %) bzw. [10–20] % (Coop-Gruppe: [10–20] %, Jumbo-Markt: [0–10] %) aus.

⁸⁶ Vgl. RPW 2008/4, 617 Rz 185, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 496 Rz 191, *Coop/Fust*; RPW 2008/1, 173 Rz 262, *Migros/Denner*; RPW 2003/3, 579 Rz 75, *Coop/Waro*; RPW 2002/3, 517 Rz 51, *Coop/EPA*.

⁸⁷ Auf eine Analyse von lokalen Absatzmärkten, in welchen einzig Coop Bau&Hobby oder einzig Jumbo-Markt tätig ist und es somit zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, wurde verzichtet, da sich die Wettbewerbsverhältnisse in diesen Absatzmärkten durch den Zusammenschluss nicht verändern.

⁸⁸ Dies sind BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden sowie OBI.

⁸⁹ Verfügt ein Bau- und Heimwerkermarkt bspw. über vier Verkaufsstellen in einem lokalen Absatzmarkt, so wird dieser als ein Konkurrent von Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt gezählt.

93. In den übrigen 79 lokalen Absatzmärkten ist aus den folgenden Gründen mit keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu rechnen. In diesen lokalen Absatzmärkten stehen den Konsumentinnen und Konsumenten neben Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt mindestens drei alternative Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment zur Auswahl. Zudem entsteht Wettbewerbsdruck durch den Fach- und Spezialhandel sowie den Online-Handel. Weiter wirkt sich der nationale Wettbewerb auch auf lokaler Ebene aus, da [...] Bau- und Heimwerkermärkte die für den Wettbewerb wichtigen Entscheide (Preis-, Aktions- und Sortimentspolitik) zentral entscheiden. Ferner scheint eine Ausweitung des Marktradius auf 30 km, insbesondere bei grossflächigen Verkaufsstellen, durchaus gerechtfertigt, womit die Konsumentinnen und Konsumenten zusätzliche Alternativen zur Auswahl haben. In grenznahen lokalen Absatzmärkten haben diese mitunter auch ausländische Anbieter innerhalb eines 20 oder 30 km-Radius zur Verfügung (vgl. zu diesen Argumenten im Detail Rz 127 ff.). Schliesslich [...].

B.4.2.1.3. Analyse der Wettbewerbssituation auf nationaler Ebene

94. Nachfolgend werden der aktuelle und potenzielle Wettbewerb auf den betroffenen Absatzmärkten auf nationaler Ebene (vgl. oben Rz 86 ff.) untersucht.

I. Aktueller Wettbewerb nationale Ebene

Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs

95. Wie oben aufgezeigt (vgl. oben Rz 86 f.), ist der Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene sowohl bei einer engen als auch bei einer weiten sachlichen Marktabgrenzung unter Berücksichtigung des Fach- und

Spezialhandels ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

96. Ausgehend von einer *engen sachlichen Marktabgrenzung*, bei welcher einzig *Bau- und Heimwerkermärkte bzw. Wettbewerber mit Vollsortiment* als dem relevanten Markt zugehörig betrachtet werden, nicht aber der Fach- und Spezialhandel, ist ersichtlich, dass durch vorliegenden Zusammenschluss die momentane Nummer 2 die Nummer 3 im Markt übernimmt und eine neuer Marktführer entsteht. Durch den Zusammenschluss erreichen Coop Bau&Hobby ([20–30] %) und Jumbo-Markt ([10–20] %) einen kumulierten Marktanteil von [30–40] % (vgl. Tabelle 3, Spalte 2 oder Tabelle 6). Die LANDI Läden wiesen im Jahr 2020 einen Marktanteil von [30–40] % auf. Es folgt Hornbach mit einem Marktanteil von [0–10] %. BAUHAUS, Migros Do it + Garden sowie OBI verfügen über Marktanteile von [0–10] %, [0–10] % bzw. [0–10] %. Hierbei handelt es sich um fünf etablierte und bekannte, teilweise international tätige Unternehmen (vgl. oben Rz 78 ff.). Diese Marktteilnehmer vereinen insgesamt einen Marktanteil von [60–70] % auf sich, womit diese auf nationaler Ebene einen spürbaren Wettbewerbsdruck auf Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt auszuüben vermögen.

97. Nachfolgende Tabelle 6 zeigt die Entwicklung der Marktanteile von Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt sowie deren Konkurrenten im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs in den letzten drei Jahren auf nationaler Ebene, wenn der sachlich relevante Markt eng abgegrenzt wird. Tabelle 6 ist zu entnehmen, dass es in den letzten drei Jahren kaum Marktanteilsänderungen gegeben hat und die Marktverhältnisse stabil waren.

Tabelle 6: Marktanteilsentwicklung im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs *mit Bau- & Heimwerkermärkten*, 2018–2020, nationale Ebene.

Marktteilnehmer	Marktanteile im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mit Bau- & Heimwerkermärkten		
	2018	2019	2020
Coop Bau&Hobby	[20–30] %	[20–30] %	[20–30] %
Jumbo-Markt	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
<i>Kumuliert</i>	<i>[30–40] %</i>	<i>[30–40] %</i>	<i>[30–40] %</i>
BAUHAUS	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Hornbach	[10–20] %	[10–20] %	[0–10] %
LANDI Läden	[30–40] %	[30–40] %	[30–40] %
Migros Do it + Garden	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
OBI	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien basierend auf Baumarktmonitor von GfK.

98. Wie bereits ausgeführt (vgl. oben Rz 38 ff.), wird der Fach- und Spezialhandel in der vorliegenden wettbe-

werbsrechtlichen Analyse berücksichtigt. Entsprechend den Ausführungen der Zusammenschlussparteien wie

auch der befragten Konkurrenten ist davon auszugehen, dass der Fach- und Spezialhandel als Anbieter eines Teilsortiments zumindest in Form von Randsubstitution⁹⁰ Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkermärkte mit Volls Sortiment ausübt. In welchem Ausmass der Fach- und Spezialhandel die Bau- und Heimwerkermärkte mit Volls Sortiment zu disziplinieren vermag, kann an dieser Stelle offenbleiben, da der Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs vorliegend zusätzlich bei einer weiten sachlichen Markt abgrenzung analysiert wird, bei welcher auch der Fach- und Spezialhandel als dem relevanten Markt zugehörig betrachtet wird (vgl. unten Rz 104 ff.). Die Berücksichtigung des Fach- und Spezialhandels hat jedoch letztlich keinen Einfluss auf das Analyseergebnis auf nationaler Ebene.

99. Die Zusammenschlussparteien führen aus, dass in den Daten, welche zur hier diskutierten Marktanteilsberechnung basierend auf der engen sachlichen Markt abgrenzung verwendet wurden, kleinere regionale Bau- und Heimwerkermärkte nicht mitefassen seien. Hierzu ist ebenfalls auf die nachfolgende Analyse des Absatzmarktes für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs bei einer weiten sachlichen Markt abgrenzung hinzuweisen, bei welcher neben dem Fach- und Spezialhandel auch kleinere regionale Bau- und Heimwerkermärkte berücksichtigt werden (vgl. unten Rz 104 ff.).

100. Auch der Online-Handel wird in der vorliegenden wettbewerbsrechtlichen Analyse berücksichtigt, da aufgrund dessen zunehmender Bedeutung sowie entsprechend den befragten Konkurrenten davon auszugehen ist, dass dieser Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkermärkte ausübt (vgl. oben Rz 45 ff.).

101. Hierzu ist zunächst zu präzisieren, dass in der Datenquelle, welche zur hier diskutierten Marktanteilsberechnung basierend auf der engen sachlichen Markt abgrenzung verwendet wurde, mangels Verfügbarkeit von Daten nicht alle Online-Shops der Bau- und Heimwerkermärkte mit Volls Sortiment berücksichtigt werden⁹¹. Zudem sind reine Online-Händler mit einem Baumarkt- und Gartenbedarfssortiment (vgl. oben Rz 47) nicht mitefasst. Gemäss Zusammenschlussparteien würden u.a. ihre Marktanteile massgeblich tiefer ausfallen, wenn alle Online-Shops sowie die reinen Online-Händler berücksichtigt würden.

102. Hierzu ist auszuführen, dass die Berücksichtigung aller Online-Shops der Bau- und Heimwerkermärkte mit Volls Sortiment die Marktanteilsverteilung im Markt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mit Bau- und Heimwerkermärkten auf nationaler Ebene angesichts der zwar zunehmenden, aber immer noch überschaubaren Anteile des Online-Handels am Umsatz der Bau- und Heimwerkermärkte (vgl. oben Rz 47 sowie Tabelle 2) wohl kaum wesentlich verändert. Betreffend die Nichterfassung von reinen Online-Händlern ist wiederum darauf hinzuweisen, dass in der nachfolgenden Analyse des Absatzmarktes für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs bei einer weiten sachlichen Markt abgrenzung auch die reinen Online-Händler mit einem Baumarkt- und

Gartenbedarfssortiment (vgl. unten Rz 104 ff.) berücksichtigt werden.

103. Vorliegend stellt sich auch die Frage, ob der Einkaufstourismus auf nationaler Ebene in Folge von Randsubstitution⁹² einen gewissen Wettbewerbsdruck ausübt (vgl. oben Rz 50 ff.). Es ist davon auszugehen, dass der Einkaufstourismus im Bereich des Baumarkt- und Gartenbedarfs einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die in der Schweiz tätigen Unternehmen ausübt – wie dies auch die Mehrheit der befragten Konkurrenten von Coop Bau&Hobby ausführt (vgl. oben Rz 52). Allerdings ist fraglich, in welchem Ausmass der Einkaufstourismus die Bau- und Heimwerkermärkte in der Schweiz zu disziplinieren vermag, da [...] eine nationale Preispolitik betreiben (vgl. oben Rz 78 ff.), womit eine Preissenkung zur Gewinnung von Konsumentinnen und Konsumenten in grenznahen Regionen auf nationaler Ebene schweizweit umgesetzt werden müsste. Zudem zeigt untenstehende Tabelle 8 (Spalte 2), dass die Berücksichtigung des Einkaufstourismus die Marktanteilsverteilung im Markt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mit Bau- und Heimwerkermärkten auf nationaler Ebene kaum bis gar nicht verändert.

104. Bei Anwendung einer *weiten sachlichen Markt abgrenzung*, bei welcher auch *der Fach- und Spezialhandel* als dem relevanten Markt zugehörig betrachtet wird, werden die Bau- und Heimwerkermärkte mit Volls Sortiment durch eine Vielzahl an Unternehmen, die Produkte des Baumarkt- und Gartenbedarfs im Sortiment führen, konkurrenziert. Dazu gehören einerseits Fach- und Spezialhändler wie bspw. Gartencenter, Malerfachgeschäfte, Werkzeughändler, Beleuchtungsfachgeschäfte, Möbeldändler, Velohändler oder Bastelläden. Ebenfalls in der Kategorie «weitere Wettbewerber» sind Internethändler mit Angebot im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf (mit Domain .ch; vgl. oben Rz 47) und kleinere regionale Bauhandwerkermärkte. Diese weiteren Wettbewerber vereinen gemeinsam einen Marktanteil von [50–60] % auf sich (vgl. Tabelle 3, Spalte 3 oder Tabelle 7).

105. Bei einer weiten sachlichen Markt abgrenzung zeigt sich somit, dass die Coop-Gruppe ([10–20] %) mit der Übernahme von Jumbo-Markt ([0–10] %) ihre Marktstellung mit einem kumulierten Marktanteil von [20–30] % im Jahr 2020 leicht ausbauen kann (vgl. Tabelle 3, Spalte 3 oder Tabelle 7). Die weiteren Bau- und Heimwerkermärkte mit Volls Sortiment, d.h. BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden sowie OBI weisen Marktanteile im Bereich von [0–10] % bis [0–10] % auf.

⁹⁰ Siehe dazu Fn 36.

⁹¹ Im Gesamtmarkt volumens gemäss Baumarktmonitor von GfK werden die Online-Shops der LANDI Läden, von Hornbach und BAUHAUS nicht mitberücksichtigt.

⁹² Siehe dazu Fn 36.

106. Nachfolgende Tabelle 7 zeigt die Entwicklung der Marktanteile der Coop-Gruppe und Jumbo-Markt sowie deren Konkurrenten im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs in den letzten drei Jahren auf nationaler Ebene, wenn der sachlich relevante Markt weit abgegrenzt wird, d.h. auch

der Fach- und Spezialhandel als dem relevanten Markt zugehörig betrachtet wird («weitere Wettbewerber» in Tabelle 7; vgl. oben Rz 38 ff.). Tabelle 7 ist zu entnehmen, dass es in den letzten drei Jahren kaum Marktanteilsänderungen gegeben hat und die Marktverhältnisse stabil waren.

Tabelle 7: Marktanteilsentwicklung im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mit Bau- & Heimwerkermärkten und Fachhandel, 2018-2020, nationale Ebene.

Marktteilnehmer	Marktanteile im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mit Bau- & Heimwerkermärkten sowie Fachhandel		
	2018	2019	2020
Coop Gruppe ¹	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
Jumbo-Markt	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
<i>Kumuliert</i>	<i>[20–30] %</i>	<i>[20–30] %</i>	<i>[20–30] %</i>
BAUHAUS	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Hornbach	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
LANDI Läden	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Migros Do it + Garden	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
OBI	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
weitere Wettbewerber ²	[50–60] %	[50–60] %	[50–60] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien basierend auf Area Reports und CCM-Monitors von GfK.

Hinweise:

¹ Bei der Marktanteilsberechnung für den Absatzmarkt mit Fachhandel wird der Umsatz der gesamten Coop-Gruppe mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mitberücksichtigt. Neben den Umsätzen von Coop Bau&Hobby werden somit auch die Umsätze der Coop Retail-Filialen, der Coop City-Filialen sowie der Coop Fachformate mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mitberücksichtigt. Bei Letzteren handelt es sich um Interdiscount, Microspot, Livique, Lumimart, Fust und die RS Vertriebs AG (d.h. Nettoshop.ch sowie Schubiger).

² Unter «weitere Wettbewerber» sind Fach- und Spezialhändler, Gartencenter, Internethändler mit Angebot im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf (mit Domain .ch) und kleinere Bauhandwerkermärkte zusammengefasst (vgl. oben Rz 104 ff.). Die Ausweisung einzelner Marktanteile ist basierend auf der Datenquelle nicht möglich.

107. Auch bei Anwendung einer weiten sachlichen Marktabgrenzung stellt sich die Frage, ob der Einkaufstourismus auf nationaler Ebene in Folge von Randsubstitution⁹³ einen gewissen Wettbewerbsdruck ausübt (vgl. oben Rz 50 ff.). Hierzu sei auf die obigen Ausführungen verwiesen, die hier gleichermassen Gültigkeit haben (vgl. oben Rz 103). Zudem zeigt nachfolgende Tabelle 8 (Spalte 3), dass die Berücksichtigung des Einkaufstourismus die Marktanteilsverteilung im Markt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene auch bei Anwendung einer weiten sachlichen Marktabgrenzung kaum bis gar nicht verändert.

⁹³ Siehe dazu Fn 36.

Tabelle 8: Marktanteile im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs *mit Einkaufstourismus*, 2020, nationale Ebene.

Marktteilnehmer	Marktanteile im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mit ...	
	Bau- & Heimwerkermärkten	Bau- & Heimwerkermärkten sowie Fachhandel
Coop Bau&Hobby/Coop-Gruppe ¹	[10–20] %	[10–20] %
Jumbo-Markt	[10–20] %	[0–10] %
<i>Kumuliert</i>	<i>[30–40] %</i>	<i>[20–30] %</i>
BAUHAUS	[0–10] %	[0–10] %
Hornbach	[0–10] %	[0–10] %
LANDI Läden	[20–30] %	[0–10] %
Migros Do it + Garden	[0–10] %	[0–10] %
OBI	[0–10] %	[0–10] %
Einkaufstourismus	[0–10] %	[0–10] %
weitere Wettbewerber ²	-	[50–60] %

Quelle: Berechnungen des Sekretariats basierend auf Angaben der Zusammenschlussparteien (vgl. oben Rz 51).

Hinweise:

¹ Bei der Marktanteilsberechnung für den Absatzmarkt mit Fachhandel (vgl. Spalte 3) wird der Umsatz der gesamten Coop-Gruppe mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mitberücksichtigt. Neben den Umsätzen von Coop Bau&Hobby werden somit auch die Umsätze der Coop Retail-Filialen, der Coop City-Filialen sowie der Coop Fachformate mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mitberücksichtigt. Bei Letzteren handelt es sich um Interdiscount, Microspot, Livique, Lumimart, Fust und die RS Vertriebs AG (d.h. Nettoshop.ch sowie Schubiger).

² Unter «weitere Wettbewerber» sind Fach- und Spezialhändler, Gartencenter, Internethändler mit Angebot im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf (mit Domain .ch) und kleinere Bauhandwerkermärkte zusammengefasst (vgl. oben Rz 104 ff.). Die Ausweisung einzelner Marktanteile ist basierend auf der Datenquelle nicht möglich.

108. Zusammenfassend ist betreffend den aktuellen Wettbewerb im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene festzuhalten, dass die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss einen kumulierten Marktanteil zwischen [20–30] % und [30–40] % aufweisen werden, je nachdem, ob der sachlich relevante Markt weit oder eng abgegrenzt wird. In jedem Fall ist jedoch aktuelle Konkurrenz in ausreichendem Masse vorhanden, um die Zusammenschlussparteien zukünftig zu disziplinieren. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene führt. Der Vollständigkeit halber wird weiter unten kurz auf die potentielle Konkurrenz eingegangen (vgl. unten Rz 121 ff.).

Nach Produktgruppen des Baumarkt- und Gartenbedarfs abgegrenzte Absatzmärkte

109. Wie bereits ausgeführt (vgl. oben Rz 37), wird der Vollständigkeit halber auch eine Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens basierend auf einer Marktabgrenzung nach Produktgruppen des Baumarkt- und Gartenbedarfs durchgeführt.

110. Weiter oben wurde bereits aufgezeigt (vgl. oben Rz 88 f.), dass bei einer sachlichen Abgrenzung nach Produktgruppen des Baumarkt- und Gartenbedarfs folgende hypothetischen Absatzmärkte auf nationaler Ebene im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen sind: Garten, Werkzeuge/Maschinen, Wand/Boden, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Beleuchtung, Holz, Automotive und Elektro.

111. Nachfolgende Tabelle 9 zeigt die Entwicklung der Marktanteile der Coop-Gruppe und von Jumbo-Markt sowie deren Konkurrenten in diesen betroffenen hypothetischen Absatzmärkten in den letzten drei Jahren auf nationaler Ebene.

Tabelle 9: Marktanteilsentwicklung in den betroffenen hypothetischen Absatzmärkten nach Produktgruppen des Baumarkt- und Gartenbedarfs, 2018-2020, nationale Ebene.

Betroffene hypothetische Absatzmärkte nach Produktgruppen des Baumarkt- und Gartenbedarfs ¹	Marktanteile (in %)														
	2018					2019					2020				
	Coop-Gruppe ²	Jumbo-Markt	Kumuliert	and. Bau- & Heimwerkermärkte ³	weitere Wettbewerber ⁴	Coop-Gruppe ²	Jumbo-Markt	Kumuliert	and. Bau- & Heimwerkermärkte ³	weitere Wettbewerber ⁴	Coop-Gruppe ²	Jumbo-Markt	Kumuliert	and. Bau- & Heimwerkermärkte ³	weitere Wettbewerber ⁴
Garten	[10–20]	[0–10]	[10–20]	[30–40]	[40–50]	[10–20]	[0–10]	[20–30]	[30–40]	[40–50]	[10–20]	[0–10]	[20–30]	[30–40]	[40–50]
Werkzeuge/Maschinen	[10–20]	[10–20]	[20–30]	[20–30]	[50–60]	[10–20]	[10–20]	[20–30]	[20–30]	[40–50]	[10–20]	[0–10]	[20–30]	[20–30]	[50–60]
Wand/Boden	[10–20]	[10–20]	[30–40]	[40–50]	[20–30]	[10–20]	[10–20]	[30–40]	[50–60]	[10–20]	[10–20]	[10–20]	[30–40]	[40–50]	[10–20]
Eisenwaren/Sicherungst	[10–20]	[10–20]	[30–40]	[30–40]	[20–30]	[10–20]	[10–20]	[30–40]	[40–50]	[20–30]	[10–20]	[10–20]	[30–40]	[30–40]	[20–30]
Beleuchtung	[10–20]	[0–10]	[20–30]	[10–20]	[60–70]	[10–20]	[0–10]	[20–30]	[10–20]	[50–60]	[10–20]	[0–10]	[20–30]	[10–20]	[50–60]
Holz	[10–20]	[10–20]	[30–40]	[30–40]	[30–40]	[20–30]	[10–20]	[30–40]	[30–40]	[20–30]	[20–30]	[10–20]	[30–40]	[30–40]	[20–30]
Automotive	[20–30]	[20–30]	[40–50]	[30–40]	[20–30]	[20–30]	[20–30]	[40–50]	[30–40]	[10–20]	[20–30]	[20–30]	[40–50]	[30–40]	[20–30]
Elektro	[20–30]	[0–10]	[20–30]	[0–10]	[70–80]	[10–20]	[0–10]	[20–30]	[0–10]	[70–80]	[20–30]	[0–10]	[20–30]	[0–10]	[70–80]

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien basierend auf Area Reports und CCM-Monitors von GfK.

Hinweise:

¹ Die kumulierten Marktanteile entsprechen aufgrund von Rundungsdifferenzen teilweise nicht der Summe der Marktanteile der Zusammenschlussparteien. Die Summe aller Marktanteile entspricht aufgrund von Rundungsdifferenzen teilweise nicht 100 %.

² Bei der Marktanteilsberechnung für den Absatzmarkt mit Fachhandel wird der Umsatz der gesamten Coop-Gruppe mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mitberücksichtigt. Neben den Umsätzen von Coop Bau&Hobby werden somit auch die Umsätze der Coop Retail-Filialen, der Coop City-Filialen sowie der Coop Fachformate mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mitberücksichtigt. Bei Letzteren handelt es sich um Interdiscount, Microspot, Livique, Lumimart, Fust und die RS Vertriebs AG (d.h. Nettoshop.ch sowie Schubiger).

³ Dies sind BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden und OBI (vgl. dazu oben Rz 35 und Rz 78 ff.). Die Ausweisung einzelner Marktanteile ist basierend auf der Datenquelle nicht möglich.

⁴ Unter «weitere Wettbewerber» sind Fach- und Spezialhändler, Gartencenter, Internethändler mit Angebot im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf (mit Domain .ch) und kleinere Bauhandwerkermärkte zusammengefasst (vgl. oben Rz 104 ff.).

112. Wie in Tabelle 9 ersichtlich, verfügen die Coop-Gruppe ([10–20] %) und Jumbo-Markt ([0–10] %) im hypothetischen Absatzmarkt *Garten* nach dem Zusammenschluss über einen kumulierten Marktanteil von [20–

30] %. Die anderen Bau- und Heimwerkermärkte, d.h. BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden und OBI, vereinen insgesamt einen Marktanteil von [30–40] % auf sich. Weitere Wettbewerber wie Gar-

tentcenter⁹⁴, Internethändler mit Angebot im Bereich Gartenbedarf und kleinere Bauhandwerkermärkte vereinen insgesamt einen Marktanteil von [40–50] % auf sich. Angesichts der beschriebenen Marktanteilsverteilung sind die Zusammenschlussparteien auch nach dem Zusammenschluss einem spürbaren Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im genannten hypothetischen Absatzmarkt führt.

113. Im hypothetischen Absatzmarkt *Werkzeuge/Maschinen* verfügt die Coop-Gruppe vor dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von [10–20] % und Jumbo-Markt über einen solchen von [0–10] % (vgl. Tabelle 9). Nach dem Zusammenschluss erreichen die Zusammenschlussparteien einen kumulierten Marktanteil von [20–30] %, während die anderen Bau- und Heimwerkermärkte insgesamt einen Marktanteil von [20–30] % auf sich vereinen. Weitere Wettbewerber wie Fachhändler im Bereich Werkzeuge und Maschinen verfügen insgesamt über einen Marktanteil von [50–60] %. Als Fachhändler nennen die Zusammenschlussparteien bspw. die SFS unimarket AG mit 20 Standorten, die Debrunner Acifer AG mit 19 Standorten, die Ferroflex AG mit neun Standorten oder die OPO Oeschger AG mit acht Standorten. Im hypothetischen Absatzmarkt *Werkzeuge/Maschinen* ist angesichts der beschriebenen Marktanteilsverteilung ebenfalls von ausreichender aktueller Konkurrenz auszugehen. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in dem genannten hypothetischen Absatzmarkt führt.

114. Tabelle 9 zeigt des Weiteren, dass die Zusammenschlussparteien im hypothetischen Absatzmarkt *Beleuchtung* nach dem Zusammenschluss über einen kumulierten Marktanteil von [20–30] % verfügen (Coop-Gruppe mit [10–20] % und Jumbo-Markt mit [0–10] %). BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden und OBI vereinen insgesamt einen Marktanteil von [10–20] % auf sich. Die weiteren Wettbewerber verfügen insgesamt über einen Marktanteil von [50–60] %. Gemäss Zusammenschlussparteien wird dieser Markt insbesondere von Leuchten-Fachgeschäften und Möbelhändlern wie dem Lampen-Center, IKEA, Möbel Pfister, LIPO etc. abgedeckt.⁹⁵ Im Bereich Beleuchtung seien zudem auch starke Online-Händler aktiv wie home24.ch oder lampenwelt.ch. Angesichts der beschriebenen Marktanteilsverteilung steht den Zusammenschlussparteien auch nach dem Zusammenschluss genügend aktuelle Konkurrenz mit disziplinierender Wirkung gegenüber. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im genannten hypothetischen Absatzmarkt führt.

115. Einen kumulierten Marktanteil von [20–30] % erreichen die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss im hypothetischen Absatzmarkt *Elektro* (Coop-Gruppe mit [20–30] % und Jumbo-Markt mit [0–10] %; vgl. Tabelle 9). Die anderen Bau- und Heimwerkermärkte vereinen insgesamt einen Marktanteil von [0–

10] % auf sich und die weiteren Wettbewerber eine solchen von [70–80] %. Im Absatzmarkt *Elektro* sind vor allem Elektrofachgeschäfte aktiv, die Bau- und Heimwerkermärkte decken nur einen geringen Teil des Marktes ab.⁹⁶ Als stationäre Anbieter sind bspw. melectronics, Mediamarkt oder die ID Elektronik GmbH zu nennen. Diverse Online-Händler (bspw. digitec, brack oder steg) führen zudem ein umfangreiches Sortiment im Bereich *Elektro*. Angesichts der geringen Marktanteilsaddition sowie der beschriebenen Marktanteilsverteilung besteht im hypothetischen Absatzmarkt *Elektro* auch nach dem Zusammenschluss aktuelle Konkurrenz in ausreichendem Masse. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im genannten hypothetischen Absatzmarkt führt.

116. Im hypothetischen Absatzmarkt *Wand/Boden* erreichen die Coop-Gruppe ([10–20] %) und Jumbo-Markt ([10–20] %) nach dem Zusammenschluss einen kumulierten Marktanteil von [30–40] % (vgl. Tabelle 9). BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden und OBI vereinen insgesamt einen Marktanteil von [40–50] % auf sich, während weitere Wettbewerber insgesamt einen Marktanteil von [10–20] % aufweisen. Tabelle 9 zeigt auch, dass die Marktverhältnisse in den letzten drei Jahren relativ stabil gewesen sind. Unter den weiteren Wettbewerbern sind Fachhändler, die Farben und Lacke, Malerzubehör, Tapeten, Bodenbeläge und Fliesen verkaufen. Die Zusammenschlussparteien nennen dazu die Belcolor AG, die Cabana AG, die Jordan Suisse SA, die SABAG AG, die Woodpecker Holding AG oder die Bauarena. Gemäss Zusammenschlussparteien sind die vorliegenden Marktanteile zu hoch ausgewiesen, da Umsätze von Fachhändlern, die sich mehrheitlich an ein professionelles Publikum richten, auf welche aber auch private Kunden zurückgreifen, bei der Marktanteilsberechnung aufgrund der verwendeten Datenquelle nicht berücksichtigt seien.⁹⁷ Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch den Zusammenschluss auf dem hypothetischen Absatzmarkt *Wand/Boden* eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

⁹⁴ Die Zusammenschlussparteien nennen hier bspw. die grösseren Gartencenter Hauenstein, Schilliger oder Wyss.

⁹⁵ Der Marktanteil der Coop-Gruppe setzt sich wie folgt zusammen: Coop Bau&Hobby mit [0–10] % und Fachformate wie Fust, Interdiscount und Microspot mit [10–20] %.

⁹⁶ Der Marktanteil der Coop-Gruppe setzt sich wie folgt zusammen: Coop Bau&Hobby mit [0–10] % und Fachformate wie Lumimart und Livique mit [10–20] %.

⁹⁷ Bei bspw. Sanitärprodukten oder Baumaterialien hat die WEKO in Entscheiden zum Sanitärmarkt bzw. zum Markt für Baustoffe bereits darauf hingewiesen, dass Bau- und Heimwerkermärkte Alternativen für private Kunden darstellen. Vgl. RPW 2202/3, 496 Rz 16, *Richner AG/Vicom Baubedarf AG*; RPW 2000/1, 62 Rz 30, *Opération de concentration Gétaz Romang/Miauton*.

117. Tabelle 9 zeigt sodann, dass die Coop-Gruppe ([10–20] %) und Jumbo-Markt ([10–20] %) im hypothetischen Absatzmarkt *Eisenwaren/Sicherungstechnik* nach dem Zusammenschluss über einen kumulierten Marktanteil von [30–40] % verfügen. Die anderen Bau- und Heimwerkermärkte vereinen insgesamt einen Marktanteil von [30–40] % auf sich. Weitere Wettbewerber vereinen insgesamt einen Marktanteil von [20–30] % auf sich. Tabelle 9 zeigt zudem, dass die Marktverhältnisse in den letzten drei Jahren relativ stabil gewesen sind. Als weitere Wettbewerber sind Fachhändler zu nennen, die bspw. Beschläge, Schlösser oder Kleisenwaren wie Schrauben verkaufen. Als Fachhändler nennen die Zusammenschlussparteien bspw. die SFS unimarket AG mit 20 Standorten, die Debrunner Acifer AG mit 19 Standorten, die Ferroflex AG mit neun Standorten oder die OPO Oeschger AG mit acht Standorten. Auch für diesen hypothetischen Absatzmarkt halten die Zusammenschlussparteien fest, dass die vorliegenden Marktanteile zu hoch ausgewiesen sind, weil Umsätze von Fachhändlern, die sich mehrheitlich an ein professionelles Publikum richten, auf welche aber auch private Kunden zurückgreifen, bei der Marktanteilsberechnung aufgrund der verwendeten Datenquelle nicht berücksichtigt seien.⁹⁸ Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem hypothetischen Absatzmarkt *Eisenwaren/Sicherungstechnik* eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

118. Im hypothetischen Absatzmarkt *Holz*⁹⁹ weist die Coop-Gruppe vor dem Zusammenschluss einen Marktanteil von [20–30] % und Jumbo-Markt einen solchen von [10–20] % auf (vgl. Tabelle 9). Nach dem Zusammenschluss erreichen die Zusammenschlussparteien einen kumulierten Marktanteil von [30–40] %, während die anderen Bau- und Heimwerkermärkte insgesamt einen Marktanteil von [30–40] % auf sich vereinen. Weitere Wettbewerber verfügen insgesamt über einen Marktanteil von [20–30] %. Tabelle 9 zeigt zudem, dass die Marktverhältnisse auch in diesem hypothetischen Absatzmarkt relativ stabil geblieben sind. Fachhändler im Bereich Holz sind gemäss Zusammenschlussparteien z.B. BMS Building mit ca. 120 Standorten in der Schweiz, Riedo Baucenter AG, Olwo AG, HG Commerciale mit 40 Standorten oder Despond SA. Auch für diesen hypothetischen Absatzmarkt führen die Zusammenschlussparteien aus, dass die vorliegenden Marktanteile zu hoch ausgewiesen sind, weil Umsätze von Fachhändlern und Sägewerken, die sich mehrheitlich an ein professionelles Publikum richten, auf welche aber auch private Kunden zurückgreifen, bei der Marktanteilsberechnung aufgrund der verwendeten Datenquelle nicht berücksichtigt seien.¹⁰⁰ Das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben führt im hypothetischen Absatzmarkt Holz zu einer Konzentrationszunahme. Dennoch besteht weiterhin aktuelle Konkurrenz und bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem hypothetischen Absatzmarkt Holz eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

119. Über einen kumulierten Marktanteil von [40–50] % verfügen die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss im hypothetischen Absatzmarkt *Auto-*

motive (Coop-Gruppe mit [20–30] % und Jumbo-Markt mit [20–30] %; vgl. Tabelle 9). Die anderen Bau- und Heimwerkermärkte BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden und OBI vereinen insgesamt einen Marktanteil von [30–40] % auf sich und die weiteren Wettbewerber eine solchen von [20–30] %. Gemäss Tabelle 9 sind die Marktverhältnisse in diesem hypothetischen Absatzmarkt relativ stabil geblieben. Gemäss Zusammenschlussparteien sind die Umsätze wichtiger Marktakteure bei der Marktanteilsberechnung aufgrund der verwendeten Datenquelle nicht berücksichtigt. So sind bspw. die Umsätze von Garagen oder «Tuning-Shops» mit Autozubehör und Ersatzteilen nicht mitberücksichtigt. Ebenfalls unberücksichtigt bleiben Tankstellenshops, die ebenfalls Autozubehör und Wartungsprodukte verkaufen. Schliesslich verkaufen auch Grosshändler Produkte in diesem Bereich wie Reifen, Felgen, etc. an private Kunden (bspw. Pneu-Egger, Adam Touring Schweiz). Würden die Umsätze dieser Marktakteure in der Marktanteilsberechnung miteinbezogen, würden die Marktanteile entsprechend tiefer ausfallen. Diese Einschätzung wird durch die befragten Lieferanten bestätigt; diese erzielen nur einen kleinen Umsatzanteil mit Bau- und Heimwerkermärkten (vgl. unten Rz 205). Das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben führt im hypothetischen Absatzmarkt *Automotive* zu einer Konzentrationszunahme. Dennoch besteht weiterhin aktuelle Konkurrenz und bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem hypothetischen Absatzmarkt *Automotive*.

120. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus den oben dargelegten Gründen keine Anhaltspunkte bestehen, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in den hypothetischen Absatzmärkten Garten, Werkzeuge/Maschinen, Beleuchtung, Elektro, Wand/Boden, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Holz und *Automotive* führt.

II. Potentieller Wettbewerb nationale Ebene

121. Betreffend den *Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene* wurde bereits festgehalten, dass aktuelle Konkurrenz in ausreichendem Masse vorhanden ist und keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in diesem Markt bestehen (vgl. oben Rz 108). Aus Gründen der Vollständigkeit soll nachfolgend kurz auf den potentiellen Wettbewerb auf nationaler Ebene eingegangen werden.

⁹⁸ Vgl. Fn 97.

⁹⁹ In dieser Produktkategorie sind Aussen- und Konstruktionsholz, Bretter, Täfelungen und Holzzuschnitt erfasst.

¹⁰⁰ Vgl. Fn 97.

122. Gemäss Zusammenschlussparteien würden die Beispiele von Hornbach, OBI und BAUHAUS zeigen, dass erfolgreiche Markteintritte in die Schweiz möglich seien. Die Kosten, die ein Markteintritt verursache, würden sich im in der Schweiz üblichen Rahmen für einen Markteintritt von neuen Detailhandelsunternehmen bewegen. Eine konkrete Bezifferung sei schwierig, weil sie von der Art der Verkaufsstellen und den zu verkaufenden Produkten abhängt. Die Markteintritte von Hornbach, OBI und BAUHAUS würden darauf hindeuten, dass die Kosten keine Marktzutrittschranke darstellen. Andere Faktoren, die die Kosten des Markteintritts beeinflussen würden, seien die bei Handelsunternehmen üblichen Skaleneffekte, ein grosser Werbeaufwand bis sich das Handelsunternehmen auf dem Markt habe etablieren können und die Teilnahme an Beschaffungsoperationen, wobei bei bereits im Ausland etablierten Unternehmen solche bereits vorhanden seien. Marktzutritte in die Schweiz würden in der Regel durch im Ausland etablierte Detailhandelsunternehmen erfolgen. Ein Marktzutritt solle kurzfristig möglich sein. Ob in der nächsten Zeit konkret weitere Markteintritte zu erwarten sind, ist den Zusammenschlusspartnern nicht bekannt.

123. Für den Schweizer Lebensmitteldetailhandelsmarkt stellte die WEKO hohe Markteintrittsbarrieren fest. Insbesondere im Segment der Hypermärkte seien die mangelnde Verfügbarkeit von geeigneten Standorten sowie die Kostenvorteile der bereits im Markt tätigen Unternehmen die wichtigsten strukturellen Markteintrittsbarrieren. Zudem seien mit restriktiven Baubestimmungen und langen Baubewilligungsphasen auch bedeutende administrative Markteintrittsbarrieren vorhanden.¹⁰¹

124. Es ist davon auszugehen, dass die oben genannten strukturellen und administrativen Markteintrittsbarrieren auch im Detailhandelsmarkt mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs vorhanden sind. Dies bestätigt die Befragung der Konkurrenten von Coop Bau&Hobby bzw. Jumbo-Markt (vgl. oben Rz 8). So stellt die mangelnde Verfügbarkeit von geeigneten Standorten¹⁰², d.h. Standorten mit genügend grosser Fläche und guter Erreichbarkeit bzw. Standorten, an welchen eine verkehr-intensive Nutzung möglich sei, gemäss drei befragten Konkurrenten eine Markteintrittsbarriere dar. Vier Konkurrenten erwähnen auch die planungsrechtlichen Auflagen für neue Projekte bzw. Baubeschränkungen, die komplexen Genehmigungsverfahren, insbesondere für Filialen mit mehr als 5'000 bzw. 6'000 m², oder [...].¹⁰³

125. So geben fünf der befragten Konkurrenten von Coop Bau&Hobby bzw. Jumbo-Markt, welche den Fragebogen beantwortet haben (vgl. oben Rz 8), denn auch an, dass sie in den nächsten drei bis fünf Jahren keine Markteintritte im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf in die Schweiz erwarten.¹⁰⁴ Drei Konkurrenten begründen ihre Antwort damit, dass der Markt gesättigt sei. Einer dieser drei Konkurrenten ergänzt, dass die schweizerischen Betriebs- und die hohen Investitionskosten französische Baumarktanbieter von einem Markteintritt in die Schweiz abhalten würden. Ein Konkurrent ergänzt, dass lediglich digitale Expansion zu erwarten sei. Gestützt auf die obigen Ausführungen sind die Markteintrittsbarrieren im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs als hoch einzustufen.

126. Trotz der hohen Markteintrittsbarrieren in den Schweizer Markt [...].¹⁰⁵ [...]. [...]. OBI wird in Affoltern am Albis im Oktober 2021 eine neue Verkaufsstelle eröffnen. [...] Auch die LANDI Läden expandieren [...]. [...].

B.4.2.1.4. Analyse der Wettbewerbssituation auf lokaler Ebene

127. Nachfolgend werden der aktuelle und potenzielle Wettbewerb auf den als möglicherweise wettbewerbsrechtlich problematisch identifizierten Absatzmärkten auf lokaler Ebene (vgl. oben Rz 90 ff.) untersucht.

128. Auf der lokalen Ebene können sich die Wettbewerbsverhältnisse zwischen verschiedenen lokalen Märkten deutlich unterscheiden. Wie bereits ausgeführt (vgl. oben Rz 90 ff.) wurden vorliegend mangels Marktanteilsdaten anhand einer Auswertung der Anzahl Konkurrenten 34 lokale Märkte identifiziert, welche einer detaillierten wettbewerbsrechtlichen Analyse unterzogen werden. Dabei handelt es sich um lokale Märkte mit Marktradien von 20 km (rund 20 Fahrminuten), in welchen sowohl Coop Bau&Hobby als auch Jumbo-Markt aktiv sind und weniger als drei ihrer Konkurrenten über Verkaufsstellen verfügen, wobei mit Konkurrenten Bau- und Heimwerkermärkte bzw. Wettbewerber mit Vollsortiment¹⁰⁶ (vgl. dazu oben Rz 35 und Rz 78 ff.) gemeint sind.

129. Die Wettbewerbsverhältnisse in diesen lokalen Absatzmärkten werden nachfolgend sowohl mit Marktradien von 20 km wie auch von 30 km analysiert (vgl. oben Rz 66). Dabei wird u.a. soweit verfügbar auch auf Marktanteilsdaten für das Jahr 2020 abgestellt, welche das Sekretariat basierend auf Angaben der Zusammenschlussparteien sowie der befragten Konkurrenten berechnet hat. Gemäss obenstehender Tabelle 5 sind in 26 dieser lokalen Absatzmärkte neben Coop Bau&Hobby sowie Jumbo-Markt zwei weitere Bau- und Heimwerkermärkte aktiv, in sieben lokalen Absatzmärkten ist ein weiterer Bau- und Heimwerkermarkt tätig und in einem lokalen Absatzmarkt – dem lokalen Absatzmarkt Sierre (vgl. unten Rz 130 ff.) – gibt es keinen weiteren Bau- und Heimwerkermarkt (vgl. oben Rz 90 ff.).

¹⁰¹ Vgl. RPW 2008/4, 636 Rz 311 ff., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 175 Rz 381 ff., *Migros/Denner*.

¹⁰² Zwei der sieben befragten Konkurrenten, welche den Fragebogen beantworteten, geben an, dass der Wettbewerbsparameter «Standort» im Schweizer Markt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs unverzichtbar ist. Vier Konkurrenten geben an, dass der Wettbewerbsparameter «Standort» wichtig ist. Ein Konkurrent hat diese Frage nicht beantwortet. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: unverzichtbar, wichtig, weniger wichtig, vernachlässigbar.

¹⁰³ Ein Konkurrent hat diese Frage mit «Ich weiss nicht» beantwortet und ein Konkurrent hat diese Frage nicht beantwortet.

¹⁰⁴ Ein Konkurrent hat die entsprechende Frage mit «Ich weiss nicht» beantwortet und ein Konkurrent hat die Frage nicht beantwortet.

¹⁰⁵ Ein Konkurrent hat diese Frage nicht beantwortet.

¹⁰⁶ Dies sind BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden sowie OBI.

Lokaler Absatzmarkt Sierre

130. Im lokalen Absatzmarkt Sierre (Standort Coop Bau&Hobby, Sierre) ist bei Anwendung eines Marktradius von 20 km neben Jumbo-Markt mit einer Verkaufsstelle (Standort Jumbo maximo, Conthey) kein weiterer national tätiger Bau- und Heimwerkermarkt mit Vollsortiment aktiv. Jedoch ist ein kleiner regionaler Bau- und Heimwerkermarkt, Ammeter Shop, in diesem lokalen Absatzmarkt tätig. Gemäss Home Page bietet dieser u.a. auch Produkte wie Dünger, Saatgut, Bewässerungsmaterial, Arbeits- und Freizeitbekleidung, Fahrzeugbedarf, Werkzeuge, Schmiermittel, Garten- und Rasenpflege, Blumen und Setzlinge an¹⁰⁷, womit den Konsumentinnen und Konsumenten zumindest in Teilsortimenten eine alternative Einkaufsmöglichkeit zu Verfügung steht. Im lokalen Absatzmarkt Sierre mit einem Marktradius von 20 km weisen Coop Bau&Hobby (ca. [30–40] %) und Jumbo-Markt (ca. [60–70] %) im Jahr 2020 einen kumulierten Marktanteil gegen [90–100] %¹⁰⁸ auf. Das Zusammenschlussvorhaben führt somit auf dem lokalen Absatzmarkt Sierre zu einer besonders hohen Konzentrationszunahme.

131. Dennoch stehen den Konsumentinnen und Konsumenten in diesem lokalen Absatzmarkt aus den nachfolgend dargelegten Gründen auch nach dem Zusammenschluss weiterhin Alternativen zu Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt zur Verfügung.

132. Wie in der Analyse der nationalen Wettbewerbsverhältnisse ist dem Fach- und Spezialhandel auch auf lokaler Ebene als Anbieter eines Teilsortiments ein gewisser Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment zuzuschreiben. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien sind auch im lokalen Absatzmarkt Sierre diverse Fachhändler tätig, darunter Fachhändler in den Produktgruppen Eisenwaren, Wand/Boden, Sanitärbedarf, Elektro, Garten, Holz und Werkzeuge/Maschinen. Berücksichtigt man den Fach- und Spezialhandel als dem relevanten Markt zugehörig¹⁰⁹, verfügen Coop Bau&Hobby ([10–20] %) und Jumbo-Markt ([20–30] %) im Jahr 2020 über einen kumulierten Marktanteil von [40–50] %.

133. Auch dem Online-Handel ist in der Analyse auf lokaler Ebene – wie auf nationaler Ebene – Rechnung zu tragen, da dieser an Bedeutung zugenommen hat und entsprechend den befragten Konkurrenten Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkermärkte ausübt (vgl. oben Rz 45 ff.). So können Konsumentinnen und Konsumenten auch im lokalen Absatzmarkt Sierre in den Online-Shops praktisch aller Bau- und Heimwerkermärkte¹¹⁰ sowie der reinen Online-Händler Produkte des Heimwerker- und Gartenbedarfs erwerben. Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt verkaufen in ihren Online-Shops die gleichen Produkte wie in den Verkaufsstellen. Migros Do it + Garden verkauft ihr Sortiment [...] auch online. Hornbach bietet [...] auch online an. Die LANDI Läden bieten [...] ca. [...] % ihres Sortiments online an. Die Produkte können online bestellt/reserviert und im Laden abgeholt werden («click&collect»); [...] % des Sortiments können zudem mit Heimlieferung bestellt werden. BAUHAUS bietet [...] % ihres Sortiments auch online an. [...] Bau- und Heimwerkermärkte setzen online die gleichen Preise wie offline und beliefern die ge-

samte Schweiz (vgl. oben Rz 78 ff.). Die Versand- und Lieferkosten haben ein bezahlbares Ausmass und bewegen sich bei allen Bau- und Heimwerkermärkten in ähnlichem Rahmen.¹¹¹ Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Online-Handel auch in den lokalen Absatzmärkten eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Bau- und Heimwerkermärkte auszuüben vermag.

134. Da der lokale Absatzmarkt Sierre Überlappungen mit dem lokalen Absatzmarkt Conthey hat, ist ein allfälliger Konkurrenzdruck vom Absatzmarkt Conthey auf jenen in Sierre ebenfalls zu berücksichtigen: Betrachtet man den lokalen Absatzmarkt Conthey (Standort Jumbo maximo, Conthey) mit einem Marktradius von 20 km, ergibt sich ein anderes Bild der Wettbewerbsverhältnisse als in Rz 130 beschrieben. In diesem lokalen Absatzmarkt sind neben Coop Bau&Hobby (Standort Coop Bau&Hobby, Sierre) und Jumbo-Markt auch Hornbach mit einer grossen Verkaufsstelle (ca. 13'500 m²) und die LANDI Läden mit zwei Verkaufsstellen aktiv. Die Verkaufsstelle von Hornbach befindet sich in Riddes, d.h. 25,6 km weit entfernt vom Standort von Coop Bau&Hobby in Sierre. Einer der beiden LANDI Läden ist ein «XL»-Format und knapp 30 km entfernt vom Standort von Coop Bau&Hobby in Sierre.¹¹² Berechnet man in diesem lokalen Absatzmarkt Conthey die Marktanteile, so erreicht Hornbach einen Marktanteil von [50–60] % und resultiert für Coop Bau&Hobby ([10–20] %) sowie Jumbo-Markt ([20–30] %) ein kumulierter Marktanteil von [30–40] % im Jahr 2020. Die LANDI Läden folgen mit einem Marktanteil von [0–10] %. Berücksichtigt man auch in diesem lokalen Absatzmarkt den Fach- und Spezialhandel als dem relevanten Markt zugehörig¹¹³, verfügen Coop Bau&Hobby ([0–10] %) und Jumbo-Markt ([0–10] %) im Jahr 2020 über einen kumulierten Marktanteil von [10–20] %.¹¹⁴

135. In Bezug auf die Verkaufsstelle von Hornbach ist zu betonen, dass Hornbach über sehr grosse Verkaufsflächen verfügt. Gerade bei grossflächigen Verkaufsstellen ist es vorstellbar, dass Konsumentinnen und Konsumenten tendenziell längere Anfahrtswege in Kauf nehmen und das Einzugsgebiet dieser Verkaufsstellen somit grösser ist, was eine Ausweitung des Marktradius auf 30 km durchaus rechtfertigt. Dies ist auch in Übereinstimmung mit der Praxis anderer Wettbewerbsbehörden (vgl. oben Rz 64).

¹⁰⁷ Vgl. <<https://www.ammeterag.ch/de/filialen/ammeter-shop-gmbh>> [16. Juli 2021].

¹⁰⁸ Die Umsätze und Marktanteile des regionalen Anbieters im lokalen Absatzmarkt Sierre sind nicht verfügbar.

¹⁰⁹ Im Sinne einer Arbeitshypothese wird vorliegend zu Schätzzwecken davon ausgegangen, dass der Fach- und Spezialhandel in den lokalen Märkten analog zur nationalen Ebene ca. über einen Anteil von [50–60] % verfügt (vgl. oben Rz 104 ff.).

¹¹⁰ Ausnahme ist OBI (vgl. Fn 39).

¹¹¹ Beim Paketversand per Post bewegen sich die Versandkosten zwischen knapp CHF 7 und CHF 9.50, beim Versand von Sperrgut per Post zwischen knapp CHF 18 bis knapp CHF 30. Eine Lieferung per Spedition verursacht Lieferkosten zwischen CHF 29 bis knapp CHF 90.

¹¹² Der zweite LANDI Laden ist ein «Depot»-Format.

¹¹³ Vgl. Fn 109.

¹¹⁴ Hornbach verfügt in diesem Fall über einen Marktanteil von [20–30] % und die LANDI Läden über einen Marktanteil von [0–10] %.

136. Der Wettbewerbsdruck der Konkurrenten im lokalen Absatzmarkt Conthey dürften aus den genannten Gründen eine disziplinierende Wirkung auf den lokalen Absatzmarkt Sierre ausüben.

137. Des Weiteren ist der nationale Wettbewerb auch in der Analyse der lokalen Marktverhältnisse mit zu berücksichtigen. Gemäss Praxis der WEKO wird die wettbewerbsrechtliche Analyse im Detailhandel auch in einem grösseren als nur dem lokalen Zusammenhang beurteilt, wenn dichte und flächendeckende Vertriebsnetze in besiedelten Gebieten vorhanden sind und die für den Wettbewerb wichtigen Entscheide der Marktakteure (wie Preis- und Aktionspolitik) weitgehend zentral gefasst und koordiniert werden. Diesfalls wirkt sich der nationale Wettbewerb auch auf der lokalen Ebene aus.¹¹⁵

138. Wie weiter oben bereits ausgeführt wurde, fassen [...] Bau- und Heimwerkermärkte die für den Wettbewerb wichtigen Entscheide zentral (vgl. oben Rz 67 ff.). Die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment konkurrieren sich auch auf nationaler Ebene. Somit wirkt sich der nationale Wettbewerb auch auf lokaler Ebene aus. In der vorangehenden Analyse der nationalen Ebene wurde festgehalten, dass aktuelle Konkurrenz in ausreichendem Masse vorhanden ist, um die Zusammenschlussparteien zukünftig zu disziplinieren, und keine Anhaltspunkte bestehen, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene führt (vgl. oben Rz 95 ff.).

139. Schliesslich ist betreffend den *potentiellen Wettbewerb* festzuhalten, dass [...]. [...]. [...]. [...].

140. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem lokalen Absatzmarkt Sierre zu einer besonders hohen Konzentrationszunahme führt. Die obigen Ausführungen zeigen jedoch, dass den Konsumentinnen und Konsumenten in diesem lokalen Absatzmarkt auch nach dem Zusammenschluss weiterhin Alternativen zu Jumbo-Markt und Coop Bau&Hobby zur Verfügung stehen und [...]. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem lokalen Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs Sierre eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Lokale Absatzmärkte Brig-Gamsen und Visp-Eyholz

141. Im lokalen Absatzmarkt *Brig-Gamsen* (Standort Coop Bau&Hobby, Brig-Gamsen) ist bei Anwendung eines Marktradius von 20 km neben Jumbo-Markt mit einer Verkaufsstelle (Standort Jumbo, Visp-Eyholz) ein weiterer national tätiger Bau- und Heimwerkermarkt mit Vollsortiment aktiv, nämlich die LANDI Läden mit einer Verkaufsstelle in «L»-Format. Zudem ist der kleine regionale Bau- und Heimwerkermarkt Ammeter Shop auch in diesem lokalen Absatzmarkt aktiv. Im Jahr 2020 weisen Coop Bau&Hobby (ca. [40–50] %) und Jumbo-Markt (ca. [40–50] %) einen kumulierten Marktanteil gegen [80–90] %¹¹⁶ im lokalen Absatzmarkt Brig-Gamsen auf. Die LANDI Läden verfügen über einen Marktanteil von ca.

[10–20] %. Das Zusammenschlussvorhaben erhöht damit die Konzentration im lokalen Absatzmarkt Brig-Gamsen wesentlich, falls lediglich die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment zum relevanten lokalen Absatzmarkt gezählt werden.

142. Wiederum ist zu berücksichtigen, dass der Fach- und Spezialhandel¹¹⁷ wie auch der Online-Handel ebenfalls auf lokaler Ebene einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment ausüben (vgl. oben Rz 132 f.). Betrachtet man sowohl den Fach- und Spezialhandel als auch den Online-Handel als dem relevanten Markt zugehörig¹¹⁸, verfügen Coop Bau&Hobby (ca. [10–20] %) und Jumbo-Markt (ca. [10–20] %) im Jahr 2020 über einen kumulierten Marktanteil von ca. [30–40] %¹¹⁹. Die LANDI Läden weisen einen Marktanteil von ca. [0–10] % auf. Schliesslich ist den obigen Ausführungen entsprechend zu berücksichtigen, dass sich der nationale Wettbewerb auch auf lokaler Ebene auswirkt (vgl. oben Rz 137 f.).

143. Zur Analyse des lokalen Absatzmarktes *Visp-Eyholz* wird ein Marktkreis mit einem Radius von 20 km um die Verkaufsstelle von Jumbo-Markt (Standort Jumbo, Visp-Eyholz) gezogen. In diesem lokalen Absatzmarkt sind die gleichen Akteure tätig wie im lokalen Absatzmarkt Brig-Gamsen, nämlich Jumbo-Markt, Coop Bau&Hobby (Standort Coop Bau&Hobby, Brig-Gamsen), die LANDI Läden mit einer Verkaufsstelle sowie der kleine regionale Bau- und Heimwerkermarkt Ammeter Shop. Deshalb gelten obige Ausführungen gleichermaßen für den lokalen Absatzmarkt Visp-Eyholz.

144. Das Zusammenschlussvorhaben erhöht auf den lokalen Absatzmärkten Brig-Gamsen und Visp-Eyholz die Konzentration wesentlich. Wie dargelegt, stehen den Konsumentinnen und Konsumenten in diesen lokalen Absatzmärkten auch nach dem Zusammenschluss weiterhin Alternativen zu Jumbo-Markt und Coop Bau&Hobby zur Verfügung. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den lokalen Absatzmärkten für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs Brig-Gamsen und Visp-Eyholz eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Lokale Absatzmärkte Montagny und Montagny-Yverdon

145. Im lokalen Absatzmarkt *Montagny* (Standort Coop Bau&Hobby, Montagny) ist bei Anwendung eines Marktradius von 20 km neben Jumbo-Markt mit einer Verkaufsstelle (Standort Jumbo maximo, Montagny-Yverdon) ebenfalls ein weiterer Bau- und Heimwerkermarkt mit Vollsortiment aktiv, nämlich die LANDI Läden

¹¹⁵ Vgl. RPW 2008/4, 606 Rz 110, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 489 Rz 147, *Coop/Fust*; RPW 2008/1, 158 Rz 244, *Migros/Denner*; RPW 2003/3, 572 Rz 56, *Coop/Waro*.

¹¹⁶ Vgl. Fn 108.

¹¹⁷ Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien sind im lokalen Absatzmarkt Brig-Gamsen diverse Fachhändler in den Produktgruppen Eisenwaren, Elektro, Werkzeuge/Maschinen, Wand/Boden, Holz, Sanitärbedarf, Möbel, Deko und Garten tätig.

¹¹⁸ Vgl. Fn 109.

¹¹⁹ Vgl. Fn 108.

mit sieben Verkaufsstellen. Drei LANDI Läden haben ein «L»-Format und zwei LANDI Läden ein «M»-Format.¹²⁰ Coop Bau&Hobby ([10–20] %) und Jumbo-Markt ([40–50] %) verfügen im Jahr 2020 über einen kumulierten Marktanteil von [60–70] % im lokalen Absatzmarkt Montagny mit einem Radius von 20 km. Die LANDI Läden weisen einen Marktanteil von [30–40] % auf. Das Zusammenschlussvorhaben erhöht damit die Konzentration im lokalen Absatzmarkt Montagny wesentlich, falls lediglich die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment zum relevanten lokalen Absatzmarkt gezählt werden.

146. Doch auch in diesem lokalen Absatzmarkt stehen den Konsumentinnen und Konsumenten nach dem Zusammenschluss neben den LANDI Läden weiterhin zusätzliche Alternativen zu Jumbo-Markt und Coop Bau&Hobby zur Verfügung. Wie in der vorangehenden Analyse ausgeführt (vgl. oben Rz 132 f.), üben der Fach- und Spezialhandel¹²¹ sowie der Online-Handel ebenfalls auf lokaler Ebene einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment aus. Betrachtet man sowohl den Fach- und Spezialhandel als auch den Online-Handel als dem relevanten Markt zugehörig¹²², verfügen Coop Bau&Hobby ([0–10] %) und Jumbo-Markt ([10–20] %) im Jahr 2020 über einen kumulierten Marktanteil von [20–30] %. Die LANDI Läden weisen einen Marktanteil von [10–20] % auf. Schliesslich ist den obigen Ausführungen entsprechend zu berücksichtigen, dass sich der nationale Wettbewerb auch auf lokaler Ebene auswirkt (vgl. oben Rz 137 f.). Bei einer Ausweitung des Marktradius auf ca. 30 km stehen den Konsumentinnen und Konsumenten zudem zwei zusätzliche Alternativen zur Verfügung. Eine Verkaufsstelle von OBI in Renens und eine Verkaufsstelle von Migros Do it + Garden in Crissier.

147. Im lokalen Absatzmarkt Montagny ist auch der Einkaufstourismus in der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen, denn basierend auf den Angaben der Zusammenschlussparteien und deren befragten Konkurrenten ist davon auszugehen, dass der Einkaufstourismus einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die in der Schweiz tätigen Unternehmen ausübt. Dies dürfte insbesondere in grenznahen Regionen gelten (vgl. oben Rz 50 ff.). Bei Ausweitung des Marktradius auf ca. 30 km bestehen für die Konsumentinnen und Konsumenten im grenznahen Frankreich zwei Alternativen: Mr Bricolage¹²³ in Morteau und eine Verkaufsstelle von L'Entrepôt du Bricolage¹²⁴ in Doubs.

148. Zur Analyse des lokalen Absatzmarktes *Montagny-Yverdon* wird ein Marktkreis mit einem Radius von 20 km um die Verkaufsstelle von Jumbo-Markt (Standort Jumbo maximo, Montagny-Yverdon) gezogen. In diesem lokalen Absatzmarkt sind die gleichen Akteure tätig wie im lokalen Absatzmarkt Montagny, nämlich Jumbo-Markt, Coop Bau&Hobby (Standort Coop Bau&Hobby, Montagny) und die LANDI Läden mit den sieben Verkaufsstellen. Deshalb gelten obige Ausführungen gleichermassen für den lokalen Absatzmarkt Montagny-Yverdon.

149. Das Zusammenschlussvorhaben erhöht auf den lokalen Absatzmärkten Montagny und Montagny-Yverdon die Konzentration wesentlich. Wie dargelegt,

stehen den Konsumentinnen und Konsumenten in diesen lokalen Absatzmärkten auch nach dem Zusammenschluss weiterhin Alternativen zu Jumbo-Markt und Coop Bau&Hobby zur Verfügung. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den lokalen Absatzmärkten für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs Montagny und Montagny-Yverdon eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Lokaler Absatzmarkt Castione

150. Im lokalen Absatzmarkt Castione (Standort Coop Bau&Hobby, Castione)¹²⁵ ist bei Anwendung eines Marktradius von 20 km neben Jumbo-Markt mit einer Verkaufsstelle (Standort Jumbo, San Antonino) ebenfalls ein weiterer national tätiger Bau- und Heimwerkermarkt mit Vollsortiment aktiv, nämlich OBI mit einer Verkaufsstelle. Zudem ist ein regionaler Bau- und Heimwerkermarkt, Brico, mit sechs Verkaufsstellen in diesem lokalen Absatzmarkt tätig. Brico bietet Produkte aus fast allen relevanten Produktgruppen (vgl. oben Rz 37) an, Ausnahme sind Bauelemente/-chemie/-material, Möbel, Automotive und Heimtextilien.¹²⁶ Damit steht den Konsumentinnen und Konsumenten im lokalen Absatzmarkt Castione eine alternative Einkaufsmöglichkeit mit nahezu einem Vollsortiment zur Verfügung. In diesem lokalen Absatzmarkt weisen Coop Bau&Hobby ([20–30] %) und Jumbo-Markt ([10–20] %) im Jahr 2020 einen kumulierten Marktanteil von [40–50] % auf. OBI verfügt über einen Marktanteil von [20–30] % und Brico über einen solchen von [20–30] %. Das Zusammenschlussvorhaben erhöht damit die Konzentration im lokalen Absatzmarkt Castione.

151. Neben OBI sowie Brico werden den Konsumentinnen und Konsumenten nach dem Zusammenschluss auch in diesem lokalen Absatzmarkt weiterhin zusätzliche Alternativen zu Jumbo-Markt und Coop Bau&Hobby zur Verfügung stehen. Wie bereits mehrfach erwähnt (vgl. oben Rz 132 f.), üben der Fach- und Spezialhandel¹²⁷ sowie der Online-Handel ebenfalls auf lokaler Ebene einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment aus. Betrachtet

¹²⁰ Je ein LANDI Laden ist ein «XS»-Format und «Depot»-Format.

¹²¹ Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien sind im lokalen Absatzmarkt Montagny diverse Fachhändler in den Produktgruppen Eisenwaren, Werkzeuge, Wand/Boden, Baubedarf, Holz, Sanitärbedarf und Garten tätig.

¹²² Vgl. Fn 109.

¹²³ Mr. Bricolage ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in La Chapelle Saint Mesmin, Frankreich. Mr. Bricolage betreibt mehr als 700 Filialen in Frankreich und Mauritius. Vgl. <<https://magasin.mr-bricolage.fr/>> [16. Juli 2021].

¹²⁴ L'Entrepôt du Bricolage ist eine vereinfachte Aktiengesellschaft gemäss französischem Recht und gehört zur SAMSE Gruppe. Sie betreibt 37 Baumärkte in Frankreich. Vgl. <<https://www.entrepot-du-bricolage.fr/>> [16. Juli 2021].

¹²⁵ In diesem lokalen Absatzmarkt mit Marktradius von 20 km ist Coop Bau&Hobby mit einer zweiten Verkaufsstelle aktiv: Standort Coop Bau&Hobby, Tenero.

¹²⁶ Brico verfügt insgesamt über acht Verkaufsstellen im Tessin von ca. 600 m² mit durchschnittlich 45'000 Produkten im Angebot. Vgl. auch <<https://www.bricofaidate.ch/>> [16. Juli 2021].

¹²⁷ Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien sind im lokalen Absatzmarkt Castione diverse Fachhändler in den Produktgruppen Wand/Boden, Baubedarf, Holz, Sanitärbedarf und Elektro tätig.

man sowohl den Fach- und Spezialhandel als auch den Online-Handel als dem relevanten Markt zugehörig¹²⁸, verfügen Coop Bau&Hobby ([10–20] %) und Jumbo-Markt ([0–10] %) im Jahr 2020 über einen kumulierten Marktanteil von [10–20] %. OBI verfügt über einen Marktanteil von [10–20] % und Brico über einen solchen von [10–20] %. Auch zu berücksichtigen ist, dass sich der nationale Wettbewerb ebenfalls auf lokaler Ebene auswirkt (vgl. oben Rz 137 f.). Schliesslich ist gerade im Tessin der vom Einkaufstourismus ausgehende Wettbewerbsdruck in der Analyse miteinzubeziehen. Unter Anwendung des 20 km Radius bestehen für die Konsumentinnen und Konsumenten im lokalen Absatzmarkt Castione in Italien zwei Alternativen: Brico Io¹²⁹ mit drei Verkaufsstellen und Brico OK¹³⁰ mit fünf Verkaufsstellen.

152. Da der lokale Absatzmarkt Castione zudem Überlappungen mit dem lokalen Absatzmarkt San Antonino (Standort Jumbo, San Antonino) hat, ist ein allfälliger Konkurrenzdruck von diesem Absatzmarkt auf jenen in Castione ebenfalls zu berücksichtigen (vgl. oben Rz 134 ff.):¹³¹ Im lokalen Absatzmarkt San Antonino ist neben Coop Bau&Hobby sowie Jumbo-Markt, OBI und Brico auch Migros Do it + Garden mit drei Verkaufsstellen aktiv. Zudem ist ein kleiner regionaler Bau- und Heimwerkermarkt, FELA, in diesem lokalen Absatzmarkt tätig. FELA bietet Produkte aus vielen relevanten Produktgruppen (vgl. oben Rz 37) an, Ausnahme sind Wand/Boden, Beleuchtung, Haushaltswaren/Hausrat, Wohnen/Deko und Heimtextilien¹³², womit den Konsumentinnen und Konsumenten zumindest für ein Bündel von Teilsortimenten eine alternative Einkaufsmöglichkeit zu Verfügung steht. Die Marktanteile in diesem lokalen Absatzmarkt San Antonino betragen im Jahr 2020 für Coop Bau&Hobby [20–30] % und für Jumbo-Markt [10–20] %, womit ein kumulierter Marktanteil von Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt von [30–40] % resultiert. Brico folgt mit einem Marktanteil von [20–30] %. OBI, Migros Do it + Garden sowie FELA verfügen über einen Marktanteil von [20–30] %, [10–20] % bzw. [0–10] %. Berücksichtigt man auch in diesem lokalen Absatzmarkt den Fach- und Spezialhandel als dem relevanten Markt zugehörig¹³³, verfügen Coop Bau&Hobby ([0–10] %) und Jumbo-Markt ([0–10] %) im Jahr 2020 über einen kumulierten Marktanteil von [10–20] %.¹³⁴

153. Das Zusammenschlussvorhaben erhöht die Konzentration auf dem lokalen Absatzmarkt Castione. Gestützt auf die obigen Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem lokalen Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs Castione eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Lokaler Absatzmarkt Mendrisio

154. Im lokalen Absatzmarkt Mendrisio (Standort Coop Bau&Hobby, Mendrisio) ist bei Anwendung eines Marktradius von 20 km neben Jumbo-Markt mit einer Verkaufsstelle (Standort Jumbo, Grancia) ebenfalls ein weiterer national tätiger Bau- und Heimwerkermarkt mit Vollsortiment aktiv, nämlich Migros Do it + Garden mit drei Verkaufsstellen. Zudem ist der regionale Bau- und Heimwerkermarkt Brico mit sechs Verkaufsstellen auch in diesem lokalen Absatzmarkt tätig. In diesem lokalen Absatzmarkt weisen Coop Bau&Hobby ([10–20] %) und

Jumbo-Markt ([20–30] %) im Jahr 2020 einen kumulierten Marktanteil von [30–40] % auf. Migros Do it + Garden verfügt über einen Marktanteil von [20–30] % und Brico über einen solchen von [30–40] %. Das Zusammenschlussvorhaben erhöht damit die Konzentration im lokalen Absatzmarkt Mendrisio.

155. Wie weiter oben ausgeführt (vgl. oben Rz 132 f.), üben der Fach- und Spezialhandel¹³⁵ sowie der Online-Handel ebenfalls auf lokaler Ebene einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment aus. Betrachtet man sowohl den Fach- und Spezialhandel als auch den Online-Handel als dem relevanten Markt zugehörig¹³⁶, verfügen Coop Bau&Hobby ([0–10] %) und Jumbo-Markt ([10–20] %) im Jahr 2020 über einen kumulierten Marktanteil von [10–20] %. Migros Do it + Garden verfügt über einen Marktanteil von [0–10] % und Brico über einen solchen von [10–20] %. Auch zu berücksichtigen ist, dass sich der nationale Wettbewerb ebenfalls auf lokaler Ebene auswirkt (vgl. oben Rz 137 f.). Schliesslich bestehen auch im lokalen Absatzmarkt Mendrisio unter Anwendung des 20 km Radius für die Konsumentinnen und Konsumenten in Italien die zwei Alternativen Brico Io und Brico OK.

156. Das Zusammenschlussvorhaben erhöht die Konzentration auf dem lokalen Absatzmarkt Mendrisio. Gestützt auf die obigen Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem lokalen Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs Mendrisio eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Lokaler Absatzmarkt Grancia

157. Zur Analyse des lokalen Absatzmarktes *Grancia* wird ein Marktkreis mit einem Radius von 20 km um die Verkaufsstelle von Jumbo-Markt (Standort Jumbo, Grancia) gezogen. Dieser Absatzmarkt überlappt sich mit dem lokalen Absatzmarkt Mendrisio, bei welchem ein Marktkreis mit einem Radius von 20 km um die Verkaufsstelle von Coop Bau&Hobby (Standort Coop Bau&Hobby, Mendrisio) gezogen wird (vgl. oben Rz 154). Im lokalen Absatzmarkt Grancia herrschen somit ähnliche Wettbewerbsverhältnisse wie im lokalen Absatzmarkt Mendrisio.

¹²⁸ Vgl. Fn 109.

¹²⁹ Brico Io ist eine italienische Aktiengesellschaft, welche 100 Baumärkte (zwischen 1'500 und 3'000 m²) in Italien betreibt. Vgl. <<https://www.bricio.it/it-IT-it/static/chisiamo.aspx>> [16. Juli 2021].

¹³⁰ Brico OK betreibt mehr als 100 franchisierte Filialen in Italien. Vgl. <<https://www.bricook.it/chi-siamo.php>> [16. Juli 2021].

¹³¹ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch mit dem lokalen Absatzmarkt Tenero Überlappungen bestehen (vgl. Fn 125). In diesem lokalen Absatzmarkt sind bis auf FELA die gleichen Akteure tätig wie im lokalen Absatzmarkt San Antonino, womit die Wettbewerbsverhältnisse ähnlich sind.

¹³² Vgl. <<https://felaticino.ch/de/homepage-de/>> [16. Juli 2021].

¹³³ Vgl. Fn 109.

¹³⁴ Brico verfügt in diesem Fall über einen Marktanteil von [0–10] %, OBI, Migros Do it + Garden sowie FELA über einen Marktanteil von [0–10] %, [0–10] % bzw. [0–10] %.

¹³⁵ Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien sind im lokalen Absatzmarkt Mendrisio diverse Fachhändler tätig.

¹³⁶ Vgl. Fn 109.

158. Im lokalen Absatzmarkt Grancia ist neben Jumbo-Markt und Coop Bau&Hobby ebenfalls Migros Do it + Garden mit vier Verkaufsstellen aktiv. Zudem ist der regionale Bau- und Heimwerkermarkt Brico mit sechs Verkaufsstellen auch in diesem lokalen Absatzmarkt tätig. In diesem lokalen Absatzmarkt weisen Coop Bau&Hobby ([10–20] %) und Jumbo-Markt ([20–30] %) im Jahr 2020 einen kumulierten Marktanteil von [30–40] % auf. Migros Do it + Garden verfügt über einen Marktanteil von [20–30] % und Brico über einen solchen von [30–40] %. Das Zusammenschlussvorhaben erhöht damit die Konzentration im lokalen Absatzmarkt Grancia. Betrachtet man wiederum sowohl den Fach- und Spezialhandel als auch den Online-Handel als dem relevanten Markt zugehörig¹³⁷, verfügen Coop Bau&Hobby ([0–10] %) und Jumbo-Markt ([0–10] %) im Jahr 2020 über einen kumulierten Marktanteil von [10–20] %. Migros Do it + Garden verfügt über einen Marktanteil von [10–20] % und Brico über einen solchen von [10–20] %. Wiederum auch zu berücksichtigen ist, dass sich der nationale Wettbewerb ebenfalls auf lokaler Ebene auswirkt (vgl. oben Rz 137 f.). Schliesslich besteht auch im lokalen Absatzmarkt Grancia unter Anwendung des 20 km Radius für die Konsumentinnen und Konsumenten in Italien eine Alternative, nämlich eine Verkaufsstelle von Brico OK.

159. Das Zusammenschlussvorhaben erhöht die Konzentration auf dem lokalen Absatzmarkt Grancia. Gestützt auf die obigen Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem lokalen Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs Grancia eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Lokale Absatzmärkte mit zwei Konkurrenten

160. In weiteren 26 lokalen Absatzmärkten¹³⁸ mit Marktradien von 20 km sind neben Coop Bau&Hobby sowie Jumbo-Markt zwei weitere Bau- und Heimwerkmärkte mit Vollsortiment (vgl. dazu oben Rz 35 und Rz 78 ff.) aktiv (vgl. oben Rz 90 f.). Dies bedeutet, dass in diesen lokalen Absatzmärkten den Konsumentinnen und Konsumenten neben Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt jeweils zwei alternative Bau- und Heimwerkmärkte mit Vollsortiment (BAUHAUS, Hornbach, die LANDI Läden, Migros Do it + Garden oder OBI) zur Verfügung stehen.

161. In Bezug auf diese lokalen Absatzmärkte kann gestützt auf die vorangehenden Analysen der lokalen Absatzmärkte mit weniger Konkurrenten, d.h. keinem bzw. einem Konkurrenten, in summarischer Form Folgendes festgehalten werden: Bei der Beurteilung der aktuellen Konkurrenz in diesen lokalen Absatzmärkten üben der Fach- und Spezialhandel sowie der Online-Handel ebenfalls Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkmärkte mit Vollsortiment aus. Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass sich vorliegend der nationale Wettbewerb auch auf lokaler Ebene auswirkt und Wettbewerbsdruck von Konkurrenten aus sich überlappenden lokalen Absatzmärkten bestehen kann. Zudem scheint eine Ausweitung des Marktradius auf 30 km, insbesondere bei grossflächigen Verkaufsstellen, durchaus gerechtfertigt, womit die Konsumentinnen und Konsumenten zusätzliche Alternativen zur Auswahl haben. Schliesslich übt der Einkaufstourismus in grenznahen

lokalen Absatzmärkten Wettbewerbsdruck aus und bestehen für Konsumentinnen und Konsumenten in diesen lokalen Absatzmärkten Alternativen im Ausland.

162. Gestützt auf die obigen Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den lokalen Absatzmärkten für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs mit zwei Konkurrenten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.2.1.5. Kollektive Marktbeherrschung

163. Ein Zusammenschluss kann eine marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen – als kollektive Marktbeherrschung – begründen oder verstärken (im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG). Zu prüfen ist, ob erstens Anreize zu kollusivem Verhalten¹³⁹ gegeben sind und ob zweitens ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Um die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung zu prüfen, werden folgende Kriterien herangezogen: Die Anzahl der beteiligten Unternehmen, deren Marktanteile, die Marktkonzentration, die Symmetrien, die Homogenität des Produktes, das Marktwachstum, die Markttransparenz, die Multimarktbeziehungen, die Stellung der Marktgegenseite und die potenzielle Konkurrenz.¹⁴⁰

164. Vorliegend wird der Vollständigkeit halber in summarischer Form der Frage nachgegangen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss von Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Coop Bau&Hobby/Jumbo-Markt und Migros Do it + Garden im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene begründet oder verstärkt wird.

165. Wie oben bereits ausgeführt (vgl. oben Rz 94 ff.), verfügen Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt im Jahr 2020 über einen kumulierten Marktanteil von [30–40] % (vgl. Tabelle 6), wenn der Absatzmarkt in sachlicher Hinsicht eng abgegrenzt wird, d.h. einzig Bau- und Heimwerkmärkte bzw. Wettbewerber mit Vollsortiment als dem relevanten Markt zugehörig betrachtet werden.

¹³⁷ Vgl. Fn 109.

¹³⁸ Dabei handelt es sich um die folgenden lokalen Absatzmärkte: Chavannes-de Bogis, Collombey, Conthey, Delémont, Frick, Genf, Genf-Meyrin, La Chaux-de-Fonds, La Chaux-de-Fonds Entilles, Langnau, Marin-Epagnier, Monthey, Netstal, Onex, Tenero, San Antonino, Schaffhausen, Schattdorf, Seewen, Vevey, Wattwil, Weinfelden, Widnau, Willisau, Würenlingen, Zuchwil.

¹³⁹ Vgl. für ökonomische Erkenntnisse betreffend kollusivem Verhalten und kollektiver Marktbeherrschung RPW 2008/4, 630 Rz 249 ff., *Coop/Carrefour* und RPW 2008/1, 184 Rz 455, *Migros/Denner*.

¹⁴⁰ Vgl. RPW 2018/, 970 Rz 185, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2017/3, 483 Rz 132, *BLS AG/Transport Ferroviare Holding SAS*; RPW 2016/1, 121 Rz 424 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2016/1, 281 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 Rz 252, *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 184 Rz 455, *Migros/Denner*.

Migros Do it + Garden weist einen Marktanteil von [0–10] % auf. Coop Bau&Hobby/Jumbo-Markt und Migros Do it + Garden würden damit in der Summe einen Marktanteil von [40–50] % aufweisen. Würden die OBI-Märkte, welche von der Migros-Gruppe als Franchisenehmerin betrieben werden, auch zu Migros Do it + Garden gezählt, würde der gemeinsame Marktanteil von Migros Do it + Garden/OBI um [0–10] % auf [10–20] % erhöht und der gemeinsame Marktanteil von Coop Bau&Hobby/Jumbo Markt und Migros Do it + Garden/OBI würde [50–60] % betragen (vgl. Tabelle 6). Allerdings lassen sich die OBI-Märkte nicht ohne Weiteres Migros Do it + Garden zuordnen, denn die beiden Organisationen OBI-Märkte und Migros Do it + Garden arbeiten gemäss Angaben von Migros vollständig unabhängig, insbesondere finde keine Abstimmung in den Bereichen Sortiment, Werbung und Preise statt (vgl. oben Rz 84).

166. Zu den ausgewiesenen kumulierten Marktanteilen ist anzuführen, dass sowohl der Fach- und Spezialhandel wie auch der Online-Handel einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment ausüben (vgl. hierzu oben die Ausführungen in Rz 38 ff.). Bei Anwendung einer weiten sachlichen Marktabgrenzung, bei welcher auch der Fach- und Spezialhandel als dem relevanten Markt zugehörig betrachtet wird, weisen Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt einem kumulierten Marktanteil von [20–30] % im Jahr 2020 auf (vgl. Tabelle 7). Migros Do it + Garden verfügt über einen Marktanteil von [0–10] %, womit die Zusammenschlussparteien und Migros Do it + Garden in der Summe über einen Marktanteil von [20–30] % (bzw. unter Berücksichtigung von OBI [20–30] %) verfügen würden. Im genannten Absatzmarkt sind neben den Zusammenschlussparteien und Migros Do it + Garden vier weitere etablierte und bekannte, teilweise international tätige Unternehmen aktiv. Diese weisen teilweise höhere Marktanteile auf als Migros Do it + Garden. So verfügen die LANDI Läden über einen Marktanteil von [30–40] % bzw. [0–10] % bei einer engen bzw. weiten sachlichen Marktabgrenzung. Hornbach weist einen Marktanteil von [0–10] % bei einer engen und von [0–10] % bei einer weiten sachlichen Marktabgrenzung auf. Angesichts der beschriebenen Marktstruktur und Marktanteile erscheint eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien und Migros Do it + Garden unwahrscheinlich.

167. Der Grad der Symmetrien zwischen Unternehmen wird als zentraler Indikator für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung angesehen.¹⁴¹ Zwischen Coop Bau&Hobby/Jumbo-Markt sowie Migros Do it + Garden (und gegebenenfalls OBI) besteht insoweit eine Symmetrie, als dass diese ein vergleichbares Sortiment anbieten. Zudem besteht insofern eine Symmetrie als sowohl die Coop-Gruppe als auch die Migros-Gruppe in ihrer Unternehmensstruktur, Rechtsform, ihren Tätigkeitsgebieten und Absatzgebieten ähnlich sind. Hingegen besteht eine Asymmetrie betreffend die Anzahl Verkaufsstellen, welche sich durch den Zusammenschluss nochmals verstärkt.¹⁴² Zudem besteht insbesondere eine sehr starke Asymmetrie bezüglich der Marktanteile (vgl. oben Rz 165 f.), was als deutliches Indiz gegen eine kollektive Marktbeherrschung zu werten ist. Schliesslich

ist der Umstand, dass die Migros-Gruppe als Franchisenehmerin die OBI-Märkte betreibt, als asymmetrisches Charakteristikum zu werten.

168. Stabile Marktverhältnisse erhöhen die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung.¹⁴³ Die Marktanteilsentwicklung der letzten drei Jahre hat einerseits gezeigt, dass die Marktanteilsverteilung in dieser Zeit im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene relativ stabil war. Andererseits ist der Markt im Jahr 2020 um 10 % gewachsen¹⁴⁴ und hat – u.a. begünstigt durch die Corona-Krise – einen regelrechten Schub erhalten.¹⁴⁵ Zunehmend erhöhen auch Online-Händler ihr Angebot im Bereich Baumarkt- und Gartenbedarf (vgl. oben Rz 47). Zudem zeigt die Befragung der Konkurrenten von Coop Bau&Hobby sowie Jumbo-Markt (vgl. oben Rz 8), dass [...]. Dem Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs ist somit durchaus eine gewisse Dynamik zuzusprechen.

169. Die oben beschriebenen Prüfkriterien, insbesondere die Marktstruktur und Marktanteilsverteilung sowie der Grad der Symmetrie, zeigen, dass eine Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Coop Bau&Hobby/Jumbo-Markt und Migros Do it + Garden (gegebenfalls mit OBI) im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene als unwahrscheinlich einzustufen ist. Aus diesem Grund wurde auf eine eingehendere Prüfung der Frage nach Anhaltspunkten für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Coop Bau&Hobby/Jumbo-Markt und Migros Do it + Garden verzichtet.

170. Da eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Coop Bau&Hobby/Jumbo-Markt und Migros Do it + Garden auf nationaler Ebene als unwahrscheinlich einzustufen ist, gilt insbesondere angesichts der nationalen Preis- und Sortimentspolitik der [...] gleiches auch für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung auf lokaler Ebene. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass nur in zwei lokalen Absatzmärkten, nämlich Mendrisio und Grancia, Migros Do it + Garden als einziger Wettbewerber mit Vollsortiment der Zusammenschlussparteien tätig ist. Diesbezüglich ist auf die Analyse der dortigen Wettbewerbssituation zu verweisen (vgl. oben Rz 154 ff.).

¹⁴¹ Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 187 Rz 480, *Migros/Denner*, m.w.H.

¹⁴² Coop Bau&Hobby ist mit 84 Verkaufsstellen aktiv, Jumbo-Markt betreibt 40 Verkaufsstellen. Migros Do it + Garden betreibt 40 Verkaufsstellen.

¹⁴³ Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*, m.w.H.

¹⁴⁴ Vgl. Baumarktmonitor von GfK. Vgl. auch <<https://www.stores-shops.de/konzept/baumarktbranche-2020-mit-rekordumsatz/>> [16. Juli 2021].

¹⁴⁵ Vgl. bspw. <<https://www.luzernerzeitung.ch/wirtschaft/wegen-corona-die-kunden-sturmen-baumarkte-und-mobelladen-woran-liegt-das-ld.1252639/>> [16. Juli 2021].

171. Gestützt auf die obigen Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den hier zu beurteilenden Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien zusammen mit Migros Do it + Garden (und gegebenenfalls OBI) im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler oder lokaler Ebene begründet oder verstärkt wird.

172. Der Vollständigkeit halber ist auf Folgendes hinzuweisen: In Bezug auf die Marktanteile ist zwar festzustellen, dass durch den Zusammenschluss eine Symmetrie betreffend die Marktanteile von Coop Bau&Hobby/Jumbo-Markt (kumulierter Marktanteil von [30–40] %) und den LANDI Läden [30–40] % entsteht (vgl. oben Rz 165 f.). Diese Symmetrisierung kommt jedoch nur zustande, wenn der sachlich relevante Markt eng abgegrenzt wird. Bei Anwendung einer weiten sachlichen Marktabgrenzung, bei welcher auch der Fach- und Spezialhandel als dem relevanten Markt zugehörig betrachtet wird, weisen die Zusammenschlussparteien einem kumulierten Marktanteil von [20–30] % und die LANDI Läden einen solchen von [0–10] % auf (vgl. Tabelle 7). Zudem bestehen zwischen Coop Bau&Hobby/Jumbo-Markt sowie den zur fenaco-LANDI-Gruppe gehörenden LANDI Läden starke Asymmetrien bezüglich bspw. ihrer Unternehmensstruktur (vgl. oben Rz 82), ihrem Tätigkeitsgebiet¹⁴⁶ und der Anzahl Verkaufsstellen¹⁴⁷. Deshalb ist eine Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Coop Bau&Hobby/Jumbo-Markt und den LANDI Läden auszuschliessen und diese Frage an dieser Stelle nicht weiter zu vertiefen.

B.4.2.1.6. Fazit

173. Vorliegend sind die folgenden Absatzmärkte auf nationaler Ebene gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU durch den Zusammenschluss betroffene Märkte: Der Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs auf nationaler Ebene ist sowohl bei einer engen als auch bei einer weiten sachlichen Marktabgrenzung unter Berücksichtigung des Fach- und Spezialhandels ein betroffener Markt. Bei einer sachlichen Abgrenzung nach Produktgruppen des Baumarkt- und Gartenbedarfs, welche der Vollständigkeit halber in Betracht gezogen wurde, sind die hypothetischen Absatzmärkte Garten, Werkzeuge/Maschinen, Wand/Boden, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Beleuchtung, Holz, Automotive und Elektro auf nationaler Ebene betroffen.

174. Die Analyse der Wettbewerbssituation auf nationaler Ebene hat ergeben, dass im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs aktuelle Konkurrenz in ausreichendem Masse vorhanden ist, um die Zusammenschlussparteien zukünftig zu disziplinieren. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in diesem Absatzmarkt führt.

175. Die Analyse der Wettbewerbssituation auf nationaler Ebene hat zudem gezeigt, dass keine Anhaltspunkte bestehen, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung

einer marktbeherrschenden Stellung in den hypothetischen Absatzmärkten Garten, Werkzeuge/Maschinen, Beleuchtung, Elektro, Wand/Boden, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Holz und Automotive führt.

176. Auf lokaler Ebene wurden 34 lokale Absatzmärkte als möglicherweise wettbewerbsrechtlich problematisch identifiziert. Es handelt sich dabei um lokale Absatzmärkte, in welchen sowohl Coop Bau&Hobby als auch Jumbo-Markt tätig sind und weniger als drei ihrer Konkurrenten, d.h. Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment, über Verkaufsstellen verfügen. Die detaillierte Analyse der Wettbewerbssituation auf lokaler Ebene hat gezeigt, dass trotz teilweiser hoher Konzentrationszunahme keine Anhaltspunkte bestehen, dass der Zusammenschluss in diesen 34 lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

177. Eine summarische Prüfung hat gezeigt, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den hier zu beurteilenden Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien zusammen mit Migros Do it + Garden im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.2 Beschaffungsmärkte

Angaben der Zusammenschlussparteien

178. Grundsätzlich lassen sich die Beschaffungsmärkte für die in Bau- und Heimwerkermärkten angebotenen Produkte gestützt auf Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt umschreiben: Ein [...] Anteil der Produkte wird im asiatischen Raum produziert und in der Folge in die Schweiz importiert. [...] in den Produktkategorien Heimwerker/Elektro sowie Freizeit/Sport/Deko stammen [...] % der Waren aus Fernost. [...] bei den Produkten Garten/Pflanzen werden [...] % der Waren in der Schweiz produziert bzw. angebaut (vgl. oben Rz 71).

179. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien verkauften Lieferanten im Regelfall ihre Produkte nicht nur an die Betreiber von Bau- und Heimwerkermärkten, sondern auch an Fachhändler. [...]. Die grossen Abnehmer dieser Baustoffhändler seien hier vielmehr die Bauunternehmen des Hoch- und Tiefbaus sowie die gesamte Baubranche.

180. Schliesslich würden Do-it-yourself-Produkte von einer Vielzahl von Händlern und Lieferanten bezogen. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass diese Lieferanten und Hersteller auch über verschiedene Absatzkanäle (spezialisierte Fachhändler, Internethandel oder den Direktvertrieb) verfügen und entsprechend keine betroffenen Märkte auf der Beschaffungsseite durch das Zusammenschlussvorhaben entstehen würden.

¹⁴⁶ So bieten die LANDI Läden neben einem Baumarkt- und Gartenbedarfssortiment auch ein Sortiment an Landwirtschaftsprodukten (bspw. Produkte der Grosstierpflege) an. Vgl. <<https://www.landi.ch/shop>> [16. Juli 2021].

¹⁴⁷ Die LANDI Läden weisen [...] Verkaufsstellen aus, vgl. auch Fn 142.

Individuelle Abhängigkeiten

181. Gestützt auf die Vielzahl der Lieferanten und die Sensitivität der notwendigen Informationen war es schwierig zu ermitteln, ob durch das Zusammenschlussvorhaben neu Lieferanten von den Zusammenschlussparteien abhängig werden können. Es besteht das Risiko, dass für einzelne Lieferanten nach dem Zusammenschluss das gemeinsame Beschaffungsvolumen der Zusammenschlussparteien über 30 % liegt und damit möglicherweise individuelle Abhängigkeiten vorliegen.¹⁴⁸

182. Laut den Zusammenschlussparteien arbeite eine [...] Anzahl von Lieferanten bereits heute mit der Coop-Gruppe und Jumbo-Markt zusammen. Nach dem Zusammenschluss komme es diesbezüglich zu einer Bündelung der Beschaffungsvolumina der Zusammenschlussparteien. Derzeit rechne Coop nicht damit, dass [...]. Eine Auswertung von möglicherweise individuell abhängigen Lieferanten habe aber ergeben, dass (i) bereits heute ausschliesslich eine sehr geringe Zahl von mutmasslich abhängigen Lieferanten bestehen würde und (ii) lediglich betreffend eine kleine Anzahl von Lieferanten die Gefahr bestehe, dass sie aufgrund des Zusammenschlusses zu solchen würden. Sollte bezüglich dieser Minderheit von Lieferanten in Zukunft eine Abhängigkeit entstehen, werde Coop auf deren Behandlung ein spezielles Augenmerk legen. Die geringe Anzahl von mutmasslich abhängigen Lieferanten lasse sich dadurch erklären, dass die Produzenten von Do-it-yourself-Produkten (i) teilweise sehr starke globale Marken seien (z.B. Bosch, Kärcher, Husqvarna etc.) oder (ii) die Produkte aus Fernost stammten und lediglich in die Schweiz importiert würden.

183. Coop identifizierte zwölf Lieferanten, bei welchen das Beschaffungsvolumen der Zusammenschlussparteien über 30 % des Umsatzes des jeweiligen Lieferanten ausmachen könnte (Liste betreffend mutmasslich vom Zusammenschlussvorhaben stark betroffener Lieferanten von Jumbo-Markt und Coop Bau&Hobby). Lieferanten, bei welchen Indizien einer Abhängigkeit bestehen, seien von Coop schon in der Vergangenheit immer mit einem besonderen Augenmass behandelt worden und es sei darauf geachtet worden, dass sich Konditionenänderungen immer strikte nach dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung orientieren würde. Diesen Grundsatz werde Coop gegenüber Bau&Hobby-Lieferanten auch in Zukunft umfassend wahrnehmen.

Marktanteilsschätzung

184. Weder dem Sekretariat noch den Zusammenschlussparteien liegen Daten zum gesamten Beschaffungsvolumen der nach Produktgruppen für Baumarkt- und Gartenbedarf abgegrenzten Beschaffungsmärkte vor, an welchen sich die Beschaffungsvolumina der Coop Gruppe und Jumbo-Markt messen liessen.

185. Zwecks Schätzung der Marktanteile wurde deshalb die Annahme vorgenommen, dass die Coop-Gruppe und Jumbo-Markt beschaffungsseitig über ähnlich hohe Marktanteile verfügen wie in den Absatzmärkten nach Produktgruppen (sog. «Spiegelbildtheorie»¹⁴⁹), wobei die Zusammenschlussparteien diese Annahme für unzutreffend halten, da die Lieferanten nicht nur die Betreiber von Heimwerkermärkten, sondern auch den Fachhandel

beliefern und die so geschätzten Marktanteile deshalb zu hoch ausgewiesen würden. Die anhand dieser Marktanteilsschätzung mutmasslich betroffenen Beschaffungsmärkte lassen sich der Tabelle 4 (vgl. oben Rz 89) entnehmen.

186. Ausgehend von dieser Marktanteilsschätzung wurden für die Marktbefragung einerseits 19 Lieferanten aus den gemäss Tabelle 4 klar betroffenen Märkten Wand/Boden, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Holz sowie Automotive ausgewählt. Andererseits wurden die zwölf Lieferanten befragt, welche die Zusammenschlussparteien als möglicherweise individuell abhängig und deshalb als mutmasslich vom Zusammenschlussvorhaben stark betroffen identifizierten (vgl. oben Rz 183). Die Marktbefragung der Lieferanten sollte erlauben, trotz fehlender Beschaffungsmarktdaten und zuverlässiger Schätzungen ein besseres Bild der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Lieferanten zu erhalten. Die 19 Lieferanten aus den vorgenannten Produktgruppen und die von den Zusammenschlussparteien genannten zwölf mutmasslich stark betroffenen Lieferanten haben den zugestellten Fragebogen allesamt beantwortet.

Auswertung Marktbefragung

187. Zu den befragten Lieferanten ist zunächst festzustellen, dass diese in unterschiedlichem Umfang in allen Produktgruppen für Baumarkt- und Gartenbedarf tätig sind, jedoch schwerpunktmässig in den vier Gruppen Wand/Boden, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Holz sowie Automotive. Alle 31 befragten Unternehmen beliefern Coop Bau&Hobby mit Produkten; dies gilt bis auf zwei Unternehmen auch für Jumbo-Markt. Hinsichtlich des Anteils des Umsatzes mit den Zusammenschlussparteien am Gesamtumsatz unterscheiden sich die möglicherweise stark betroffenen Lieferanten von den übrigen befragten Lieferanten. Konkret gaben erstere an, dass diese in den Jahren 2018 bis 2020 im Durchschnitt ungefähr [40–50] % ihres Umsatzes mit der Coop-Gruppe und/oder Jumbo-Markt erzielten. Hingegen liegt dieser Anteil in den Jahren 2018 bis 2020 bei den übrigen befragten Lieferanten im Durchschnitt bei nur ungefähr [20–30] %.

188. Gefragt nach weiteren Absatzkanälen gaben die Lieferanten an, dass sie neben den Baumärkten der Zusammenschlussparteien auch andere Baumärkte beliefern würden, zudem nutzen über 80 % den Spezial-/Fachhandel sowie knapp 75 % auch andere Vertriebskanäle, darunter beispielsweise den E-Commerce oder den Direktvertrieb. Dennoch geben die meisten Lieferanten an, dass ein hypothetischer Umsatzverlust mit der Coop-Gruppe und/oder Jumbo-Markt nur in begrenztem Umfang über bestehende oder neue Vertriebskanäle kompensiert werden könnte.

¹⁴⁸ Vgl. RPW 2008/1, 201 Rz 604 ff., *Migros/Denner*.

¹⁴⁹ Vgl. RPW 1997/3, 380 Rz 83 ff., *Migros/Globus*.

189. Hinsichtlich ihrer aktuellen Verhandlungsposition gegenüber Coop Bau&Hobby und/oder Jumbo-Markt bezeichnen diese zwei Drittel als (tendenziell) nicht stark, ein Drittel bezeichnet diese als zumindest ausgeglichen. Die Lieferanten beurteilen die Auswirkungen eines allfälligen Zusammenschlusses von Coop Bau&Hobby und Jumbo-Markt auf die Wettbewerbsintensität auf den Beschaffungsmärkten zu einem Drittel als neutral und zu zwei Dritteln als eher negativ. Auch die Auswirkung des Zusammenschlussvorhabens auf die eigene Wettbewerbsposition wird zu einem Drittel eher als neutral und zu zwei Dritteln als eher negativ eingeschätzt. Lieferanten gaben insbesondere an, dass eine grössere Konzentration im Markt zu Druck auf die Preise führe und gegebenenfalls infolge Auslistungen die Angebotsvielfalt verringern könnte.

190. Nachstehend werden die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Lieferanten von Jumbo-Markt und der Coop-Gruppe in den vier Produktgruppen Wand/Boden, Eisenwaren/ Sicherungstechnik, Holz und Automotive analysiert.

191. Hinsichtlich ihrer Marktanteile im Schweizer Beschaffungsmarkt für alle vier Produktgruppen (Wand/Boden, Eisenwaren/ Sicherungstechnik, Holz und Automotive) geben die Zusammenschlussparteien an, dass sie aufgrund von internen Schätzungen nicht davon ausgehen würden, dass ihre Marktanteile zusammen 20 % oder mehr betrage bzw. ihr Marktanteil in der Schweiz je einzeln 30 % oder mehr betragen würde.

Beschaffungsmarkt Wand/Boden

192. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien stammten die Produkte im Beschaffungsmarkt Wand/Boden [...] aus der Schweiz, [...] aus Fernost bzw. dem übrigen Europa. Diese Einschätzung würde allfällig auch eine weitere räumliche Abgrenzung der Märkte stützen (vgl. oben Rz 70), was im Ergebnis die Marktanteile der Zusammenschlussparteien auf diesem Markt überschätzt. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien seien die Lieferanten daher [...] Schweizer Grosshändler, welche auch den Fachhandel (Maler-geschäfte, Bodenverlegerbetriebe, Zimmerer, Stuckateure, Lackierer, Fliesenleger, Schreiner) belieferten. Produzenten in der Schweiz gebe es [...]. Eigenmarken würden [...]. Zurzeit geht Coop nicht davon aus, dass [...]. Grundsätzlich möchte Coop [...].

193. Die Marktbefragung hat ausserdem ergeben, dass die befragten Lieferanten aus der Produktgruppe Wand/Boden in den Jahren 2018 bis 2020 einen Umsatzanteil von durchschnittlich [20–30] % am Gesamtumsatz mit den Zusammenschlussparteien erzielten. Zu weiteren Absatzkanälen gaben alle befragten Lieferanten der Produktgruppe Wand/Boden an, auch andere Baumärkte zu beliefern. Zudem beliefert eine Mehrheit auch den Spezial-/Fachhandel. Für detailliertere Ausführungen zu den Abnehmern und deren Marktanteilen auf dem Absatzmarkt Wand/Boden sei auch auf die entsprechenden Ausführungen in Rz 116 verwiesen.

194. Auf dem Beschaffungsmarkt Wand/Boden ist auf nationaler Ebene von einem Marktanteil für die Coop-Gruppe von [10–20] % und für Jumbo-Markt von [10–20] % auszugehen, daher erreichen die Zusammen-

schlussparteien nach dem Zusammenschluss einen kumulierten Marktanteil von [30–40] % (vgl. Tabelle 4).

195. Angesichts der Tatsache, dass den Lieferanten mit anderen (etablierten) Baumärkten und dem Spezial-/Fachhandel alternative Absatzkanäle zur Verfügung stehen, und der Tatsache, dass aufgrund der engen räumlichen Marktabgrenzung die tatsächlichen Marktanteile überschätzt werden, bestehen insgesamt keine Anhaltspunkte, dass durch den Zusammenschluss auf dem Beschaffungsmarkt Wand/Boden eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Beschaffungsmarkt Eisenwaren/Sicherungstechnik

196. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien stammten die Produkte im Beschaffungsmarkt Eisenwaren/Sicherungstechnik [...] aus dem Ausland bzw. werden dort produziert. Daher wäre auch in diesem Markt eine weitere als nationale räumliche Marktabgrenzung denkbar und eine Überschätzung der Marktanteile der Zusammenschlussparteien möglich (vgl. oben Rz 192). Die Lieferanten seien [...] Schweizer Grosshändler, die auch den Fachhandel (Schlosserbetriebe, Metallbauerbetriebe) belieferten. Eigenmarken würden [...]. Zurzeit gehe Coop nicht davon aus, dass [...]. [...] möchte Coop [...].

197. Die Marktbefragung hat ausserdem ergeben, dass die befragten Lieferanten aus der Produktgruppe Eisenwaren/Sicherungstechnik in den Jahren 2018 bis 2020 einen Umsatzanteil von durchschnittlich [30–40] % am Gesamtumsatz mit den Zusammenschlussparteien erzielten. Zu weiteren Absatzkanälen gaben alle befragten Lieferanten der Produktgruppe Eisenwaren/Sicherungstechnik an, andere Baumärkte, den Spezial-/Fachhandel sowie auch andere Vertriebskanäle (z.B. Webshops) zu beliefern. Für detailliertere Ausführungen zu den Abnehmern und deren Marktanteilen auf dem Absatzmarkt Eisenwaren/Sicherungstechnik sei auch auf die entsprechenden Ausführungen in Rz 117 verwiesen.

198. Auf dem Beschaffungsmarkt Eisenwaren/Sicherungstechnik ist auf nationaler Ebene von einem Marktanteil der Coop-Gruppe von [10–20] % und von Jumbo-Markt von [10–20] % auszugehen, daher erreichen die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss einen kumulierten Marktanteil von [30–40] % (vgl. Tabelle 4).

199. Angesichts des Umstands, dass den Lieferanten mit anderen (etablierten) Baumärkten, dem Spezial-/Fachhandel sowie Webshops alternative Absatzkanäle zur Verfügung stehen, und der Tatsache, dass aufgrund der engen räumlichen Marktabgrenzung die tatsächlichen Marktanteile überschätzt werden, bestehen insgesamt keine Anhaltspunkte, dass durch den Zusammenschluss auf dem Beschaffungsmarkt Eisenwaren/Sicherungstechnik eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Beschaffungsmarkt Holz

200. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien stammten die Produkte im Beschaffungsmarkt Holz zu einem [...] Teil aus der Schweiz. Produkte nationaler Produzenten könnten gut vermarktet werden und seien

auch von den Kunden gewünscht. [...]. Die Lieferanten belieferten zudem auch Betreiber von Heimwerkerbaumärkten sowie den Fachhandel (Schreinereien, Zimmerer, Dachdecker, Garten- und Landschaftsbauer, Unternehmen im Baubedarf und Trockenbau). Coop gehe davon aus, dass [...].

201. Die Marktbefragung hat ausserdem ergeben, dass die befragten Lieferanten aus der Produktgruppe Holz in den Jahren 2018 bis 2020 einen Umsatzanteil von durchschnittlich [60–70] % am Gesamtumsatz mit den Zusammenschlussparteien erzielten. Hierzu ist zu ergänzen, dass [...]. Weitere Absatzkanäle für die befragten Lieferanten der Produktgruppe Holz stellen gestützt auf deren Angaben im Wesentlichen lediglich andere Baumärkte dar. Hinsichtlich weiterer Abnehmer für Lieferanten ergibt sich aus der Analyse im Absatzmarkt der Produktgruppe für Holz jedoch, dass nebst den Zusammenschlussparteien weitere Wettbewerber (dazu zählen Fach- und Spezialhändler, Gartencenter und Internethändler; vgl. Tabelle 9) einen Marktanteil von [20–30] % auf sich vereinen. Diese dürften für die Lieferanten von Holz potenzielle Absatzkanäle darstellen.

202. Auf dem Beschaffungsmarkt Holz ist auf nationaler Ebene von einem Marktanteil der Coop-Gruppe von [20–30] % und von Jumbo-Markt von [10–20] % auszugehen, daher erreichen die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss einen kumulierten Marktanteil von [30–40] % (vgl. Tabelle 4).

203. Angesichts des Umstandes, dass den Lieferanten mit anderen (etablierten) Baumärkten, Fach- und Spezialhändlern sowie Gartencentern alternative Absatzkanäle zur Verfügung stehen, bestehen insgesamt keine Anhaltspunkte, dass durch den Zusammenschluss auf dem Beschaffungsmarkt Holz eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Beschaffungsmarkt Automotive

204. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien stammten die Produkte im Beschaffungsmarkt Automotive [...] aus Fernost. Daher wäre auch in diesem Markt eine weitere als nationale räumliche Marktabgrenzung denkbar und eine Überschätzung der Marktanteile der Zusammenschlussparteien möglich (vgl. oben Rz 192). Lieferanten seien [...] Schweizer Grosshändler, die auch den Fachhandel belieferten. Zurzeit gehe Coop nicht davon aus, dass [...].

205. Die Marktbefragung hat ausserdem ergeben, dass von den befragten Lieferanten aus der Produktgruppe Automotive diese in den Jahren 2018 bis 2020 einen Umsatzanteil von durchschnittlich [10–20] % am Gesamtumsatz mit den Zusammenschlussparteien erzielten. Zu weiteren Absatzkanälen gaben alle befragten Lieferanten der Produktgruppe Automotive an, auch andere Baumärkte zu beliefern und einen grossen Umsatzanteil mit dem Spezial-/Fachhandel sowie über andere Vertriebskanäle (u.a. Garagen) zu generieren. Für weitere Ausführungen zu den Abnehmern und deren Marktanteilen auf dem Absatzmarkt Automotive sei auch auf die entsprechenden Ausführungen in Rz 119 verwiesen.

206. Auf dem Beschaffungsmarkt Automotive ist auf nationaler Ebene von einem Marktanteil der Coop-Gruppe von [20–30] % und von Jumbo-Markt von [20–

30] % auszugehen, daher erreichen die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss einen kumulierten Marktanteil von [40–50] % (vgl. Tabelle 4).

207. Angesichts der Tatsache, dass den Lieferanten mit anderen (etablierten) Baumärkten, dem Spezial-/Fachhandel sowie insbesondere über andere Vertriebswege (u.a. Garagen) alternative Absatzkanäle zur Verfügung stehen, und der Tatsache, dass aufgrund der engen räumlichen Marktabgrenzung die tatsächlichen Marktanteile überschätzt werden, bestehen im Ergebnis keine Anhaltspunkte, dass durch den Zusammenschluss auf dem Beschaffungsmarkt Automotive eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Fazit

208. Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Zusammenschlussvorhaben auf den beschaffungsseitigen Märkten für Baumarkt- und Gartenbedarf in den Produktgruppen Wand/Boden, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Holz und Automotive zu betroffenen Märkten führen könnte und eine Konzentrationszunahme bewirkt. Allerdings dürften den Lieferanten generell auch inskünftig genügend alternative Absatzalternativen zur Verfügung stehen, wobei einzelne individuelle Abhängigkeiten von Lieferanten von den Zusammenschlussparteien nicht auszuschliessen sind. Coop hat in diesem Zusammenhang zugesichert, Lieferanten, bei welchen Indizien einer Abhängigkeit bestehen, mit besonderem Augenmass zu behandeln und darauf zu achten, dass sich Konditionenänderungen immer strikte nach dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung orientieren.

209. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den nach Produktgruppen unterteilten Beschaffungsmärkten für den Baumarkt- und Gartenbedarf eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.3 Ergebnis

210. Die Analyse der Wettbewerbssituation auf nationaler Ebene hat ergeben, dass im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs aktuelle Konkurrenz in ausreichendem Masse vorhanden ist, um die Zusammenschlussparteien zukünftig zu disziplinieren. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in diesem Absatzmarkt führt.

211. Die Analyse der Wettbewerbssituation auf nationaler Ebene hat zudem gezeigt, dass keine Anhaltspunkte bestehen, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in den hypothetischen Absatzmärkten Garten, Werkzeuge/Maschinen, Beleuchtung, Elektro, Wand/Boden, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Holz und Automotive führt.

212. Auf lokaler Ebene wurden 34 lokale Absatzmärkte als möglicherweise wettbewerbsrechtlich problematisch identifiziert. Es handelt sich dabei um Absatzmärkte, in welchen sowohl Coop Bau&Hobby als auch Jumbo-Markt tätig sind und weniger als drei ihrer Konkurrenten,

d.h. Bau- und Heimwerkermärkte mit Vollsortiment, über Verkaufsstellen verfügen. Die Analyse der Wettbewerbssituation auf lokaler Ebene hat gezeigt, dass trotz teilweiser hoher Konzentrationszunahme keine Anhaltspunkte bestehen, dass der Zusammenschluss in diesen 34 lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

213. Eine summarische Prüfung hat gezeigt, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den hier zu beurteilenden Zusammenschluss, eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien zusammen mit Migros Do it + Garden im Absatzmarkt für den Detailhandel mit Produkten des Baumarkt- und Gartenbedarfs begründet oder verstärkt wird.

214. Beschaffungsseitig könnte das Zusammenschlussvorhaben in den Produktgruppen Wand/Boden, Eisenwaren/Sicherungstechnik, Holz und Automotive zu betroffenen Märkten führen. In diesen Märkten kommt es zu einer Konzentrationszunahme. Allerdings dürften den

Lieferanten generell auch inskünftig genügend alternative Absatzkanäle zur Verfügung stehen, wobei einzelne individuelle Abhängigkeiten von Lieferanten von den Zusammenschlussparteien nicht auszuschliessen sind. Coop hat in diesem Zusammenhang zugesichert, Lieferanten, bei welchen Indizien einer Abhängigkeit bestehen, mit besonderem Augenmass zu behandeln und darauf zu achten, dass sich Konditionenänderungen immer strikte nach dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung orientieren. Vor diesem Hintergrund bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den nach Produktgruppen unterteilten Beschaffungsmärkten für den Baumarkt- und Gartenbedarf eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

215. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

3. BMW/Daimler/BP/Digital Charging Solutions

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 23. September 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. September 2021

1. Am 6. September 2021 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über das bestehende Gemeinschaftsunternehmen Digital Charging Solutions GmbH – indirekt mittels YOUR NOW Holding GmbH – durch die derzeit kontrollierenden Gesellschaften Bayerische Motoren Werke AG (nachfolgend: BMW) und Daimler AG (nachfolgend: Daimler) einerseits und neu BP Europa SE (nachfolgend: BP) andererseits.

2. BMW mit Sitz in München (Deutschland) ist eine weltweit tätige Automobil- und Motorradherstellerin. Die BMW-Gruppe umfasst die vier Marken BMW, Rolls Royce, MINI und BMW Motorrad. Nebst der Entwicklung, der Produktion und des Marketings dieser Fahrzeuge bietet die BMW-Gruppe auch finanzielle Dienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden sowie Premium Services im Bereich der individuellen Mobilität an.¹

3. Daimler mit Sitz in Stuttgart (Deutschland) ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Automobilprodukten, hauptsächlich von Personenkraftwagen (PKW), Lastkraftwagen (LKW), Kleintransportern und Bussen, sowie in der Erbringung von finanziellen Dienstleistungen im Zusammenhang mit Automobilen (Finanzierung, Leasing, Versicherung und Fleet-Management-Dienstleistungen) tätig. Der Geschäftsbereich Mercedes-Benz Cars verkauft Personenkraftwagen unter den Marken Mercedes-Benz und Smart.²

4. BMW und Daimler haben im Jahr 2019 verschiedene Aktivitäten im Bereich Mobilitätsdienstleistungen in sechs Gemeinschaftsunternehmen zusammengeführt, unter anderem im Bereich des Ladevorgangs von Plug-in-Hybriden als auch batteriebetriebenen Elektrofahrzeugen (nachfolgend zusammen: elektrische Fahrzeuge, bzw. EV).³

5. BP mit Sitz in Hamburg (Deutschland) ist eine Tochtergesellschaft der BP-Gruppe, deren Konzernmuttergesellschaft die BP p.l.c. ist. Die BP-Gruppe ist ein integriertes Energieunternehmen mit weltweiten Aktivitäten. Der Fokus der Geschäftstätigkeiten der BP-Gruppe liegt auf den folgenden vier Geschäftsbereichen: (1) Produktion und Betrieb von Kohlenwasserstoffen (Öl und Gas); (2) Kunden und Produkte (die das Komfort- und Mobili-

tätsangebot von BP für Kunden erweitert); (3) Gas und kohlenstoffarme Energie (einschliesslich erneuerbare Energien und integriertes Gas) und (4) Innovation und Engineering zur Förderung der digitalen Transformation.

6. Das Gemeinschaftsunternehmen Digital Charging Solutions GmbH (nachfolgend: GU) mit Sitz in Berlin (Deutschland) ist in der Entwicklung, dem Marketing und dem Vertrieb von Produkten und Dienstleistungen im Bereich der Mobilität tätig und bietet Informationsdienste und Zugangstechnologien für Ladeinfrastrukturen von EV an. Darüber hinaus ist das GU in der Verteilung und dem Erwerb von Strom an Ladestationen für EV tätig und bietet Dienstleistungen für den Betrieb von Ladestationen für EV an. Das GU verkauft sogenannte «White-Label-Produkte», beispielsweise an Fahrzeughersteller von Elektrofahrzeugen (Original Equipment Manufacturer, «OEM») oder Flottenkunden, d.h. diese können unter eigenen Namen ihren jeweiligen Kunden (Mobilitäts-)Dienstleistungen anbieten, welche (im Hintergrund) durch das GU erbracht werden (B2B2C-Modell). [...].

7. Daimler, BMW und BP (nachfolgend: meldende Unternehmen oder Parteien) bezwecken mit dem Zusammenschlussvorhaben, zu einer nachhaltigeren Mobilität beizutragen und weitere innovative Produkte zu entwickeln, um das bestehende Angebot für ihre Kunden zu verbessern. Die Integration des BP-Ladestationsnetzwerks in dasjenige des GU werde den Kunden des GU Zugang zu weiteren 8'700 Ladestationen in Europa, dies hauptsächlich in Grossbritannien und nur ausserhalb der Schweiz, bieten. BP erhalte somit Zugang zu einem weiteren Kundenkreis. Ergänzend könnten das GU und BP weitere Vereinbarungen abschliessen, gemäss denen das GU Elektromobilitätsdienstleistungen/IT-Dienstleistungen für BP erbringen würde. Abschliessend würden das GU und BP eine Zusammenarbeit im Hinblick auf die Bereitstellung gemeinsamer Lade- und Kraftstoffdienstleistungen als integriertes Angebot für Flottenbetreiber anstreben.

8. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 27. August 2021 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.⁴

¹ Vgl. RPW 2020/4b, 1912 Rz 2, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY*; RPW 2019/1, 159 Rz 2, *GU von BMW und Daimler*.

² Vgl. RPW 2020/4b, 1912 Rz 3, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY*.

³ Vgl. RPW 2019/1, 159 Rz 4 und Rz 10 ff., *GU von BMW und Daimler*.

⁴ Case COMP M.10334 - *BMW / Daimler / BP / Digital Charging Solutions*.

9. Das GU wird derzeit gemeinsam von BMW und Daimler indirekt mittels YOUR NOW Holding GmbH kontrolliert, an welcher BMW und Daimler jeweils einen Anteil von 50 % am Aktienkapital halten. Die meldenden Unternehmen beabsichtigen, dass BMW, Daimler und BP nach Abschluss der Transaktion jeweils (direkt oder indirekt) einen Drittel der Anteile am GU halten und die Parteien einen Anspruch darauf haben werden, [...] Mitglieder des Aufsichtsrates zu bestimmen. Wesentliche strategische Entscheidungen des Aufsichtsrates würden [...] getroffen werden, [...]. BMW, Daimler und BP werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

10. Das GU hat eine eigene Marktpräsenz und tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es erzielte im letzten Geschäftsjahr einen Grossteil des Umsatzes mit Dritten und dies werde sich mit BP, als weitere Gesellschafterin, auch zukünftig nicht ändern. Das GU verfügt über ein Management, das sich dem Tagesgeschäft widmet, und ausreichende Ressourcen. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.⁵

11. Erlangen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen, welches sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, so stellt dies einen Unternehmenszusammenschluss dar, sofern das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (vgl. Art. 2 VKU⁶). Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

12. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2020 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

13. Das GU bietet Elektromobilitätsdienstleistungen für öffentliche EV-Ladestationen [...] über ein B2B2C Modell [...] an (vgl. Rz 6). Die zum Netzwerk des GU gehörenden öffentlichen EV-Ladestationen verfügen über unterschiedliche Ladegeschwindigkeiten und befinden sich sowohl an Autobahnen als auch abseits davon. BP ist als Ladepunktbetreiberin auf dem vorgelagerten Markt für die Installation und den Betrieb von öffentlichen EV-Ladestationen insbesondere im Vereinigten Königreich tätig. Innerhalb des EWR betreibt BP derzeit nur in Deutschland ein Netzwerk an öffentlichen EV-Ladestationen. In der Schweiz hat BP keine Aktivitäten in Bezug auf die Installation und den Betrieb von EV-Ladestationen und bietet auch keine Abonnementsdienste an.⁷ Gemäss den Parteien hat BP keine Geschäftstätigkeit in der Schweiz, die zu einer horizontalen oder vertikalen Überschneidung mit dem GU führen würde.

14. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich daher auf den Bereich Elektromobilitätsdienstleistungen, in welchen das GU künftige Aktivitäten plant bzw. bisher bereits tätig ist.

15. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen (E-Mobility Services) ausgegangen, liess aber letztlich eine genaue sachliche Abgrenzung offen; dies insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob der Markt weiter zu unterteilen ist beispielsweise in Endkunden und Geschäftskunden (B2B).⁸ Im vorliegenden Fall ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis beim hypothetischen Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen von einem nationalen Markt ausgegangen. Sie hat letztlich eine genaue räumliche Abgrenzung offengelassen.⁹ Für den sachlichen Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen ist im vorliegenden Fall ebenfalls von einem schweizweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung, insbesondere ob es sich um einen EWR+CH-weiten Markt handeln könnte, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

17. Im Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen schätzen die Parteien ihren Marktanteil auf unter [0–10] % in einem EWR+CH-weiten Markt und auf unter [10–20] % in der Schweiz. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

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

⁵ Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

⁶ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷ BP bietet auch im EWR keine Abonnementsdienste für öffentliche EV-Ladestationen direkt an Endkundinnen und Endkunden als eigenständige Lösung an, sondern nur im Rahmen eines kombinierten Treibstoff- und Ladeangebots.

⁸ RPW 2016/3, 775 Rz 53, *BKW/AEK*; RPW 2017/3, 463 Rz 28, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*; RPW 2019/1, 163, Rz 45, *GU von BMW und Daimler*; RPW 2020/4b, 1913 Rz 18, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY*.

⁹ Vgl. RPW 2020/4b, 1914 Rz 20, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY*; RPW 2017/3, 464 Rz 37, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*; 2019/1, 163, Rz 52, *GU von BMW und Daimler*.

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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 4. November 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 4. November 2021

A Sachverhalt

1. Am 4. Oktober 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Oel-Pool AG (nachfolgend: Oel-Pool oder das meldende Unternehmen), das Schweizer Tankstellengeschäft und Teile des Schweizer Liefergeschäfts der BP Europa SE (nachfolgend: BP Europa) zu übernehmen.

2. Die Oel-Pool mit Sitz in Suhr, Aargau, ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Volare Group AG (nachfolgend: Volare) und namentlich im Schweizer Tankstellengeschäft aktiv. So betreibt die Oel-Pool selbst oder über Gesellschaften, an denen sie beteiligt ist, 518 Tankstellen³ in der Schweiz (davon 71 mit Tankstellenshop⁴ [Stand: 30. Juni 2021]). Darüber hinaus ist Oel-Pool in der Schweiz direkt oder indirekt in verschiedenen Bereichen des Treibstoff- und Brennstoffhandels (Gross- sowie Kleinhandel mit Benzin und Diesel- und Heizölen) tätig und an verschiedenen Tanklagern beteiligt, in denen Treib- und Brennstoffe gelagert werden. Oel-Pool bzw. mit ihr konzernmässig verbundene Gesellschaften verfügen zudem über eigene Tankwagen für den Transport von Treib- und Brennstoffen, welche indes ausschliesslich konzerninterne Transportaufträge durchführen. Eine ebenfalls zur Volare-Gruppe gehörende Gesellschaft, die shop and more AG (nachfolgend: shop and more), betreibt ausserdem 36 Tankstellenshops an Oel-Pool-Tankstellen (meistens unter der Bezeichnung «Aperto»). Volare kontrolliert überdies die Soft Car Wash AG (nachfolgend: Soft Car Wash), welche in der Schweiz 28 und in Deutschland 14 Waschstrassen betreibt.

3. Die BP Europa mit Sitz in Hamburg, Deutschland, ist eine Gesellschaft der bp-Gruppe. Die bp-Gruppe ist ein integriertes Energieunternehmen mit Aktivitäten in Europa, Nord- und Südamerika, Ozeanien und Afrika. Die Gruppe fördert bzw. produziert und vertreibt insbesondere Erdöl und Erdgas, kohlenstoffarme Energien (einschliesslich erneuerbare Energien) sowie Treib- und Brennstoffe. Sie verfügt weltweit über Förder- und Produktionsanlagen für die vorgenannten Produkte sowie ein Netz an Tankstellen⁵ (teilweise mit Tankstellenshops sowie Waschanlagen).⁶

4. Der Geschäftsbereich, den Oel-Pool von der bp-Gruppe übernehmen will, beinhaltet zum einen das

Retail-Geschäft von bp in der Schweiz. Dieses umfasst 332 Tankstellen,⁷ [...] Tankstellenshops (im «bp Shop»-Format),⁸ 48 Autowaschanlagen,⁹ mehrere Cafés («Wild Bean Café») sowie die Minderheitsbeteiligung an drei Gesellschaften, welche jeweils eine Autobahnraststätte betreiben. Zum anderen beabsichtigt Oel-Pool die Übernahme des Bereichs Lieferung/Supply von Treibstoff (Benzin und Diesel) und Brennstoffen (Heizöl) in der Schweiz, einschliesslich der entsprechenden Aktiva wie etwa bestehende Verträge mit Dritten, Inventar, Eigentumsrechte an den Tanklagern in [...], Anteile an denjenigen Gesellschaften, welche diese Tanklager betreiben, sowie sogenannte «Throughput Agreements» (Durchsatz-Verträge) mit anderen inländischen Tanklagern. Von der Übernahme ausgenommen sind das Liefergeschäft für Flugpetrol und Schmierstoffe und das Grosshandelsgeschäft mit Brennstoffen von bp in der Schweiz sowie die [...].

5. Die BP Europa bzw. die bp-Gruppe hat keine Tochtergesellschaft in der Schweiz. Die genannten Geschäftsbereiche sollen daher im Rahmen eines Asset-Deals übernommen werden. Das zu übernehmende Geschäft der bp-Gruppe in der Schweiz wird nachfolgend als bp Schweiz bezeichnet.

6. Oel-Pool verspricht sich mit der vorliegenden Übernahme einen sinnvollen Ausbau bzw. eine geografische Ergänzung des bestehenden Tankstellennetzes, während die Verkäuferin mit der Veräusserung den Grossteil ihrer eigenen Aktivitäten im Brenn- und Treibstoffgeschäft in der Schweiz aufgeben möchte, um sich auf andere Geschäftsbereiche konzentrieren zu können.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

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

² Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³ Die Oel-Pool betreibt diese 518 Tankstellen unter verschiedenen Marken: 328 werden unter den Marken Ruedi Rüssel und Miniprix geführt, [...] unter der Marke bp, [...] unter der Marke Shell, [...] unter der Marke AVIA und [...] unter den Marken Pina bzw. Righetti.

⁴ Davon werden 36 Shops von der shop and more AG, einer Schwester-gesellschaft der Oel-Pool, betrieben (vgl. Rz 2). Die übrigen 35 Shops werden von Dritten auf eigene Rechnung betrieben.

⁵ Unter der Marke bp werden derzeit weltweit rund 17'900 Tankstellen betrieben; vgl. <www.bp.com/de_ch/switzerland/home/produkte-und-services/bp-in-ihrer-naehe.html> (4.11.2021).

⁶ Vgl. <www.bp.com/en/global/corporate/what-we-do/bp-at-a-glance.html> (4.11.2021).

⁷ Von diesen werden in der Schweiz bereits 112 von Oel-Pool bzw. Unternehmen, an denen Oel-Pool beteiligt ist, betrieben.

⁸ [...].

⁹ An 48 Tankstellen von bp Schweiz befinden sich Autowaschanlagen.

8. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sowohl Volare (inkl. Oel-Pool) als auch die bp-Schweiz treten als Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auf (vgl. Rz 2 ff.). Sie sind damit als «Unternehmen» im Sinne des Kartellrechts zu qualifizieren.

9. Ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne des KG liegt namentlich bei einem Kontrollerwerb gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU vor. Vorliegend übernimmt Oel-Pool gemäss Kaufvertrag vom 14. September 2021 das Retail- und Supply-Geschäft der bp-Gruppe in der Schweiz (vgl. Rz 3 f.) im Rahmen eines Asset-Deals. Hierdurch erwirbt Oel-Pool die Kontrolle über das bislang von ihr unabhängige Geschäft der bp-Gruppe in der Schweiz. Es liegt also ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU vor.

B.2 Meldepflicht

10. Volare und bp Schweiz erzielten im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss jeweils einen Umsatz in der Schweiz von mindestens CHF 100 Mio., zudem erzielten sie zusammen einen schweizweiten Umsatz von mindestens CHF 500 Mio.¹⁰ Somit handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

11. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, 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).

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

B.3.1 Relevante Märkte

13. Nachfolgend werden nur diejenigen Märkte abgegrenzt, in welchen es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben (allenfalls) zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kommt. Es sind dies Märkte, welche den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen, Autowaschanlagen und den Kleinhandel mit Heizöl betreffen.

14. Anzumerken ist, dass beide Zusammenschlussparteien in Märkten tätig sind, die dem Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen (allenfalls) vorgelagert oder benachbart sind (vgl. Rz 2 ff.). So vertreiben beide Zusammenschlussparteien nebst Diesel und Benzin auch Schmierstoffe und AdBlue an Endverbraucherinnen und Endverbraucher und betreiben Tankstellenshops. Zusätzlich sind beide im Treib- und Brennstoff-Grosshandel sowie im Handel mit Flugpetrol tätig. Wei-

ter unterhält Volare eine Trading-Abteilung, welche die Versorgung des eigenen Tankstellennetzes sicherstellt, zudem ist sie im Bereich des Kleinhandels mit Treibstoffen tätig.

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

15. 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).

Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen

16. Für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse ging die WEKO in ihrem Entscheid zum Zusammenschlussvorhaben *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.* von einem sachlich relevanten Markt für den Vertrieb von verschiedenen Treibstoffen (Benzin bleifrei 95 und 98 sowie Diesel) an Tankstellen aus. Dabei wies sie darauf hin, dass beim Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen auf der Nachfrageseite kurzfristig kaum Substitutionsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Treibstoffen bestehen, bei der Produktion von Treibstoffen (Raffinerien) hingegen eine beträchtliche Umstellungsflexibilität besteht und dass die Vertriebsstruktur für die verschiedenen Treibstoffe auf Grosshandels- und Detailhandelsstufe nahezu identisch sind.¹¹ In ihren Zusammenschlussentscheiden *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG* und *Volare Group AG/Advitec Holding AG* ging die WEKO von einem sachlich relevanten Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen aus, liess die genaue diesbezügliche sachliche Abgrenzung aber offen.¹²

17. Nachfolgend wird von einem sachlich relevanten Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen ausgegangen. Die genaue diesbezügliche, sachliche Marktabgrenzung soll aber offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt (vgl. Rz 34 ff.).

¹⁰ Diese Berechnungen basieren für bp Schweiz auf dem Geschäftsjahr, welches vom 1.1.2020–31.12.2020 dauerte, und für Volare auf dem Geschäftsjahr vom 1.7.2019–30.6.2018, dies mangels Erhältlichkeit neuerer Zahlen.

¹¹ RPW 2003/1, 161 f. Rz 10, *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.* Ebenfalls mit dem Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen befasste sich eine im Jahr 2001 abgeschlossene Untersuchung der WEKO (RPW 2002/1, 77 ff., *Benzinmarkt Schweiz [Zeitraum 1993–2000]*).

¹² RPW 2017/3, 496 Rz 9, *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG*; RPW 2019/2, 526 Rz 17, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*. Für eine Übersicht über die Praxis weiterer Wettbewerbsbehörden zur sachlichen Abgrenzung des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen vgl. RPW 2019/2, 526 Rz 14–16, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*, mit weiteren Verweisen.

Betrieb von Autowaschanlagen

18. Die WEKO hat bis anhin keine Marktabgrenzung bezüglich Autowaschanlagen vorgenommen. Gemäss dem meldenden Unternehmen lassen sich kommerzielle Angebote zum Autowaschen in drei Kategorien einteilen: Waschstrassen, Portalanlagen und Waschboxen.¹³ Das meldende Unternehmen vertritt die Ansicht, dass Waschstrassen zusammen mit Portalanlagen einen sachlich relevanten Markt bilden und Waschboxen einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen. Es begründet die Unterscheidung mit dem Umstand, dass Waschstrassen und Portalanlagen eine automatische Fahrzeugwäsche ohne aktives Zutun der Kundinnen und Kunden ermöglichen, während bei Waschboxen die Kundinnen und Kunden die Reinigung des Fahrzeugs selber vornehmen müssten.

19. Die Europäische Kommission befasste sich in *TDR Capital/Euro Garages*¹⁴ mit Autowaschanlagen. Dabei deutete die diesbezügliche Marktuntersuchung darauf hin, dass in Grossbritannien die Autowäsche per Hand mit automatisierten Autowaschanlagen gleichberechtigt im Wettbewerb steht und Kundinnen und Kunden dazu neigen, beide Arten von Dienstleistungen alternativ zu nutzen. Auch stellte sie fest, dass beide um die gleiche Kundschaft konkurrieren.¹⁵ Im Weiteren sprach die Europäische Kommission eine mögliche Segmentierung gemäss Art der angebotenen automatisierten Autowaschdienstleistung an, wobei sie die Segmente Waschboxen (Jet Wash), Portalanlagen und Waschstrassen ausmachte. Dabei stellte sie u.a. fest, dass die verschiedenen automatisierten Autowaschdienstleistungen preismässig vergleichbar sind.¹⁶ Schliesslich liess sie die genaue sachliche Marktabgrenzung offen.¹⁷

20. Nachfolgend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für den Betrieb von Autowaschanlagen (Waschstrassen, Portalanlagen und Waschboxen) ausgegangen. Die genaue diesbezügliche, sachliche Marktabgrenzung soll aber offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt (vgl. Rz 69 ff.).

Kleinhandel mit Heizöl

21. Die WEKO ist in ihrer Praxis von einem sachlich relevanten Markt für den Grosshandel mit Heizöl ausgegangen, der sich vom Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) auf Grosshandelsstufe unterscheidet, hat die genaue sachliche Abgrenzung dieses Marktes aber schliesslich offengelassen.¹⁸ Einen sachlich relevanten Markt bezüglich der Belieferung von Heizöl an (kleinere) Endkonsumenten wie Privathaushalte (nachfolgend: Kleinhandel mit Heizöl) hat die WEKO bisher nicht abgegrenzt.¹⁹

22. In ihrem Entscheid *Exxon/Mobil* machte die Europäische Kommission für den Grosshandel mit Raffinerieerzeugnissen drei Kundenkategorien aus: unabhängige Einzelhändler wie markenlose Tankstellen, andere unabhängige Wiederverkäufer und industrielle und gewerbliche Händler (Spitäler, Autovermietungen, Fabriken).²⁰ Im Weiteren wies sie in ihrem *Entscheid BP/Mobil* darauf hin, dass der Grosshandel mit Brennstoffen in den Grosshandel mit Diesel, Heizöl, Flüssiggas und Ölgas

unterteilt werden kann, liess die endgültige sachliche Marktabgrenzung aber offen.²¹ In keinem dieser Entscheide ging sie jedoch auf den Verkauf an Heizöl an Endverbraucher ein.

23. Das meldende Unternehmen grenzt einen Kleinhandel mit Heizölen (Einzellieferungen bis 30'000 Liter) ab. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird nachfolgend von einem sachlich relevanten Markt für den Kleinhandel mit Heizöl ausgegangen. Die genaue diesbezügliche, sachliche Marktabgrenzung soll aber offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt (vgl. Rz 73 ff.).

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

24. 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).

Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen

25. In ihrem Entscheid *Tamoil Distribution SA/TotalFina Elf (Suisse) SA und Potrans S.A.*²² liess die WEKO offen, ob von einer nationalen oder einer regionalen Marktabgrenzung bezüglich des Vertriebs von verschiedenen Treibstoffen (Benzin bleifrei 95 und 98 sowie Diesel) an Tankstellen auszugehen ist. Gründe für eine nationale Abgrenzung sah sie aufgrund der landesweit weitgehend homogenen Wettbewerbsverhältnisse und der im Vergleich zum benachbarten Ausland geringeren Steuerbelastung. Sie wies aber auch auf regionale Charakteristika beim Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen hin und erläuterte, dass Automobilistinnen und Automobilisten ihre Nachfrage weitgehend in einem beschränkten geographischen Raum decken, so z.B. am

¹³ Gemäss Oel-Pool sind die Unterschiede wie folgt: Bei Waschstrassen werde das Auto durch die Waschstrasse gezogen, bei Waschportalen stehe das Auto still und auf Knopfdruck werde das Waschprogramm gestartet und bei Waschboxen nutze der Kunde die vorhandenen Reinigungsutensilien, um das Auto selber zu waschen.

¹⁴ EU-KOMM, COMP/M.7862 vom 14.1.2016, Rz 12 ff., *TDR Capital/Euro Garages*.

¹⁵ EU-KOMM, COMP/M.7862 vom 14.1.2016, Rz 15, *TDR Capital/Euro Garages*.

¹⁶ EU-KOMM, COMP/M.7862 vom 14.1.2016, Rz 17, *TDR Capital/Euro Garages*.

¹⁷ EU-KOMM, COMP/M.7862 vom 14.1.2016, Rz 23, *TDR Capital/Euro Garages*.

¹⁸ RPW 2014/4, 727 Rz 12–14, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA*; RPW 2015/2, 326 Rz 8, *Varo Energy Germany GmbH/GEKOL Mineralölhandel GmbH & Co. KG*; RPW 2015/4, 788 Rz 16, *Vital Holding/CIEP II S.a.r.l./NSH (North Sea Holding B.V.)/Varo Energy B.V./Argos Downstream Europe B.V.*

¹⁹ Beim Zusammenschlussvorhaben *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA* wurden u. a. Vermögenswerte im Zusammenhang mit dem Verkauf von Heizöl an Endkunden übertragen, ein diesbezüglicher Markt wurde aber nicht explizit abgegrenzt (vgl. RPW 2014/4, 726 Rz 7, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA*). Ein weiterer Entscheid der WEKO erwähnt den Vertrieb von Mineralölprodukten (Motortreibstoff, Heizöl) als Teil der sachlich relevanten Märkte für Mineralölprodukte, ohne eine genaue Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Märkte vorzunehmen (RPW 2002/1, 165 Rz 16, *BP/E.ON*).

²⁰ EU-KOMM, IV/M.1383 vom 29.9.1999, Rz 428 f., *Exxon/Mobil*.

²¹ EU-KOMM, IV/M.727 vom 7.8.1996, Rz 28 und 33, *BP/Mobil*.

²² Vgl. RPW 2003/1, 162 f. Rz 12, *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.*

Wohnort oder auf dem Arbeitsweg. Zudem erwähnte sie, dass sich die verschiedenen regionalen Teilmärkte aufgrund der hohen geographischen Marktdurchdringung der grossen Tankstellennetze überschneiden.²³ Auch in ihren Zusammenschlussentscheiden *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG* und *Volare Group AG/Advitec Holding AG* liess die WEKO die räumliche Marktabgrenzung offen.²⁴ Betreffend die allfällige lokale Marktabgrenzung ging die WEKO in einem früheren Entscheid in einem ersten Schritt von lokalen Märkten aus, die mittels 10-km-Radien gebildet wurden, wobei die Möglichkeit der Anpassung der räumlichen Dimension der einzelnen Märkte an die lokalen Gegebenheiten und Charakteristiken des Marktes vorgesehen war.²⁵

26. Nachfolgend wird bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen sowohl die nationale als auch die lokale Ebene betrachtet. Die genaue diesbezügliche, räumliche Marktabgrenzung kann aber offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt (vgl. Rz 34 ff.).

Betrieb von Autowaschanlagen

27. Wie bereits ausgeführt (vgl. Rz 18), hat die WEKO bis anhin keine Marktabgrenzung bezüglich Autowaschanlagen vorgenommen.

28. Gemäss einer Marktuntersuchung, welche im Zusammenhang mit dem bei der Europäischen Kommission gemeldeten Zusammenschlussvorhaben *TDR Capital/Euro Garages* durchgeführt worden war, gehen Kundinnen und Kunden üblicherweise zu einer Autowaschanlage in der Nähe ihres Zuhauses oder entlang ihrer Pendlerrouen (z.B. zur Arbeit, zum Supermarkt oder beim Supermarkt) und fahren normalerweise nicht mehr als 15–20 Minuten (ungefähr 8 km), nur um zur Autowaschanlage zu gelangen.²⁶ Im Weiteren stellte die Europäische Kommission fest, dass Wettbewerber, welche auf die Marktuntersuchung geantwortet hatten, darauf hinwiesen, dass lokale Wettbewerbsbedingungen berücksichtigt werden könnten, um Preise an einzelnen Lokalisationen festzulegen, dies, obwohl grosse Ketten den Preis für Autowaschdienstleistungen national festlegen würden.²⁷ Schliesslich hielt sie es für plausibel, den Markt für Autowaschdienstleistungen enger als national festzulegen, nahm aber keine endgültige diesbezügliche Marktabgrenzung vor.²⁸

29. Nachfolgend wird bezüglich des Marktes für den Betrieb von Autowaschanlagen sowohl die nationale als auch die lokale Ebene betrachtet. Betreffend die allfällige lokale Marktabgrenzung wird in einem ersten Schritt von lokalen Märkten ausgegangen, die mittels 10-km-Radien gebildet werden, wobei die Möglichkeit der Anpassung der räumlichen Dimension der einzelnen Märkte an die lokalen Gegebenheiten und Charakteristiken des Marktes vorgesehen ist. Die genaue diesbezügliche, räumliche Marktabgrenzung kann aber offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt (vgl. Rz 34 ff.).

Kleinhandel mit Heizöl

30. Gemäss Oel-Pool ist der Kleinhandel mit Heizölen (vgl. Rz 23) in räumlicher Hinsicht von der Versorgungs-

struktur (Tanklager, Transportweg) und den Beschaffungsmöglichkeiten abhängig, wobei die Verkaufsstellen von Oel-Pool die Brennstoffe meistens in einem regionalen bis überregionalen Gebiet verkaufen.

31. Die WEKO hat bisher keine explizite räumliche Marktabgrenzung bezüglich den Kleinhandel mit Heizöl vorgenommen. In ihrem Entscheid BP/E.ON ging sie für Mineralölprodukte, darunter Brennstoffe, von einem räumlich relevanten Markt Schweiz aus und gab an, dass, obwohl diese Produkte vom Endverbraucher regional nachgefragt werden, die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Schweizer Markt einheitlich sind.²⁹ Zudem zeigte sie in ihrem Entscheid *Vitol Holding/CIEP II S.a.r.l./NSH (North Sea Holding B.V.)/Varo Energy B.V./Argos Downstream Europe B.V.* die Marktanteile der Zusammenschlussparteien in einem schweizweiten Markt für den Detailhandel mit Heizöl auf, allerdings ohne davor eine explizite diesbezügliche Marktabgrenzung vorgenommen zu haben.³⁰

32. Nachfolgend wird in Bezug auf den Kleinhandel mit Heizöl sowohl die nationale als auch die regionale Ebene geprüft. Die genaue diesbezügliche, räumliche Marktabgrenzung soll aber offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt (vgl. Rz 73 ff.).

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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.

²³ Vgl. RPW 2003/1, 162 Rz 12, *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.*, mit weiteren Verweisen.

²⁴ Vgl. RPW 2019/2, 527 Rz 23, *Volare Group AG/Advitec Holding AG* und RPW 2017/3, 496 Rz 13, *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG*.

²⁵ Vgl. RPW 2019/2, 527 Rz 23, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*. Für eine Übersicht über die Praxis weiterer Wettbewerbsbehörden zur räumlichen Abgrenzung des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen, vgl. RPW 2019/2, 527 Rz 20–22, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*, mit weiteren Verweisen.

²⁶ EU-KOMM, COMP/M.7862 vom 14.1.2016, Rz 20, *TDR Capital/Euro Garages*.

²⁷ EU-KOMM, COMP/M.7862 vom 14.1.2016, Rz 21, *TDR Capital/Euro Garages*.

²⁸ EU-KOMM, COMP/M.7862 vom 14.1.2016, Rz 22, *TDR Capital/Euro Garages*.

²⁹ RPW 2002/1, 166 Rz 22, *BP/E.ON*, mit weiterem Verweis.

³⁰ RPW 2015/4, 790 Tabelle 1, *Vitol Holding/CIEP II S.a.r.l./NSH (North Sea Holding B.V.)/Varo Energy B.V./Argos Downstream Europe B.V.*

B.3.2.1 Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen

34. In der Schweiz gab es 2020 3'357 Markentankstellen mit einem durchschnittlichen Absatz von 1,225 Mio. Liter im Jahr 2020.³¹

35. Oel-Pool betrieb am 1. Januar 2021 insgesamt 500 Tankstellen, davon 310 unter der Marke Ruedi Rüssel und Mini Prix, [...] mit bp Logo,³² [...] unter der Marke Shell, [...] unter der Marke Avia sowie [...] unter den Marken Pina/Righetti. Bp Schweiz betrieb am 1. Januar 2021 220 Tankstellen (exklusiv den [...] Tankstellen mit bp Logo, die bereits von Oel-Pool bzw. Unternehmen, an denen Oel-Pool beteiligt ist, betrieben werden)³³. Somit betrieb Oel-Pool zum 1. Januar 2021 14,9 % und bp Schweiz 6,6 % sämtlicher Tankstellen in der Schweiz. Gemessen an der Anzahl Tankstellen waren 2020 die folgenden Unternehmen die fünf wichtigsten Konkurrentinnen der Zusammenschlussparteien: Avia (565 Tankstellen), Agrola (417 Tankstellen), Migrol (309 Tankstellen), Coop (256 Tankstellen), Eni (253 Tankstellen). Daneben gab und gibt es eine Reihe weiterer Marken, die im Tankstellengeschäft in der Schweiz vertreten sind, so u.a. die Marken Tamoil (240 Tankstellen), Socar (201 Tankstellen), Shell (169 Tankstellen)³⁴, Jubin (118 Tankstellen) und Vögtlin-Meyer (31 Tankstellen).³⁵

36. Gemessen am Absatz liegen die schweizweiten Marktanteile der Zusammenschlussparteien für das Jahr 2020 bei [0–10] % für Oel-Pool und [0–10] % für bp Schweiz (vgl. unten Tabelle 1). Wird der Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen national abgegrenzt, so liegen unter Berücksichtigung mengenbasierter Marktanteile folglich keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

37. Mit Blick auf eine allfällige lokale Marktabgrenzung (vgl. oben Rz 25 f.) reichte Oel-Pool folgende Informationen ein: Eine Liste sämtlicher Markentankstellen und der ihr bekannten freien Tankstellen in der Schweiz sowie eine elektronische Karte, auf welcher die Standorte dieser Tankstellen abgebildet sind und in welcher sich Kreise mit einem Radius von 10 Kilometer um diejenigen Tankstellen anzeigen lassen, welche von Oel-Pool und bp Schweiz betrieben werden. Oel-Pool überprüfte ausserdem unter Anwendung von 10-km-Radien, ob es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben zu betroffenen Märkten mit oder ohne Marktanteilsaddition gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kommt. Aus den eingereichten Informationen ergaben sich für zehn lokale Märkte betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU mit Marktanteilsaddition (vgl. Tabelle 1 und unten Rz 38 ff.) sowie ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ohne Marktanteilsaddition (vgl. Tabelle 1 und unten Rz 38 ff.). In den übrigen lokalen Märkten konnten keine betroffenen Märkte identifiziert werden.

³¹ Anzahl öffentlich zugänglicher Markentankstellen am 1.1.2021 sowie Absatz pro Tankstelle gemäss Jahresbericht von Avenegy Suisse (57 f. Statistiken Tabelle 14 f., abrufbar im Internet unter <www.avenergy.ch/images/pdf/Jahresbericht_2020_de.pdf> [4.11.2021]). Neben sogenannten Markentankstellen gibt es freie Tankstellen und öffentlich zugängliche Betriebstankstellen.

³² Vgl. auch Fn 3 und 7.

³³ Vgl. auch Fn 7.

³⁴ Ohne die [...] von Oel-Pool unter der Marke Shell betriebenen Tankstellen.

³⁵ Vgl. Jahresbericht 2020 (Fn 31), 57 Statistiken Tabelle 14.

Tabelle 1: Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen, 2020: Marktanteile auf nationaler Ebene und in lokalen,

Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen, räumliche Marktabgrenzung	Marktanteil [%]			Marktvolumen
	Oel-Pool	bp Schweiz	kumuliert	
Schweizweite Marktabgrenzung³⁶				
Anzahl Liter	[0–10]	[0–10]	[10–20]	4'112 Mio. Liter ³⁷
Anzahl Tankstellen	14,9	6,6	21,4	3'357 ³⁸
Regionale Marktabgrenzung bei Anwendung von 10-km-Radien, mengenbasiert,³⁹ in runden Klammern Anzahl Tankstellen				
Neuenburg NE	[40–50] (11)	[0–10] (1)	[40–50] (12)	[...] Mio. Liter (29)
Saint-Imier BE (Region Vallon de St. Imier)	[20–30] (5)	[0–10] (1)	[30–40] (6)	[...] Mio. Liter (13)
Renan BE (Region Vallon de St. Imier)	[20–30] (8)	[10–20] (3)	[30–40] (11)	[...] Mio. Liter (21)
Autigny FR	[20–30] (7)	[0–10] (1)	[20–30] (8)	[...] Mio. Liter (30)
La Neuveville BE (Region Berner Jura)	[30–40] (11)	[0–10] (1)	[40–50] (12)	[...] Mio. Liter (26)
Biel BE	[20–30] (14)	[0–10] (2)	[20–30] (16)	[...] Mio. Liter (51)
Wattwil SG (Region Toggenburg)	[30–40] (9)	[0–10] (1)	[40–50] (10)	[...] Mio. Liter (18)
Wil SG (Region Toggenburg)	[10–20] (11)	[0–10] (5)	[20–30] (16)	[...] Mio. Liter (63)
Sargans SG (Region Sarganserland)	[10–20] (7)	[0–10] (1)	[20–30] (8)	[...] Mio. Liter (25)
Pratteln BL (Region Ergolzthal)	[10–20] (25)	[0–10] (5)	[20–30] (30)	[...] Mio. Liter (91)
Engelberg OW	[60–70] (2)	0 (0)	[60–70] (2)	[...] Mio. Liter (3)

Quelle: Angaben von Oel-Pool sowie eigene Berechnungen basierend auf Daten aus dem Jahresbericht 2020 von Avenergy Suisse (Jahresbericht 2020 [Fn 31]) und Daten von Oel-Pool.

³⁶ Diese schweizweite Marktabgrenzung berücksichtigt lediglich Markentankstellen gemäss Jahresbericht 2020 von Avenergy Suisse (Jahresbericht 2020 [Fn 31]).

³⁷ Eigene Berechnung anhand Angaben aus dem Jahresbericht 2020 von Avenergy Suisse (Jahresbericht 2020 [Fn 31], 57 f. Statistiken Tabelle 14 f.).

³⁸ Anzahl öffentlich zugänglicher Markentankstellen am 1.1.2021 gemäss Jahresbericht von Avenergy Suisse (Jahresbericht 2020 [Fn 31], 57 Statistiken Tabelle 14).

³⁹ Das Marktvolumen der jeweiligen lokalen Märkte wurde folgendermassen geschätzt: Für die Tankstellen von Oel-Pool und bp Schweiz standen die effektiven Absätze [in Liter] für das Jahr 2020 der einzelnen Tankstellen zur Verfügung, während für Konkurrenztankstellen mit

Shop und für solche ohne Shop je ein Durchschnittsvolumen [in Liter] geschätzt wurde. Für Konkurrenztankstellen mit Shop wurde ein gewichteter Durchschnitt sämtlicher Markentankstellen mit Shop > 50 m² und mit Shop < 50 m² errechnet (2,162 Mio. Liter) basierend auf Angaben des Jahresberichts 2020 von Avenergy (vgl. Jahresbericht 2020 (Fn 31), 58 Statistiken Tabelle 15), während für die Tankstellen ohne Shop ein Durchschnittswert (0,589 Mio. Liter) errechnet wurde, bei dem das Absatzvolumen der Tankstellen mit Shop vom Absatzvolumen sämtlicher Markentankstellen abgezogen wird und durch die Anzahl Tankstellen ohne Shop geteilt wird.

38. Im Folgenden werden die zehn betroffenen, lokalen Märkte bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen mit Marktanteilsaddition einzeln beurteilt. Der Markt «Engelberg OW» wird nicht weiter analysiert, weil dort der Zusammenschluss keine Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse bewirkt und es aufgrund der ländlichen Lage des Marktes geboten ist, die Wettbewerbssituation im nächstgelegenen regionalen Zentrum, d. h. Stans, ebenfalls zu berücksichtigen.⁴⁰ In Stans können Automobilistinnen und Automobilisten auf Tankstellen u. a. von Tamoil, Agrola und Migrol ausweichen.

Neuenburg NE

39. Der Markt «Neuenburg», welcher durch einen Radius von 10 km um die bp-Tankstelle an der Rue de la Pierre-à-Mazel gebildet wird, hat teilweise städtischen Charakter und ist dicht besiedelt. Im Markt «Neuenburg» gibt es insgesamt 29 Tankstellen. Von diesen werden 11 Tankstellen von Oel-Pool, [...], und 1 Tankstelle – [...] – von bp unter der Marke bp betrieben. Die geschätzten mengenbasierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien betragen [40–50] % (Oel-Pool) bzw. [0–10] % (bp Schweiz) und kumuliert [40–50] %. Die übrigen 17 Tankstellen im Markt «Neuenburg» betreiben verschiedene Konkurrenzunternehmen u. a. unter den Marken Coop (3 Tankstellen), Migrol (3 Tankstellen), Shell (2 Tankstellen), Tamoil (2 Tankstellen) und Avia (2 Tankstellen).

40. Somit haben die Tankstellen der Zusammenschlussparteien im Markt «Neuenburg» eine grössere Anzahl an Wettbewerbern. Innerhalb des 10-km-Radius verfügen die Nachfragerinnen und Nachfrager mithin über eine gute Auswahl an verschiedenen Anbietern von Treibstoffen. Unter den Konkurrenten von Oel-Pool und bp befinden sich zudem finanzstarke Unternehmen, für die nicht ausgeschlossen ist, dass sie ihrem Tankstellennetz neue Tankstellen hinzufügen können. Dementsprechend hat Coop im Jahr 2015 in Colombier, also im Markt «Neuenburg», eine neue Tankstelle (mit Shop) eröffnet. Kommt hinzu, dass viele der Konkurrenztankstellen über eigene Shops verfügen, was deren Attraktivität für Kundinnen und Kunden erhöht. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass Oel-Pool durch den Zusammenschluss lediglich eine einzige Tankstelle hinzuerwirbt [...].

41. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Raum «Neuenburg» eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Saint-Imier BE

42. Der Markt «Saint-Imier» wird durch einen Radius von 10 km um die bp-Tankstelle an der Rue de Châtillon gebildet, hat einen ländlichen Charakter und ist nur wenig besiedelt. Im Markt «Saint-Imier» gibt es insgesamt 13 Tankstellen, wovon 5 zu Oel-Pool und eine zu bp Schweiz gehören. [...]. In diesem Markt besitzen die Zusammenschlussparteien geschätzt [20–30] % (Oel-Pool) und [0–10] % (bp Schweiz) Marktanteil, was einen geschätzten kumulierten Marktanteil von [30–40] % ergibt. Die übrigen 7 Tankstellen werden von anderen

Unternehmen unter den Marken Jubin (6 Tankstellen) und Eni (eine Tankstelle) betrieben.

43. Die Zusammenschlussparteien stehen bezüglich des Vertriebs von Treibstoff an Tankstellen im Markt «Saint-Imier» also zumindest einem wichtigen Wettbewerber (Jubin) gegenüber. Zwei der sechs unter der Marke Jubin betriebenen Tankstellen verfügen zudem über einen Shop, was deren Attraktivität für Kundinnen und Kunden erhöht. Zusätzlich kann aufgrund der ländlichen Lage des Marktes auch die Wettbewerbssituation in einem erweiterten Radius berücksichtigt werden, weshalb das nächste regionale Zentrum miteinzuschliessen ist.⁴² In diesem Falle ist dies La Chaux-de-Fonds, welches 20 Autominuten von Saint-Imier entfernt ist. Bei einer solchen Erweiterung ist «Saint-Imier» kein betroffener Markt.⁴³ Darüber hinaus ist zu beachten, dass Oel-Pool durch den Zusammenschluss lediglich eine Tankstelle dazu erhält. [...].

44. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Raum «Saint-Imier» eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Renan BE

45. Der Markt «Renan», welcher ländlich geprägt und nur sehr leicht besiedelt ist, wird durch einen 10-km-Radius um die bp-Tankstelle an der Grand-Rue gebildet. Es gibt im Markt «Renan» insgesamt 21 Tankstellen, davon werden 8 Tankstellen von Oel-Pool betrieben und 3 Tankstellen, [...], unter dem Logo bp Schweiz. Die geschätzten Marktanteile auf dem Markt «Renan» betragen [20–30] % für Oel-Pool und [10–20] % für bp Schweiz, was einen kumulierten Marktanteil von [30–40] % ergibt. Die übrigen 10 Tankstellen werden von Konkurrenten der Zusammenschlussparteien betrieben, unter anderem unter den Marken Jubin (4 Tankstellen), Eni (2 Tankstellen) und Shell (eine Tankstelle).

⁴⁰ Vgl. RPW 2019/2, 529 Rz 30, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*.

⁴¹ [...].

⁴² Vgl. RPW 2019/2, 529 Rz 28, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*.

⁴³ Geschätzte Marktanteile bei erweitertem Radius: [10–20] % Oel-Pool, [0–10] % bp Schweiz, kumuliert [10–20] %.

46. Somit sehen sich die Tankstellen der Zusammenschlussparteien bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen im Markt «Renan» einer grösseren Anzahl von Wettbewerbern gegenüber. Nachfragerinnen und Nachfrager verfügen mithin auch nach dem Zusammenschluss über eine gute Auswahl an verschiedenen Anbietern von Treibstoffen. Zusätzlich kann aufgrund der ländlichen Lage des Marktes auch die Wettbewerbssituation in einem erweiterten Radius berücksichtigt werden, weshalb das nächste regionale Zentrum miteinzuschliessen ist.⁴⁴ Das nächstgelegene Zentrum ist La Chaux-de-Fonds, welches lediglich 11 Autominuten von Renan entfernt ist. In La Chaux-de-Fonds gibt es an zentraler Lage (d. h. auf dem Stadtgebiet) neun Tankstellen von neun verschiedenen Anbietern, wobei Eni, Coop und Migrol über grössere Shops verfügen. [...].

47. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Raum «Renan» eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Autigny FR

48. Der Markt «Autigny», welcher durch einen Radius von 10 km um die Ortschaft Autigny gebildet wird, hat einen ländlichen Charakter und ist nur leicht besiedelt. Im Markt «Autigny» gibt es insgesamt 30 Tankstellen. Von diesen werden 7 Tankstellen von Oel-Pool betrieben und eine Tankstelle von bp Schweiz [...]. Der geschätzte mengenbasierte Marktanteil im Markt «Autigny» von Oel-Pool beträgt [20–30] %, derjenige von bp Schweiz [0–10] %, was einen kumulierten geschätzten Marktanteil von [20–30] % ergibt. Die übrigen 22 Tankstellen werden durch verschiedene Wettbewerber betrieben, unter anderem unter den Marken Jubin (6 Tankstellen), Tamoil (4 Tankstellen), Shell (2 Tankstellen) und Coop (2 Tankstellen).

49. Die Tankstellen der Zusammenschlussparteien stehen im Markt «Autigny» einer grösseren Anzahl an Wettbewerbern gegenüber. Nachfragerinnen und Nachfrager verfügen mithin über eine gute Auswahl an verschiedenen Anbietern von Treibstoffen. Weiter ist zu beachten, dass in den Jahren 2019 und 2020 je eine neue Tankstelle unter den Marken Jubin und Socar eröffnet wurde. Es ist mithin nicht ausgeschlossen, dass die Konkurrenten der Zusammenschlussparteien neue Tankstellen im Markt «Autigny» eröffnen können. Zusätzlich kann aufgrund der ländlichen Lage des Marktes auch die Wettbewerbssituation in einem erweiterten Radius berücksichtigt werden, weshalb das nächste regionale Zentrum miteinzuschliessen ist.⁴⁵ Dies ist Fribourg, welches 14 Autominuten von Autigny entfernt liegt. Bei einer solchen Erweiterung des Marktes wäre «Autigny» kein betroffener Markt.⁴⁶

50. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Raum «Autigny» eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

La Neuveville BE

51. Der Markt «La Neuveville» wird durch einen Radius von 10 km um die bp-Tankstelle an der Route de Neuchâtel gebildet, hat vorstädtischen Charakter und liegt zwischen den Städten Biel und Neuenburg. In diesem Markt gibt es insgesamt 26 Tankstellen, wovon 11 Tankstellen zu Oel-Pool und eine zu bp Schweiz gehört. [...] Die geschätzten mengenbasierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien betragen [30–40] % (Oel-Pool) und [0–10] % (bp Schweiz), was einen kumulierten Marktanteil von [40–50] % ergibt. Die übrigen 14 Tankstellen werden von Wettbewerbern der Zusammenschlussparteien betrieben, unter anderem unter den Marken Eni (5 Tankstellen), Avia (4 Tankstellen) und Coop (2 Tankstellen).

52. Somit gibt es für die Zusammenschlussparteien auch nach dem Zusammenschluss eine grössere Anzahl von Konkurrenten auf dem Markt «La Neuveville». Die Nachfragerinnen und Nachfrager verfügen mithin über eine gute Auswahl an verschiedenen Anbietern von Treibstoffen. Diese Auswahl wird grösser, wenn die Anbieter der Städte Biel (15 km Distanz) und Neuenburg (16 km Distanz) dazu genommen werden (vgl. auch Rz 39 ff., 54 ff.). Zudem befinden sich unter den Konkurrenten von Oel-Pool und bp Schweiz finanzstarke Unternehmen, für die nicht ausgeschlossen ist, dass sie ihrem Tankstellennetz neue Tankstellen hinzufügen können. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass Oel-Pool durch den Zusammenschluss lediglich eine einzige Tankstelle erwirbt [...].

53. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Raum «La Neuveville» eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Biel BE

54. Der Markt «Biel» wird durch einen Radius von 10 km um die bp-Tankstelle an der Bözingenstrasse gebildet, ist städtisch geprägt und dicht besiedelt. Im Markt «Biel» gibt es insgesamt 51 Tankstellen, wovon 14 Tankstellen zu Oel-Pool und 2 Tankstellen zu bp Schweiz gehören. [...] Die geschätzten mengenbasierten Marktanteile auf diesem Markt betragen für Oel-Pool [20–30] % sowie für bp Schweiz [0–10] %, was einen kumulierten Marktanteil von [20–30] % ergibt. Die übrigen 35 Tankstellen im Markt «Biel» werden von verschiedenen Mitbewerbern der Zusammenschlussparteien betrieben, unter anderem unter der Marke Coop (6 Tankstellen), Migrol (5 Tankstellen), Avia (5 Tankstellen) und Shell (3 Tankstellen).

⁴⁴ Vgl. RPW 2019/2, 529 Rz 28, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*.

⁴⁵ Vgl. RPW 2019/2, 529 Rz 28, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*.

⁴⁶ Geschätzte mengenbasierte Marktanteile bei erweitertem Radius: [0–10] % Oel-Pool, [0–10] % bp Schweiz, kumuliert [10–20] %.

55. Somit haben die Tankstellen der Zusammenschlussparteien im Markt «Biel» eine grössere Anzahl von Wettbewerbern. In diesem 10-km-Radius stehen den Nachfragerinnen und Nachfragern also verschiedene alternative Anbieter von Treibstoffen zur Verfügung. Zusätzlich befinden sich unter den Konkurrenten der Zusammenschlussparteien finanzstarke Unternehmen, die ihrem Tankstellennetz neue Tankstellen hinzufügen können, wie beispielsweise die Migrol im Jahre 2021. [...].

56. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Raum «Biel» eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Wattwil SG

57. Der Markt «Wattwil», welcher durch einen Radius von 10 km um die bp-Tankstelle an der Bleikenstrasse gebildet wird, hat einen ländlichen Charakter und ist nur wenig besiedelt. In diesem Markt gibt es insgesamt 18 Tankstellen. Von diesen werden 9 Tankstellen von Oel-Pool und eine Tankstelle von bp Schweiz betrieben. Die geschätzten mengenbasierten Marktanteile von Oel-Pool betragen [30–40] %, diejenigen von bp Schweiz [0–10] %, was einen kumulierten Marktanteil von [40–50] % ergibt. Die übrigen 8 Tankstellen werden von Wettbewerbern unter den Marken Agrola (6 Tankstellen), Coop (eine Tankstelle) und Avia (eine Tankstelle) betrieben.

58. Die Zusammenschlussparteien stehen bezüglich des Vertriebs von Treibstoff an Tankstellen im Markt «Wattwil» also zumindest einem wichtigen Wettbewerber (Agrola) gegenüber. Eine der sechs unter der Marke Agrola betriebenen Tankstellen verfügt zudem über einen Shop, was deren Attraktivität für Kundinnen und Kunden erhöht. Zusätzlich kann aufgrund der ländlichen Lage des Marktes auch die Wettbewerbssituation in einem erweiterten Radius berücksichtigt werden, weshalb das nächste regionale Zentrum miteinzuschliessen ist.⁴⁷ Dies sind Wil (23 Autominuten von Wattwil entfernt) und Rapperswil (26 Autominuten von Wattwil entfernt). Bei einer solchen Erweiterung des Marktes läge lediglich noch ein knapp betroffener Markt vor.⁴⁸

59. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Raum «Wattwil» eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Wil SG

60. Der Markt «Wil» wird durch einen Radius von 10 km um die bp-Tankstelle an der St. Gallerstrasse gebildet, hat teilweisen städtischen Charakter und ist dicht besiedelt. In ihm gibt es insgesamt 63 Tankstellen, wovon 11 zu Oel-Pool und 5 zu bp Schweiz gehören. [...]. Die geschätzten mengenbasierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien betragen rund [10–20] % (Oel-Pool) und [0–10] % (bp Schweiz). Die Zusammenschlussparteien besitzen einen kumulierten Marktanteil auf dem Markt «Wil» von [20–30] %. Die übrigen Wettbewerber betreiben 47 Tankstellen, unter anderem unter den Mar-

ken Agrola (14 Tankstellen), Avia (13 Tankstellen), Coop (6 Tankstellen) und Migrol (5 Tankstellen).

61. Somit stehen den Zusammenschlussparteien bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen im Markt «Wil» eine grössere Anzahl an Wettbewerbern gegenüber. Die Nachfragerinnen und Nachfrager verfügen also über eine gute Auswahl an verschiedenen Anbietern von Treibstoffen. Unter den Konkurrenten von Oel-Pool und bp Schweiz befinden sich zudem finanzstarke Unternehmen, die ihrem Tankstellennetz neue Tankstellen hinzufügen können. So eröffnete Avia 2021 in Niederbüren eine Tankstelle inkl. Tankstellenshop. [...].

62. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Raum «Wil» eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Sargans SG

63. Der Markt «Sargans» wird durch einen Radius von 10 km um die bp-Tankstelle an der Grossfeldstrasse gebildet und ist eher ländlich geprägt. Im Markt «Sargans» gibt es insgesamt 25 Tankstellen, wovon 7 Tankstellen zu Oel-Pool und eine zu bp Schweiz gehören. Der geschätzte mengenbasierte Marktanteil von Oel-Pool beträgt [10–20] %, derjenige von bp Schweiz [0–10] %, was einen kumulierten Marktanteil von [20–30] % ergibt. Die anderen 17 Tankstellen werden von Konkurrenten der Zusammenschlussparteien betrieben, unter anderem unter den Marken Avia (6 Tankstellen), Coop (3 Tankstellen) und Shell (3 Tankstellen).

64. Somit sehen sich die Zusammenschlussparteien auf dem Markt «Sargans» einer grösseren Anzahl von Wettbewerbern gegenüber. Die Nachfragerinnen und Nachfrager verfügen mithin über eine gute Auswahl an verschiedenen Anbietern von Treibstoffen. Ausserdem befinden sich unter den Konkurrenten der Zusammenschlussparteien finanzstarke Unternehmen, für die nicht ausgeschlossen ist, dass sie ihrem Tankstellennetz zusätzliche Tankstellen hinzufügen können.

65. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Raum «Sargans» eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

⁴⁷ Vgl. RPW 2019/2, 529 Rz 28, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*.

⁴⁸ Geschätzte Marktanteile bei erweitertem Radius: [10–20] % Oel-Pool, [0–10] % bp Schweiz; kumuliert [20–30] %.

Pratteln BL

66. Der Markt «Pratteln», welcher durch einen Radius von 10 km um die bp-Autobahntankstelle Pratteln-Nord an der A3 gebildet wird, hat teilweise städtischen Charakter und ist dicht besiedelt. Zusätzlich liegt Pratteln im unmittelbaren Einzugsgebiet der Stadt Basel. Im Markt «Pratteln» gibt es insgesamt 91 Tankstellen. Von diesen werden 25 Tankstellen von Oel-Pool und 5 Tankstellen von bp Schweiz betrieben. Die geschätzten mengenbasierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien betragen [10–20] % (Oel-Pool) und [0–10] % (bp Schweiz). Gemeinsam besitzen sie einen kumulierten Marktanteil von [20–30] %. Die übrigen 61 Tankstellen im Markt «Pratteln» betreiben verschiedene Konkurrenzunternehmen, unter anderem unter den Marken Avia (18 Tankstellen), Coop (15 Tankstellen) und Shell (7 Tankstellen).

67. Somit stehen den Tankstellen der Zusammenschlussparteien im Markt «Pratteln» eine grössere Anzahl von Wettbewerbern gegenüber. Im Markt «Pratteln» sowie in der sich in der Nähe befindenden Stadt Basel haben Nachfragerinnen und Nachfrager eine gute Auswahl an verschiedenen Anbietern von Treibstoffen. Ebenfalls befinden sich unter den Konkurrenten von Oel-Pool und bp Schweiz finanzstarke Unternehmen, die neue Tankstellen eröffnen können. So eröffnete Coop beispielsweise in den letzten drei Jahren eine Tankstelle inkl. Tankstellenshop in Birsfelden.

68. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Markt für den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Raum «Pratteln» eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.2.2 Betrieb von Autowaschanlagen

69. Zur Gesamtzahl der Waschanlagen für Autos (Waschstrassen, Portalanlagen und Waschboxen) in der Schweiz bestehen keine verlässlichen Gesamtzahlen. Die Zusammenschlussparteien schätzen, dass schweizweit etwas mehr als 2'000 solcher Anlagen betrieben werden (vgl. Tabelle 2). Die Anzahl an Portalanlagen schätzen die Zusammenschlussparteien schweizweit auf rund 800–1'000, die Anzahl an Waschstrassen auf ca. 200–250 Anlagen.⁴⁹

70. Die Soft Car Wash, wie die Oel-Pool eine Tochtergesellschaft der Volare, betreibt in der Schweiz 28 Waschstrassen⁵⁰. An Oel-Pool-Tankstellen werden hingegen nur sehr eingeschränkt Waschanlagen betrieben (6 Portalanlagen). An Tankstellen von bp Schweiz finden sich 48 Waschanlagen, wobei es sich mit der Ausnahme einer Waschstrasse am Flughafen Zürich um Portalanlagen handelt. Die Waschanlagen der Konkurrenz befinden sich an Tankstellen von nicht zu Oel-Pool und bp Schweiz gehörenden Tankstellen sowie an anderen Standorten ohne direkten Bezug zu einer Tankstelle, namentlich bei Garagen und Pneuhäusern sowie Anbietern, welche wie Soft Car Wash einzig Autowaschanlagen betreiben.

71. Gemessen an der Anzahl Autowaschanlagen liegen die schweizweiten Marktanteile der Zusammenschlussparteien im schweizweiten Markt für Autowaschanlagen

insgesamt bzw. in separaten schweizweiten Märkten für Waschstrassen (1.), Portalanlagen (2.) oder Waschboxen (3.) unter 20 % (vgl. unten Tabelle 2). Es liegen mithin insofern keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

72. Bei der Abgrenzung von lokalen Märkten mit 10-km-Radien einzeln für Waschstrassen, Portalanlagen und Waschboxen sowie für einen sachlich relevanten Markt, welcher Waschstrassen und Portalanlagen umfasst, kommt es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben lediglich zu einem einzigen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, nämlich im Markt für Waschstrassen in der Region «Biel-Seeland» (vgl. Tabelle 2). Dieser Markt wird jedoch nachfolgend nicht weiter analysiert, weil es dort nicht zu einer Marktanteilsaddition kommt und der Zusammenschluss keine Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse bewirkt. Im Ergebnis bestehen daher selbst bei einer lokalen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss im Bereich von Autowaschanlagen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

⁴⁹ Die Zusammenschlussparteien haben die Anzahl der Standorte geschätzt, an denen sich solche Anlagen befinden. An einem Standort können sich mehrere Waschstrassen, Portalanlagen oder Waschboxen befinden.

⁵⁰ Gemäss Internetpräsenz werden dort auch Waschboxen betrieben, vgl. <www.softcarwash.com/CH/Home> (4.11.2021).

Tabelle 2: Autowaschanlagen, aktuell, für Schweiz und betroffenen lokalen Markt Biel-Seeland

Autowaschanlagen	Zusammenschlussparteien				Gesamtmarkt [#]
	Oel-Pool [#]	bp Schweiz [#]	kumu- liert [#]	kumulierter Marktanteil [%] ⁵¹	
Autowaschanlagen, Schweiz					
Autowaschanlagen	k. A.	k. A.	k. A.	< 20 ⁵²	> 2000
davon					
- Waschstrassen	28	1	29	14,5	ca. 200–250
- Portalanlagen	6	47	52	6,5	ca. 800–1000
- Waschboxen	k. A.	k. A.	k. A.	< 20	1000 ⁵³
Biel-Seeland					
Waschstrassen	2	0	2	66,7	3

Bemerkungen: #: Anzahl.

B.3.2.3 Kleinhandel mit Heizöl

73. Sowohl Oel-Pool als auch bp Schweiz sind im Bereich des Handels mit Treibstoffen sowie mit Brennstoffen tätig, wobei bp Schweiz nicht im Kleinhandel mit Heizölen tätig ist. Das Grosshandelsgeschäft von bp Schweiz mit Brennstoffen ist nicht Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlusses (vgl. Rz 4).

74. Im Bereich des Handelsgeschäfts mit Treibstoffen und Brennstoffen liegt einzig dann ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor, wenn ein regionaler Markt für den Kleinhandel mit Heizöl abgegrenzt wird (siehe oben Rz 21 ff., 30 ff.). In diesem Fall ist dies der regionale Markt für den Kleinhandel mit Heizöl im Tessin, welcher zur übrigen Schweiz durch die geografischen Gegebenheiten abgegrenzt ist.⁵⁴ In diesem Markt verfügte Oel-Pool im Jahr 2020 über einen von Oel-Pool geschätzten Marktanteil von [30–40] %. Bp Schweiz war und ist in diesem Markt nicht tätig. Konkurrenten von Oel-Pool sind Migrol mit einem Marktanteil von [30–40] % sowie verschiedene regional tätige Unternehmen. Dieser Markt wird nachfolgend nicht weiter analysiert, weil es dort nicht zu einer Marktanteilsaddition kommt und der Zusammenschluss keine Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse bewirkt.

75. Im Ergebnis bestehen daher auch für den Bereich des Handels mit Treibstoffen und Brennstoffen keine Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.3 Ergebnis

76. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraus-

setzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁵¹ Marktanteil gemessen an Anzahl Autowaschanlagen. Schätzungen zu den durchschnittlichen Umsätzen pro Standort pro Typ (Waschstrasse, Portalanlage oder Waschbox), welche z.B. die vermutungsweise durchschnittlich deutlich umsatzstärkeren Waschstrassenstandorte stärker gewichten würden als reine Waschboxenstandorte, liegen keine vor, weshalb bezüglich «Autowaschanlagen» in dieser Tabelle keine konkreten Marktanteilsschätzungen ausgewiesen werden. Für die anzahlbezogene Gesamtmarktschätzung wurde die niedrigste anzahlbezogene Gesamtmarktschätzung der Zusammenschlussparteien zugrunde gelegt.

⁵² Gemäss den Zusammenschlussparteien sei eine umsatzbasierte Schätzung des Gesamtmarkts nicht möglich.

⁵³ Eigene Berechnung unter Annahme von 2000 Autowaschanlagen, 200 Waschstrassen und 800 Portalanlagen.

⁵⁴ Aufgrund der Gefahrgutvorschriften und aus Kostengründen werden gemäss den Zusammenschlussparteien keine Transporte von Heizölmengen über 30'000 Liter durch den Gotthard-Strassentunnel bzw. durch den San Bernadino-Tunnel vorgenommen.

B 2.3

5. Sems/Arole/Conforama/JV

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Oktober 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Oktober 2021

1. Am 22. September 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über die Conforama Suisse SA (nachfolgend: Conforama) durch die Sems CH 2 AG (nachfolgend: Sems) einerseits und durch die derzeit (allein) kontrollierende Gesellschaft Arole Holding SA (nachfolgend: Arole) andererseits.

2. Sems mit Sitz in Rothrist (Schweiz) ist eine Tochtergesellschaft [...]. Letztere Gesellschaft ist eine Tochtergesellschaft [...]. Diese Gesellschaft [...] hält direkt oder indirekt verschiedene Beteiligungen an Gesellschaften, zu welchen insbesondere [...] gehören. Diese Gesellschaften haben vorwiegend Geschäftstätigkeiten in europäischen Ländern im Detailhandel mit Möbeln, Einrichtungsgegenständen und Haushaltswaren sowie mit Elektrogeräten. Weitere in diesen Bereichen tätige und in der Schweiz ansässige Gesellschaften sind insbesondere die Möbel Pfister AG, die Arco Regio AG, die Möbel Egger AG sowie die Möbel Svoboda AG. In der Schweiz betreibt die XXXLutz KG (XXXLutz-Gruppe) insgesamt 30 Verkaufsstandorte, darunter die Marken Mömax, Pfister, XXXLutz, Möbel Egger, Möbel Hubacher sowie Möbel Svoboda.

3. Arole mit Sitz in Pully (Schweiz) ist eine Beteiligungsgesellschaft und Teil einer Unternehmensgruppe, zu welcher die Holdinggesellschaft [...] gehört. [...] Arole ist die (derzeitige) alleinige Muttergesellschaft von Conforama, dem zukünftigen Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) von Arole und Sems (nachfolgend zusammen: die Parteien).

4. Conforama mit Sitz in Tolochenaz (Schweiz) ist ein mit 22 Verkaufsstandorten in der ganzen Schweiz im Detailhandel tätiges Einrichtungshaus für Möbel und Haushaltswaren. Zu den von Conforama verkauften Produkten gehören insbesondere alle Kategorien von Haushalts- und Gartenmöbeln, elektronische Haushaltsgeräte, Multimedia-Produkte sowie Dekorationsartikel. Die Tätigkeiten von Conforama sollen, gemäss Angaben der Parteien, nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens unverändert bestehen bleiben.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecke Sems neben bestehenden Beteiligungen an Möbeleinzelhandelsunternehmen in Deutschland und Frankreich auch

im Schweizer Möbeldetailhandelsmarkt weiter zu investieren. [...] Arole beabsichtige durch das Zusammenschlussvorhaben, [...].

6. Aktuell verfügt Arole über 100 % der Anteile am (zukünftigen) GU. Die Parteien haben vereinbart, dass nach Vollzug des Zusammenschlusses [...] am GU halten werden. Der Verwaltungsrat besteht aus [...] Mitgliedern, wobei jede Partei berechtigt ist, [...] Mitglieder zu ernennen. Damit haben beide Parteien die Möglichkeit Beschlüsse, die für strategische Entscheidungen des GU wesentlich sind, [...]. Hinsichtlich der Ernennung und Abberufung von Mitgliedern der Geschäftsleitung bedarf es grundsätzlich die Zustimmung beider Parteien. Sems und Arole werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

7. Das GU hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es wird als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als selbständige wirtschaftliche Einheit auf dem Markt aufzutreten. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfüllt.¹

8. Erlangen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen, welches sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, so stellt dies einen Unternehmenszusammenschluss dar, sofern das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (vgl. Art. 2 VKU). Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

9. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2020 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

10. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Märkte in den Bereichen, in welchen das GU tätig ist und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte (vgl. Rz 4). Konkret handelt es sich um den Bereich Wohnungseinrichtungen und den Bereich Elektrogeräte.

¹ Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

11. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis (absatzseitig) von einem sachlich relevanten Gesamtmarkt für Wohnungseinrichtungen inklusive Internethandel ausgegangen, liess aber eine genaue sachliche Abgrenzung, dies insbesondere hinsichtlich einer Marktsegmentierung nach Produktgruppen (Wohnmöbel, Küchenmöbel, Bettwaren usw.) sowie nach Preissegmenten, letztlich offen.² Weiter ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis (absatzseitig) von einem sachlich relevanten Markt für Elektrogeräte ausgegangen, welcher nach Produktgruppen (u.a. Grosshaushaltsgeräte und Kleinhaushaltsgeräte) in Teilmärkte zu segmentieren ist, liess eine genaue sachliche Abgrenzung aber letztlich offen.³

12. Vorliegend wird von einem (absatzseitigen) sachlichen (Gesamt-)Markt für Wohnungseinrichtungen inklusive Internethandel ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt weiter nach Produktgruppen (z.B. Möbelgrundsortiment, Möbelrandsortiment usw.) zu segmentieren ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert. Weiterhin wird vorliegend praxismässig von einem (absatzseitigen) sachlichen Markt für Elektrogeräte, welcher nach Produktgruppen (u.a. Grosshaushaltsgeräte und Kleinhaushaltsgeräte) in Teilmärkte zu segmentieren ist, ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

13. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für Wohnungseinrichtungen bringen die Parteien vor, dass sowohl die XXXLutz-Gruppe als auch Conforama [...]. Zudem seien die Verkaufsstellen der Parteien sowie die Verkaufsstellen der Wettbewerber über die ganze Schweiz verteilt, dies führe zu vollkommener Preistransparenz und zu homogenen Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Schweiz. Auch fördere der Internethandel die Preistransparenz und dies verunmögliche, [...]. Aus demselben Grund könnten auch im Internethandel keine abweichenden Preise verlangt werden. Daher sei eine schweizweite Marktabgrenzung im Markt für Wohnungseinrichtungen die einzig sachgerechte.

14. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis beim Markt für Wohnungseinrichtungen von einem schweizweiten Markt ausgegangen, liess aber eine genaue räumliche Abgrenzung letztlich offen.⁴ Vorliegend wird für den Markt für Wohnungseinrichtungen in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt ausgegangen, da im konkreten Fall die nationale Dimension im Vordergrund steht. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann aber letztlich offengelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung, insbesondere auch einer lokalen Abgrenzung von ca. 40 Autofahrminuten (40 km), das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

15. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis beim sachlichen «Markt für Elektrogeräte», welcher in Teilmärkte nach Produktgruppen zu segmentieren ist, sowohl die nationale als auch die lokale Ebene betrachtet, wobei klar festgestellt wurde, dass es sich aus Sicht der Nachfragerinnen und Nachfrager um lokale Märkte handelt.⁵ Praxismässig ging die WEKO je nach Produktgruppe von einem Einzugsgebiet zwischen 20 km (bzw. 20 Au-

tofahrminuten) und 40 km (bzw. 30 Autofahrminuten) für die entsprechenden lokalen Märkte aus.⁶ Eine genaue räumliche Abgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung (national oder lokal) der Teilmärkte das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

16. Im Markt für Wohnungseinrichtungen schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil in der Schweiz auf weniger als [10–20] % und in keinem der lokalen Märkte auf mehr als [10–20] %.⁹ Im Ergebnis liegt in diesen Märkten kein vom Zusammenschluss betroffener Markt vor und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

17. In den (Teil-)Märkten für Elektrogeräte schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil in keinem der Teilmärkte auf mehr als [0–10] %, dies sowohl für eine schweizweite als auch für eine lokale Marktdimension. Im Ergebnis liegt in diesen Märkten kein vom Zusammenschluss betroffener Markt vor und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

18. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

19. Die Parteien haben die folgende Nebenabrede gemeldet: Sie vereinbaren ein Abwerbeverbot, wonach, gemäss Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: ABV), [...].

20. Nebenabreden müssen grundsätzlich einen unmittelbaren Zusammenhang zum Zusammenschlussvorhaben haben und für dessen Durchführung notwendig sein.⁸ Abwerbeverbote sollen gewährleisten, dass das Personal dem zu übertragenden Unternehmen verbleibt⁹ und werden analog zu Wettbewerbs- und Konkurrenzverboten beurteilt¹⁰. Vorliegend ist das Abwerbeverbot beschränkt und zwar sachlich auf das Tätigkeitsfeld des GU, räumlich auf Tätigkeitsgebiet des GU (Schweiz) und zeitlich für die Dauer des GU. Die Nebenabrede ist daher als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diesen notwendig zu qualifizieren.

21. 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.

² RPW 2014/3, 534 Rz 8, *AIH/LIPO*.

³ RPW 2008/3, 481 Rz 72ff., *Coop/Fust*.

⁴ RPW 2014/3, 535 Rz 10, *AIH/LIPO*.

⁵ RPW 2014/3, 535 Rz 11, *AIH/LIPO*; RPW 2008/3, 485 Rz 120ff., *Coop/Fust*; RPW 2012/4, 852 Rz 66, *Migros/Galaxus*.

⁶ Vgl. u.a. RPW 2008/3, 485 Rz 120 ff. und Rz 148, *Coop/Fust*.

⁷ Die gemeinsamen Marktanteile auf den einzelnen lokalen Märkten mit Marktanteilsaddition liegen in einer Spanne von unter [0–10] % bis unter [10–20] %.

⁸ Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56/24 vom 5.3.2005; RPW 2017/2, 308 Rz 160, *Post/SBB/SwissSign*.

⁹ FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 10 N 211.

¹⁰ Vgl. RPW 2017/2, 308 Rz 168, *Post/SBB/SwissSign*.

B 2.3

6. Cinven/Fressnapf/Bidco/Arcaplanet/Maxi Zoo Italia/JV

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. November 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 23. November 2021

1. Am 29. Oktober 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über Agrifarma S.p.A. (nachfolgend: Agrifarma) und Maxi Zoo Italia S.p.A. (nachfolgend: Maxi Zoo Italia) – indirekt mittels dem Gemeinschaftsunternehmen Shiba Bidco S.P.A. (nachfolgend: GU) – durch die Cinven Capital Management (VII) General Partner Limited (nachfolgend: Cinven) einerseits und durch die Fressnapf Beteiligungs-GmbH (nachfolgend: Fressnapf) andererseits.

2. Cinven mit Hauptsitz im Vereinigten Königreich ist ein internationales Private-Equity-Unternehmen, welches Anlageverwaltungs- und Anlageberatungsdienstleistungen für eine Reihe von Investmentfonds erbringt. Die verschiedenen von Cinven verwalteten Investmentfonds halten Kontrollbeteiligungen an mehreren Unternehmen, welche in einer Vielzahl von Teilssektoren tätig sind, dies mit besonderem Schwerpunkt auf Unternehmensdienstleistungen, Konsumgüter, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Industrie und Technologie sowie Medien und Telekommunikation.

3. Fressnapf mit Sitz in Krefeld-Linn (Deutschland) ist eine private Holdinggesellschaft, die an der Spitze der Fressnapf-Gruppe steht. Fressnapf ist im Detailhandel mit Heimtierprodukten in der Schweiz und in zahlreichen europäischen Ländern tätig. Die Produktpalette von Fressnapf umfasst Tiernahrung und -zubehör, Heimtiere und zoologischen Bedarf. Fressnapf vertreibt auch ein eigenes Haustierfutter sowie Tierpflegeprodukte.

4. Maxi Zoo Italia mit Sitz in Pero (Italien) ist eine Tochtergesellschaft von Fressnapf und vertreibt ausschliesslich in Italien Spezialprodukte für Haustiere, darunter Tierfutter und -zubehör, Heimtiere und zoologischen Bedarf sowie auch Produkte der Eigenmarke Fressnapf (Tierfutter und Haustierpflegeprodukte). Cinven und Fressnapf (nachfolgend: die Parteien) haben vereinbart, dass das GU nach Vollzug der Transaktion die Eigentümerin des gesamten Aktienkapitals von Maxi Zoo Italia sein wird.

5. Agrifarma mit Sitz in Chiavari (Italien) vertreibt in Italien Heimtierprodukte (Tiernahrung, Zubehör, Gesundheit und Pflege); dies auch unter der Eigenmarke Arcaplanet. Zudem ist Agrifarma über eine Tochtergesell-

schaft mit zwei Heimtiergeschäften in der Schweiz, welche sich in Grancia und Morbio Inferiore befinden, tätig. Die Parteien haben vereinbart, dass das GU nach Vollzug der Transaktion die Eigentümerin des gesamten Aktienkapitals von Agrifarma sein wird.

6. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken die Parteien, in den italienischen Markt für Heimtierprodukte mit gutem bis erheblichem Wachstumspotential zu investieren. Zudem könne mit dem GU erhebliches Potential durch eine verbesserte und beschleunigte digitale Omnichannelstrategie realisiert werden. Weiter erwarten die Parteien [...].

7. Die Parteien haben vereinbart, dass Cinven nach Vollzug des Zusammenschlusses einen Anteil von [...] und Fressnapf einen Anteil von [...] am GU halten werden. Im Verwaltungsrat [...] Mitglieder ernennen und abberufen, wobei [...]. Darüber hinaus besitzt [...] ein Vetorecht in Bezug auf bestimmte vorbehaltenen Angelegenheiten von strategischem bzw. grundlegendem Charakter. Cinven und Fressnapf werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

8. Das GU hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es wird als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als selbständige wirtschaftliche Einheit auf dem Markt aufzutreten. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfüllt.¹

9. Erlangen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen, welches sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, so stellt dies einen Unternehmenszusammenschluss dar, sofern das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (vgl. Art. 2 VKU). Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

10. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2020 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

11. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Märkte in den Bereichen, in welchen das GU tätig ist und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte (vgl. Rz 4f.). Konkret handelt es sich um den Bereich des Vertriebs von Heimtierprodukten an Endkunden und Endkundinnen.

¹ Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

12. Die WEKO hat sich bisher nicht mit dem Bereich des Vertriebs von Heimtierprodukten an Endkunden und Endkundinnen beschäftigt. Vorliegend wird von einem (absatzseitigen) sachlichen Markt für den Detailhandel mit Heimtierprodukten ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt weiter nach Produktgruppen (z.B. Heimtierfutter, Heimtierzubehör usw.) zu segmentieren ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

13. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für den Detailhandel mit Heimtierprodukten bringen die Parteien vor, dass sowohl [...]. Die Parteien vertreten die Auffassung, dass der räumlich relevante Markt für den Detailhandel mit Heimtierprodukten sicherlich nicht weiter als national abzugrenzen sei und in Anlehnung an die Praxis der WEKO für den (absatzseitigen) Lebensmittelhandel² auch eine enge Abgrenzung in lokale Märkte mit einem Einzugsgebiet von ca. 20 Autofahrminuten denkbar sei.

14. Vorliegend wird für den sachlich relevanten Markt für den Detailhandel mit Heimtierprodukten in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt ausgegangen, da im konkreten Fall die nationale Dimension im Vordergrund steht. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann aber letztlich offengelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung, insbesondere auch bei einer lokalen Abgrenzung von ca. 20 Autofahrminuten (20 km), das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

15. Im Markt für den Detailhandel mit Heimtierprodukten schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil in der Schweiz auf weniger als [10–20] %. In keinem der lokalen Märkte kommt es zu einer Marktanteilsaddition und auf den lokalen Märkten ohne Marktanteilsaddition schätzen die Parteien ihren jeweiligen alleinigen Marktanteil auf [...] unter der Schwelle von 30 %. Im Ergebnis liegt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt vor und führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

16. 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.

² Vgl. RPW 2008/4, 607 Rz 116, *Coop/Carrefour*.

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. Dezember 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 7. Dezember 2021

1. Am 11. November 2021 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Kontrollerwerb der FCA Switzerland S.A. (nachfolgend: FCA Switzerland bzw. Zielunternehmen) – eine Tochtergesellschaft der FCA Italy S.p.A. (nachfolgend: FCA Italy) – durch die Bersan Europea de Automoción S.L. (nachfolgend: Bersan).

2. Bersan mit Sitz in Madrid (Spanien) ist ein Gemeinschaftsunternehmen der International de Automoción Berge S.L. mit Sitz in Spanien und der Nueva España SpA mit Sitz in Chile (nachfolgend zusammen: Bersan Gruppe). Die Bersan Automotive Switzerland AG mit Sitz in Dietikon ist eine Tochtergesellschaft von Bersan in der Schweiz. Die Bersan Gruppe ist im Gross- und Einzelhandel mit Fahrzeugen, im Kundendienst und der Finanzierung in mehreren europäischen Ländern sowie in Lateinamerika tätig. In der Schweiz vertreibt die Bersan Gruppe auf Grosshandelsstufe Fahrzeuge und Originalersatzteile (OEM) der Marken Hyundai, Ssangyong, MG und Maxus.

3. FCA Switzerland mit Sitz in Schlieren (Schweiz) ist eine Tochtergesellschaft der FCA Italy mit Sitz in Turin (Italien), welche ihrerseits durch die Stellantis N.V. (nachfolgend: Stellantis) mit Sitz in Amsterdam (Niederlande) kontrolliert wird. Stellantis ist in der Herstellung von Fahrzeugen sowie von Karosserien, Ersatzteilen und Zubehör für Fahrzeuge tätig. Weiter ist Stellantis in den Bereichen der Wartung und Reparatur, Vermietung und Leasing sowie dem Vertrieb von Personenkraftwagen und leichten Nutzfahrzeugen tätig. Über ihre Tochtergesellschaft, die FCA Switzerland, vertreibt Stellantis in der Schweiz auf Grosshandelsstufe Fahrzeuge und Originalersatzteile der Marken Fiat, Fiat Professional, Alfa Romeo, Jeep und Abarth. Die FCA Switzerland verkauft zudem in der Schweiz über eine eigene Tochtergesellschaft auf Retailhandelsstufe Fahrzeuge in Meyrin (GE), allerdings ist diese Tochtergesellschaft von FCA Switzerland nicht Teil des Kontrollerwerbs durch Bersan und verbleibt weiterhin bei Stellantis.¹

4. Mit dem Zusammenschluss bezweckt Bersan, die eigene Position auf dem Markt in der Schweiz zu stärken, indem die Marktpräsenz durch die Portfolioerweiterung an Fahrzeugmarken, welche in die Schweiz auf der

Grosshandelsebene importiert und vertrieben werden sollen, erweitert werde.

5. FCA Italy und Bersan (nachfolgend: die Parteien) haben am 18. Oktober 2021 einen Vertrag (Share Transfer Agreement) abgeschlossen, in welchem die Übertragung von FCA Switzerland (ohne die Tochtergesellschaft auf der Retailhandelsstufe) an Bersan vereinbart wurde. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

6. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2020 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

7. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Bereiche, in welchen das Zielunternehmen tätig ist und sich die Wettbewerbssituation ändern könnte. Konkret handelt es sich um den Bereich des Vertriebs von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe.

8. In Bezug auf den Bereich für den Vertrieb von Fahrzeugen ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe und von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe ausgegangen.² Auch die Europäische Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis zwischen dem Markt für den Grosshandel von Fahrzeugen und dem Markt für den Retailvertrieb von Fahrzeugen unterschieden.³ Die WEKO ist zudem in ihrer bisherigen Praxis von einem weiteren separaten Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen ausgegangen.⁴ Eine abschliessende sachliche Abgrenzung, ob es sich bei diesen separaten Märkten für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe, den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe sowie für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen jeweils um einen Gesamtmarkt (ohne Unterteilung in Segmente) oder um (weitere) Teilmärkte (mit Unterteilung in Segmente) handelt, hat die WEKO bisher jeweils offengelassen.⁵

¹ Vgl. auch RPW 2020/4b, 1906 Rz 2 ff., *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.*

² Vgl. u.a. RPW 2019/1, 148 Rz 12 und Rz 15, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten.*

³ Vgl. u.a. EU-KOMM, COMP/M.2832, Rz 17 *General Motors/Daewoo*; EU-KOMM, COMP/M.7747, Rz 11 ff., *PGA/MSA*; EU-KOMM, COMP/M.6718, Rz 11, *TTC/CFAO*; EU-KOMM, COMP/M.1825, Rz 9, *Suzuki Motor/Suzuki KG/FAFIN*; EU-KOMM, COMP/M.182, Rz 8, *Inchape/TKM*; EU-KOMM, COMP/M.1452, Rz 10, *Ford/Volvo*; EU-KOMM, COMP/M.5709, Rz 10 *Volkswagen/Mahag.*

⁴ Vgl. u.a. RPW 2020/4b, 1907 Rz 12, *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.*

⁵ Vgl. u.a. RPW 2020/1, 260 Rz 13 ff., *Daimler/Geely/smart Automobile.*

9. Vorliegend wird von einem sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (ohne Unterteilung in Segmente) ausgegangen, welcher die Personenwagensegmente⁶ Kleinstwagen, Kleinwagen, Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse (oder Sportwagen), SUV (und Mehrzweckwagen) sowie leichte Nutzfahrzeuge (LCV) umfasst. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

10. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen

auf der Grosshandelsstufe in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.⁷ Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

11. Sowohl Bersan als auch FCA Switzerland sind in der Schweiz auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe tätig.

Der nachfolgenden Tabelle 1 sind die Marktanteile der Parteien auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe zu entnehmen.

Tabelle 1: Marktanteile Vertrieb Grosshandelsstufe – Schweiz

Marktanteile im Vertrieb Grosshandelsstufe (2020, Schweiz)			
	Bersan	FCA Switzerland	Bersan & FCA Switzerland
Personenwagen und LCV	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %

Bemerkung: LCV = leichte Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien auf den IVZ Zulassungsdaten.

12. Der nachfolgenden Tabelle 2 sind die Marktanteile der Parteien auf dem Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe unterteilt in Segmente zu entnehmen.

13. Tabelle 2: Marktanteile Vertrieb Grosshandelsstufe (nach Segmenten) – Schweiz

Marktanteile im Vertrieb Grosshandelsstufe (2020, Schweiz, segmentbezogen)			
Segment	Bersan	FCA Switzerland	Bersan & FCA Switzerland
Kleinstwagen	[0–10] %	[30–40] %	[40–50] %
Kleinwagen	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Mittelklasse	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Obere Mittelklasse	0.0 %	[0–10] %	[0–10] %
Oberklasse	0.0 %	0.0 %	0.0 %
Luxusklasse	0.0 %	[0–10] %	[0–10] %
SUV	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
LCV	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %

Bemerkung: LCV = leichte Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien auf den IVZ Zulassungsdaten.

14. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird die Schwelle von 20 % zum Vorliegen eines betroffenen Marktes (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU) aufgrund des gemeinsamen schweizweiten Marktanteils von [0–10] % auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (ohne Unterteilung in Segmente) nicht überschritten (vgl. Tabelle 1). Daher führt das Zusammenschlussvorhaben bei einer Betrachtung des (Gesamt-)Marktes für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe zu keinem betroffenen Markt.

⁶ Vgl. u.a. RPW 2020/4b, 1907 Rz 12, *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.*; RPW 2020/1, 260 Rz 13 f., *Daimler/Geely/smart Automobile*.

⁷ Vgl. RPW 2019/1, 149 Rz 22, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*; RPW 2017/4, 570 Rz 31, *Peugeot SA/Opel*; RPW 2020/1, 260 Rz 16, *Daimler/Geely/smart Automobile*.

15. Würde man diesen schweizweiten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (hypothetisch) in Segmente bzw. weitere (Teil-)Märkte unterteilen, so wäre einzig das Marktsegment «Kleinstwagen» mit dem gemeinsamen Marktanteil [40–50] % ein betroffener Markt (vgl. Tabelle 2). Die Marktanteilsaddition in diesem (hypothetischen) Marktsegment ist mit [0–10] % indes gering. In diesem Marktsegment sind laut Angaben der Parteien zudem weitere etablierte Anbieter, darunter insbesondere die Emil Frey AG, tätig. Weiter sei zu berücksichtigen, dass Bersan die Fahrzeuge der Marken Fiat, Fiat Professional, Alfa Romeo,

Jeep und Abarth (jene Marken, die durch die Übernahme hinzukommen) nicht exklusiv importiere, was den Kunden auf dem Grosshandelsmarkt ermögliche, die Fahrzeuge dieser Marken auch bei anderen Grosshändlern zu beziehen.

16. 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 2.3

8. Advent/Eurazeo/Planet

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 27. September 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. September 2021

1. Am 30. August 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen bestimmte von Advent International Corporation und ihren Tochtergesellschaften verwaltete Fonds und Eurazeo SE (indirekt) die gemeinsame Kontrolle über die Planet Gruppe zu erwerben, welche derzeit alleinig von Eurazeo SE kontrolliert wird. Das Zusammenschlussvorhaben führt demgemäss zu einem Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle.

2. Die Advent International Corporation (nachfolgend: **Advent**) ist eine US-amerikanische Private-Equity-Gesellschaft mit Sitz in Boston, die sich auf den Erwerb von Kapitalbeteiligungen und die Verwaltung von Investmentfonds konzentriert. Als Private Equity-Investorin hält Advent Beteiligungen an Gesellschaften, die in verschiedenen Sektoren tätig sind, darunter Industrie, Einzelhandel, Medien, Kommunikation, Informationstechnologie, Internet, Gesundheitswesen und Pharmazeutika.

3. Die Eurazeo SE (nachfolgend: **Eurazeo**) ist eine an der Euronext Paris börsenkotierte Investmentgesellschaft mit einem Portfolio von mehreren Milliarden Euro an diversifizierten Vermögenswerten in den Bereichen Private Equity, Private Debt und Real Assets.

4. Advent und Eurazeo sind die meldenden/übernehmenden Unternehmen. Sie planen, gemeinsam indirekt die Kontrolle über die Planet-Gruppe (nachfolgend: **Planet**) zu erwerben. Diese wird derzeit letztlich alleinig von Eurazeo kontrolliert. Die Haupttätigkeit der Planet-Gruppe besteht in der Erbringung von Dienstleistungen zur Rückerstattung der Mehrwertsteuer (*VAT refund services*) und zur Währungsumrechnung (*currency conversion*). Daneben bietet sie weitere integrierte Zahlungsdienste an, namentlich Acquiring für Händler und Acquiring Processing-Dienstleistungen sowie Verwaltung von Point Of Sale (POS)-Terminals und E-Commerce Akzeptanzlösungen (*Payment Gateway*¹-Dienstleistungen) für Händler in den Bereichen Einzelhandel, Gastgewerbe, Lebensmittel und Getränke, Parkieren und Finanzen.

5. Der **Erwerb der gemeinsamen Kontrolle** wird über eine Reihe neu gegründeter (Holding)-Gesellschaften erfolgen, die letztlich direkt oder indirekt das gesamte ausstehende Aktienkapital der obersten Muttergesell-

schaft von Planet erwerben werden. Die oberste neu geschaffene Gesellschaft ([...], [nachfolgend: **Topco**]) wird nach dem Abschluss der Transaktion zu 50 % von Eurazeo sowie zu 50 % indirekt von bestimmten, von Advent verwalteten Private Equity-Fonds gehalten.² Advent und Eurazeo werden [...] Governance-Rechte in Bezug auf Topco und indirekt in Bezug auf Planet vereinbaren, welche die gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU sicherstellen: Die Zustimmung von Advent und Eurazeo wird u. a. jeweils erforderlich sein, um den CEO und die Verwaltungsratsmitglieder einer Tochtergesellschaft von Topco zu ernennen oder abzuberufen und das Budget bzw. den Geschäftsplan zu genehmigen,³ womit sie in der Lage sind, entscheidenden Einfluss auf Planet auszuüben. Da die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen vorliegend keinen Anlass für weitere Ausführungen geben, handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

6. Parallel zu vorliegendem Zusammenschlussvorhaben wurde der WEKO der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über die Hoist Gruppe⁴ durch die gleichen Parteien gemeldet (nachfolgend: **Hoist-Zusammenschlussvorhaben**). Während das Hoist-Zusammenschlussvorhaben *de jure* an die Bedingung geknüpft ist, dass das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben vollzogen wird, steht dieses nicht unter der Bedingung, dass das spätere Hoist-Zusammenschlussvorhaben auch tatsächlich vollzogen wird. Auch faktisch stellen die beiden Zusammenschlussvorhaben gemäss nachvollziehbaren Ausführungen in der Meldung voneinander unabhängige, je separate Zusammenschlüsse dar.⁵ Entsprechend sind das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben und das Hoist-Zusammenschlussvorhaben nicht als ein einziger Zusammenschluss im Sinne von Abschnitt 1.5.2 der Konsolidierten Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁶, die hier analog herangezogen werden kann, zu betrachten. Sie werden entsprechend auch getrennt voneinander beurteilt.

¹ Ein Payment-Gateway ist eine Plattform, die ein Händlerkonto mit dem Zahlungsabwickler verbindet (entweder für physische Transaktionen [card present] am POS oder für virtuelle [card not present] Transaktionen). Bei der Verwendung eines Payment-Gateways werden die Finanzdaten eines Kunden verschlüsselt zwischen einem Zahlungsportal und bspw. der Debit- oder Kreditkarte des Benutzers übertragen.

² [...]

³ [...]

⁴ Hoist ist ein *Hospitality*-Partner für Hotels und öffentliche Einrichtungen, der Highspeed-Internet-Zugangslösungen (*high speed internet access solutions*), Konferenzdienste (*conference services*), Property-Management-Systeme (PMS), Back-Office Software sowie andere Annehmlichkeiten für Gäste anbietet.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 36 ff und ausführlicher Form CO, Beilage 4 Rz 51 ff.

⁶ ABl. C 43 vom 21.2.2009 S. 10 ff.

7. Weiter weisen die Parteien der Vollständigkeit halber auf ein potentielles weiteres Zusammenschlussvorhaben betreffend die [...] hin. [...]. Der Ausgang des [...] -Zusammenschlussvorhabens ist derzeit noch ungewiss: Gemäss Ausführungen der Parteien erfordert es noch (erhebliche) weitere *Due-Diligence*-Prüfung und zusätzliche Verhandlungen.

8. Für Advent stellt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine attraktive Investitionsmöglichkeit im Rahmen ihrer gewöhnlichen Tätigkeit als Private Equity-Investorin dar. [...].

9. Das Zusammenschlussvorhaben wurde neben der Schweizerischen Wettbewerbsbehörde am 24. August 2021 bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) gemeldet und es erfolgt eine Meldung bei den Wettbewerbsbehörden [...].

10. Die nachfolgenden Tabellen zeigen, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG in casu erfüllt sind. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Weltweiter Umsatz (im Jahr 2020)		
Beteiligte Unternehmen	EUR in Mio.	CHF ⁷ in Mio.
Advent	[...]	[...]
Eurazeo	[...]	[...]
Planet ⁸	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Tabelle 1: Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen weltweit im letzten Geschäftsjahr (Quelle: Angaben der Parteien).

Umsatz in der Schweiz (im Jahr 2020)		
Beteiligte Unternehmen	EUR in Mio.	CHF in Mio.
Advent	[...]	[...]
Eurazeo	[...]	[...]
Planet ⁹	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Tabelle 2: Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen in der Schweiz (Quelle: Angabe der Parteien).

11. 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.

12. Mit der Meldung beschränkt sich die nachfolgende Analyse auf die Schweizer Tätigkeiten von Planet sowie auf die Aktivitäten der kontrollierenden Gesellschaften, die in die gleichen Märkte fallen wie die Schweizer Aktivitäten von Planet, sowie auf mögliche vertikale Beziehungen, die sich aus dem Zusammenschlussvorhaben ergeben. Advent und Eurazeo sind über ihre vielfältigen Unternehmensbeteiligungen in zahlreichen Wirtschaftsbereichen tätig (s. Rz 2 f.). Planet ist in der Schweiz im Bereich von Mehrwertsteuerrückerstattungsdienstleistungen tätig und verfügt zudem über eine marginale Tätigkeit bei der Bereitstellung/Verwaltung von POS-Terminals und E-Commerce Akzeptanzlösungen.

13. Eine Überschneidung bzw. einen Zusammenhang mit letzteren Tätigkeiten von Planet (Bereitstel-

lung/Verwaltung von POS-Terminals und E-Commerce Akzeptanzlösungen) gibt es mit Nexi S.p.A. (nachfolgend: **Nexi**), welche indirekt von [...] kontrolliert¹⁰ wird, und mit Nets A/S und Concardis Payment Group (zusammen: **Nets-Group**), welche kürzlich von Nexi erworben wurden.¹¹ Demgegenüber bestätigen die Parteien, dass Advent weder in der Schweiz noch weltweit Mehrwertsteuerrückerstattungsdienstleistungen erbringt, so dass keine betroffene Märkte mit Marktanteilsadditionen denkbar sind.

⁷ Umrechnung nach Jahresmittel der Devisenkurse 2020 gemäss Publikation der Kursliste der Schweizerischen Nationalbank: EUR 1 = CHF 1.0705 (2020); Umrechnungskurs gegenüber der Meldung praxisgemäss angepasst.

⁸ Die Umsätze von Planet, die aktuell indirekt zu 100 % von Eurazeo gehalten wird, sind in den Umsätzen letzterer mitenthalten. Zu Informationszwecken wurden diese in der Meldung darüber hinaus separat ausgewiesen (vgl. Form CO, Beilage 4 Rz 79).

⁹ Vgl. Fn 10.

¹⁰ [...]

¹¹ Die geplante Übernahme der Nets-Group durch Nexi wurde im Frühjahr von der EU-Kommission genehmigt (EU KOMM, COMP/M.10075 vom 8.3.2021, *Nexi/Nets Group*).

14. Die Marktanteile von Planet im Bereich Mehrwertsteuerrückerstattungsdienstleistungen liegen in der Schweiz unter 30 % und die Parteien bestätigen, dass auch keine vertikalen Beziehungen zu Advent vorliegen.¹²

Terminalmärkte: Bereitstellung/Verwaltung von POS-Terminals

15. Mit Blick auf die unterschiedlichen Vertriebsstufen hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis in diesem Bereich zwei separate sachliche Märkte definiert: (i) Aus Sicht der Acquirer als Marktgegenseite wurde ein Markt für POS-Terminals abgegrenzt, die von Herstellern an Acquirer geliefert werden.¹³ Aus Sicht der Händler wurde zuletzt unter Bezugnahme auf die Untersuchung SIX/DCC (ii) ein Markt für ep2-zertifizierte¹⁴ POS-Terminals, die von Herstellern oder anderen Anbietern an Händler geliefert werden, abgegrenzt.¹⁵ Eine Segmentierung nach unterschiedlichen Terminaltypen (stationär, mobil, kassenintegriert etc.) wurde nicht als erforderlich erachtet.¹⁶ Während für ersteren ein europäisch, wenn nicht sogar weltweit räumlich relevanter Markt in Erwägung gezogen wurde, wurde der Markt aus Sicht der Händler, da es sich beim ep2-Standard um schweizerische Spezifikationen handelt, national abgegrenzt.

16. Die EU-Kommission unterscheidet in ihrer Praxis zwischen den Märkten für (i) die Herstellung und Lieferung von POS-Terminals und (ii) die Bereitstellung und Verwaltung von POS-Terminals (ohne die Notwendigkeit einer Untersegmentierung etwa nach Kundengrösse oder Art des Terminals), wobei sie letztlich die genaue Definition des relevanten Produktmarktes offengelassen hat. Räumlich liess die EU-Kommission bis anhin die Frage offen, ob der relevante Markt für die Bereitstellung und Verwaltung von POS-Terminals national oder EWR-weit abzugrenzen sei, obwohl sie festgestellt hat, dass es Anzeichen dafür gebe, dass dieser national abzugrenzen sei oder zumindest eine Gruppe von Ländern umfassen solle.¹⁷

17. Weder Planet noch Nexi/Nets-Group sind im Bereich der Herstellung von POS-Terminals tätig. Was die Bereitstellung und Verwaltung von Terminals an Händler betrifft, gibt es vorliegend keinen Grund, von der Praxis der WEKO, die im Übrigen vom Bundesverwaltungsgericht auch bezüglich räumlicher Abgrenzung bestätigt wurde,¹⁸ abzuweichen. Advent und Eurazeo (sowie Planet) verfügen bei nationaler Abgrenzung zusammen nicht über einen Marktanteil von 20 % (Schätzungen der Parteien: Nexi [0–10] %, Nets-Group [10–20] %, Planet [0–10] %). Insoweit liegt also kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

18. Allfällige vertikale Beziehungen zwischen den Acquiring-Dienstleistungen für Händler von Nexi/Nets-Group (nachgelagerte Tätigkeit) und der (vorgelagerten) Tätigkeit von Planet bei der Bereitstellung/Verwaltung von POS-Terminals sind gemäss Angaben der Parteien rein hypothetisch, [...].

E-Commerce-Akzeptanzlösungen

19. E-Commerce-Akzeptanzlösungen sind webfähige Schnittstellen,¹⁹ die es Händlern ermöglichen, Online-Transaktionen durchzuführen und somit einen traditionellen POS bei einer elektronischen Zahlungstransaktion

zu ersetzen. E-Commerce-Akzeptanzlösungen ermöglichen die indirekte Nutzung von Bankkonten und Kreditkartenkonten online in traditionellen Geschäften oder in Geschäften, die sowohl Online- als auch Präsenzeinkäufe anbieten. Bei der Verwendung eines Payment Gateways werden die Finanzdaten der Kunden verschlüsselt zwischen einem Zahlungsportal und der Debit- oder Kreditkarte des Benutzers übertragen.

20. E-Commerce-Akzeptanzlösungen können die Möglichkeit bieten, mehrere Kartentypen (von verschiedenen Card Schemes) auszuwählen, und können auch Zahlungen mit alternativen Zahlungsmethoden (APMs), wie beispielsweise Digital Wallets, routen. E-Commerce-Akzeptanzlösungen können Händlern auf eigenständiger Basis oder zusammen mit einem E-Commerce-Händler-Acquiring angeboten werden. Die Akzeptanzlösung kann auch anderen Acquirern auf White-Label-Basis angeboten werden, die sie dann zusammen mit ihren E-Commerce-Acquiring-Diensten an die Händler verkaufen.²⁰

21. Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis nicht mit E-Commerce-Akzeptanzlösungen befasst.²¹ Die EU-Kommission kam bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens zum Schluss, dass solche Dienste einen eigenen sachlichen Markt darstellen und eine weitere Unterteilung nicht angebracht ist: So habe die Marktuntersuchung einerseits gezeigt, dass ein erheblicher Teil der Kunden die Acquiring-Dienste für den elektronischen Handel getrennt von den Akzeptanzlösungen beziehe, und andererseits habe die Mehrheit der Kunden (und Wettbewerber) angegeben, dass die Anbieter von Akzeptanzdiensten für den elektronischen Handel Zahlungen mit allen Karten ermöglichen würden und dass es zwischen den Akzeptanzdiensten für die verschiedenen Kartentypen keine wesentliche Unterschiede

¹² Sie weisen zudem darauf hin, dass sich diese Dienstleistung an internationale Konsumenten (natürliche Personen) richtet. [...].

¹³ RPW 2019/1, 171 Rz 43 ff., *Worldline S.A./SIX Payment Services Group*.

¹⁴ Der ep2-Standard stellt in der Schweiz sicher, dass alle Terminals alle Karten verarbeiten können und kein Umtausch des Terminals erforderlich ist, falls der Händler den Acquirer wechseln möchte.

¹⁵ RPW 2019/1, 172 Rz 47, *Worldline S.A./SIX Payment Services Group*.

¹⁶ RPW 2019/1, 171 Rz 47, *Worldline S.A./SIX Payment Services Group*.

¹⁷ Vgl. EU KOMM, COMP/M.7873 vom 20.4.2016, Rz 125 ff., *Worldline/Equens/Paysquare*; EU KOMM, COMP/M.9759 vom 26.6.2020, Rz 71 f., *Nexi/Intesa Sanpaolo (Merchant acquiring business)*; EU KOMM, COMP/M.9776 vom 30.9.2020, Rz 65 ff., *Worldline/Ingenico*; sowie zuletzt EU KOMM, COMP/M.10075 vom 8.3.2021, Rz 36, *Nexi/Nets Group*.

¹⁸ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 374, *Sanktionsverfügung – SIX/DCC* (nichts rechtskräftig).

¹⁹ Bei der Vornahme einer E-Commerce-Transaktion nutzt der Kunde kein Terminal am POS. Stattdessen sieht der Kunde eine Landing Page oder ein Payment Gateway, die den Kunden dann zur entsprechenden Schnittstelle für die gewählte Zahlungsmethode weiterleitet, vgl. etwa EU KOMM, COMP/M.9776 vom 30.9.2020, Rz 12 ff., *Worldline/Ingenico*.

²⁰ EU KOMM, COMP/M.9776 vom 30.9.2020, Rz 13, *Worldline/Ingenico*.

²¹ Das Sekretariat hat sich u. a. im Rahmen seiner Beratungstätigkeit mit Onlinehandel befasst, allerdings betrafen diese Beratungen vornehmlich das Acquiring und nicht die Akzeptanzlösungen, vgl. etwa RPW 2020/2, 429 ff, *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

gebe.²² Als räumlich relevanter Markt erachtete die EU-Kommission einen EWR-weiten Markt als angemessen, wobei sie eine definitive Abgrenzung auch hier offen liess.²³

22. Zum Zwecke der Beurteilung dieses Zusammenschlussvorhabens werden die E-Commerce-Akzeptanzlösungen in Anlehnung an die Erwägungen der EU-Kommission hypothetisch als eigener sachlich relevanter Markt sowie räumlich als den EWR + Schweiz umfassend abgegrenzt und es werden die folgenden Marktanteile der Unternehmen ausgewiesen: Nexi [0–10] %, Nets-Group [0–10] % und Planet [0–10] %. Die definitive Marktabgrenzung kann aber letztlich offengelassen werden: Bei der Betrachtung eines hypothetisch engeren nationalen Markts würden die Marktanteile von Nexi/Nets-Group gemäss Schätzungen der Parteien zwar bei ca. [20–30] % liegen, wodurch aufgrund einer Marktanteilsaddition durch die gemeinsame Kontrolle über Planet ein betroffener Markt Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen würde. Die Marktanteilsaddition wäre indes mit ca. [0–10] % Marktanteil von Planet in der Schweiz absolut marginal, so dass das Zusammenschlussvorhaben auf diesem Markt nebst den Anzeichen für die Internationalität des Marktes auch vor diesem Hintergrund als unbedenklich erscheint.

23. Die vorläufige Prüfung ergibt folglich 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.

²² EU KOMM, COMP/M.9776 vom 30.9.2020, Rz 97 ff., *Worldline/Ingenico*.

²³ EU KOMM, COMP/M.9776 vom 30.9.2020, Rz 102 f., *Worldline/Ingenico*.

B 2.3

9. Advent International Corporation/Eurazeo SE/protel hotelsoftware 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 4. Dezember 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 6. Dezember 2021

1. Am 12. November 2021 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die durch Advent International Corporation und ihren Tochtergesellschaften verwaltete Fonds und Eurazeo SE den Erwerb der indirekten gemeinsamen Kontrolle über die protel hotelsoftware GmbH.

2. Advent International Corporation (nachfolgend Advent) ist eine Private-Equity-Gesellschaft mit Sitz in Boston, USA. Als Private-Equity-Investorin hält Advent Beteiligungen an Gesellschaften, die in verschiedenen Sektoren tätig sind, u.a. Industrie, Einzelhandel, Medien, Kommunikation, Informationstechnologie, Internet, Gesundheitswesen und Pharmazeutika.

3. Eurazeo SE (nachfolgend Eurazeo) eine nach französischem Recht konstituierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Paris, Frankreich. Sie ist eine an der Euronext Paris börsennotierte Investmentgesellschaft mit einem Portfolio von mehreren Milliarden Euro an diversifizierten Vermögenswerten. Eurazeo hat drei Hauptaktivitäten: Private Equity, Private Debt und Real Assets.

4. Die protel hotelsoftware GmbH (nachfolgend Protel) ist eine nach deutschem Recht konstituierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Dortmund, Deutschland. Sie ist eine Anbieterin von softwarebasierten Immobilienverwaltungssystemen (Property Management Systems; PMS) für Hotels.

5. Gemäss Meldung finde das Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit von Advent und Eurazeo als Private-Equity-Investorinnen statt. Advent und Eurazeo sind der Ansicht, dass Protel eine attraktive Investitionsmöglichkeit darstelle.

6. Dieses Zusammenschlussvorhaben wurde am 12. November 2021 auch bei der Europäischen Kommission im Rahmen eines vereinfachten Verfahrens sowie bei den Wettbewerbsbehörden von [...] angemeldet. Der Entscheid der EU Wettbewerbsbehörden steht noch aus.

7. Gemäss Meldung wird Protel nach dem Zusammenschlussvorhaben weiterhin wirtschaftlich unabhängig und auf jedem der Märkte, auf denen Protel derzeit tätig ist, aktiv sein. Protel wird insbesondere (i) über ein eigenes Management und Zugang zu ausreichend Ressourcen

verfügen, um seine Geschäfte auf Dauer zu führen¹, (ii) seine eigene Marktpräsenz aufrechterhalten und (iii) bei Verkäufen oder Käufen nicht von den anmeldenden Parteien abhängig sein. Protel erfüllt damit die Voraussetzungen an ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU².

8. Gemäss dem Aktienkaufvertrag werden [...] (Bidco) und [...] (Midco), beides Unternehmen, die unter der indirekten gemeinsamen Kontrolle von Advent und Eurazeo stehen, das gesamte ausstehende Aktienkapital von Protel erwerben.

9. Als Teil des Zusammenschlussvorhabens werden Eurazeo und von Advent verwaltete Fonds jeweils direkt oder indirekt eine ca. [...] %-Beteiligung an [...] (Topco) erwerben (vorbehaltlich einer Verwässerung für Minderheitsbeteiligungen des Managements).³ Gemäss Aktionärsvereinbarung in Bezug auf Topco werden Advent und Eurazeo jeweils Governance-Rechte in Bezug auf Topco sowie ihre unmittelbare hundertprozentige Tochtergesellschaft, [...] (Holdco) (und somit in Bezug auf Protel) erwerben, einschliesslich von Vetorechten in Bezug auf [...] von Topco und ihren Tochtergesellschaften und somit von Protel.⁴

10. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass Advent und Eurazeo gemeinsame indirekte Kontrolle über Protel erwerben werden im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG⁵ i.V.m. Art.1 Bst. b VKU und Art. 2 Abs. 1 VKU.

11. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG in casu überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

¹ Protel ist gegenwärtig als eigenständiges Unternehmen im Bereich der PMS-Dienstleistungen für Drittkunden tätig. Protel verfügt über ein eigenes Management-Team, das sich dem Tagesgeschäft widmet, und hat Zugang zu ausreichenden Ressourcen, um seine Geschäfte zu führen, einschliesslich Finanzen, Personal und Vermögenswerten ([...]). Dies wird auch nach dem Zusammenschluss der Fall sein. Das Gemeinschaftsunternehmen wird damit auf Dauer betrieben.

² Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³ Die Management-Aktionäre, die die verbleibenden [...] % von Protel besitzen, werden weder einzeln noch gemeinsam über Governance-Rechte verfügen, die ihnen die Möglichkeit geben, nach dem Zusammenschluss einen bestimmenden Einfluss auf Protel auszuüben. Nur Advent und Eurazeo werden Vetorechte bei [...] von Topco und ihren Tochtergesellschaften haben, so dass nur Advent und Eurazeo eine gemeinsame Kontrolle über Protel im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 1 Bst. b VKU und Art. 2 Abs. 1 VKU erlangen.

⁴ Der Vollständigkeit halber verweisen die Parteien auf zwei weitere Zusammenschlüsse. Es handelt sich um den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über die Planet Payment-Gruppe (nachfolgend: Planet Payment) und Hoist-Gruppe (nachfolgend: Hoist) durch die Parteien, welche beide von der WEKO am 27. September 2021 genehmigt wurden. Nach Abschluss dieser Zusammenschlussvorhaben und dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben [...].

⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2020

Unternehmen	Weltweiter Umsatz in Mio. CHF	Schweizweiter Umsatz in Mio. CHF
Advent	[...]	[...]
Eurazeo	[...]	[...]
Protel	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

12. 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).

13. 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.

14. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Bereich, in welchem das Gemeinschaftsunternehmen Protel tätig ist und sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern könnte. Somit geht es um den Bereich **softwarebasierte Immobilienverwaltungssysteme, also PMS-Dienstleistungen, für Hotels**. Konkret umfasst diese Tätigkeit die Entwicklung, die Verwaltung, den Support, den Verkauf und die Vermarktung von Softwarelösungen für die Hausverwaltung von Hotels.

15. Die **PMS-Dienstleistungen von Protel** bieten insbesondere vier Hauptfunktionen:

Hotelmanagement: dies ermöglicht es den Kundenhotels, Reservierungen zu verwalten, ihren Empfang zu organisieren, Abrechnungen und Rechnungen zu erstellen, Zahlungsdaten zu verschlüsseln und Daten für die Übertragung an Zahlungssysteme Dritter vorzubereiten sowie Reinigungs-, Reparatur- und allgemeine Hauswirtschaftsdienste zu koordinieren. Weitere Dienstleistungen des Hotelmanagements sind Analysefunktionen (insbesondere von Umsätzen und anderen betriebswirtschaftlichen Kennzahlen), Arbeitszeiterfassung, Reportingfunktionen, ein Marktplatz und Ausweisscannerfunktionen.

Veranstaltungsplanung – ermöglicht die Verwaltung von Veranstaltungen, Planung und Auswertung von Terminen und Abläufen über ein zentrales Dashboard.

Booking Engine – ermöglicht es Kundenhotels, Online-Hotelbuchungen direkt auf ihrer Website integriert anzubieten.

Mobile App – damit können Hotels ihren Gästen eine mobile Hotel-App anbieten, über die die Gäste mit dem Hotel interagieren können.

16. Die WEKO hat in der Vergangenheit verschiedenste sachlich relevante Märkte für spezialisierte Unternehmenssoftware in Betracht gezogen, die definitive sachliche Marktabgrenzung jedoch offen gelassen.⁶ Räumlich hat die WEKO den Markt als national erwogen, die räumliche Marktabgrenzung aber wiederum offen gelassen.⁷

17. Weder die EU noch die WEKO haben sich bisher mit einem Markt für softwarebasierte PMS-Dienstleistungen für Hotels auseinandergesetzt.

18. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird im Sinne einer **Arbeitshypothese** von einem **nationalen Markt für PMS-Dienstleistungen für Hotels** ausgegangen.

19. Gemäss Angaben der Parteien würden mit Ausnahme von einigen sehr kleinen Hotels fast alle Hotels in der Schweiz PMS-Dienstleistungen nutzen. Gemäss Schätzungen der Parteien würden über 90 % der Hotels in der Schweiz PMS-Dienstleistungen nutzen. Bei einer Annahme, dass 90 % der Hotels in der Schweiz PMS-Dienstleistungen nutzen, haben die Parteien den Marktanteil von Protel auf (20-30) % geschätzt. Unter Annahme, dass 95 % der Hotels in der Schweiz PMS-Dienstleistungen nutzen, wurde der Marktanteil von Protel auf (20-30) % geschätzt. Die geschätzten Marktanteile liegen damit unter 30 %. Somit liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

⁶ RPW 2017/1, 121 Rz 35f., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*; RPW 2010/3, 440 Rz 46, *SAP Wartungspreiserhöhung*.

⁷ RPW 2017/1, 122 Rz 41f., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.

20. Des Weiteren bietet keines der Portfoliounternehmen von Advent und Eurazeo softwarebasierte PMS-Dienstleistungen für Hotels in der Schweiz an. Lediglich Hoist, ein Portfoliounternehmen, das seit kurzer Zeit von Advent und Eurazeo gemeinsam kontrolliert wird (vgl. Fn 4), ist im Bereich des Anbietens softwarebasierter PMS-Lösungen für Hotels tätig. Hoist bietet diese Dienstleistungen jedoch nicht in der Schweiz an. Somit gibt es keine horizontalen Überschneidungen auf dem Schweizer Markt.

21. Überdies liegen keine Gründe vor, welche trotz Nichterreichens der Schwelle von 30 % und der fehlen-

den Marktanteilsadditionen zu kartellrechtlichen Bedenken führen würden, weshalb auf eine weiterführende Prüfung dieses Marktes verzichtet wird.

22. 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 2.3

10. Advent/Eurazeo/Hoist

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 27. September 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. September 2021

1. Am 30. August 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen von Advent International Corporation (nachfolgend: **Advent**) und ihren Tochtergesellschaften verwaltete Fonds und Eurazeo SE (nachfolgend: **Eurazeo**) indirekt die gemeinsame Kontrolle über die Hoist-Gruppe (nachfolgend: **Hoist**) zu erwerben.

2. Die Advent International Corporation ist eine Private-Equity-Gesellschaft mit Sitz in Boston, USA. Als Private-Equity-Investor hält Advent Beteiligungen an Gesellschaften, die in verschiedenen Sektoren tätig sind, u.a. Industrie, Einzelhandel, Medien, Kommunikation, Informationstechnologie, Internet, Gesundheitswesen und Pharmazeutika. Weitere Informationen zu Advent können der Internetseite <www.advent-international.com> entnommen werden.

3. Die Eurazeo SE ist eine an der Euronext Paris börsenkotierte Investmentgesellschaft mit einem Portfolio von mehreren Milliarden Euro an diversifizierten Vermögenswerten. Eurazeo hat drei Hauptaktivitäten: Private Equity, Private Debt und Real Assets. Weitere Informationen zu Eurazeo können der Internetseite <<https://www.eurazeo.com/en>> entnommen werden.

4. Hoist ist ein Hospitality-Partner für Hotels und öffentliche Einrichtungen, der High Speed Internet-Zugangslösungen (high speed internet access solutions), Konferenzdienste (conference services), Property-Management-Systeme (PMS), Back-Office Software sowie andere Annehmlichkeiten für Gäste anbietet.¹ Weitere Informationen zu Hoist können der Internetseite <<https://www.hoistgroup.com/en/>> entnommen werden. Hoist verfügt über eine Tochtergesellschaft in der Schweiz, die Hoist Group SA, mit Sitz in Vernier. In der Schweiz ist Hoist nur in den Bereichen der Bereitstellung von High Speed-Internetlösungen und IPTV² tätig.

5. Advent und Eurazeo sind die meldenden/übernehmenden Gesellschaften. Das Zusammenschlussvorhaben besteht aus dem **Erwerb gemeinsamer Kontrolle** über Hoist durch Advent und Eurazeo im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG³.

6. [...] (nachfolgend: **Bidco**) wird direkt oder indirekt das gesamte ausstehende Aktienkapital von Hoist erwerben.

Eurazeo und von Advent verwaltete Private Equity Fonds werden nach dem Zusammenschluss jeweils direkt bzw. indirekt 50 % der Anteile an [...] (nachfolgend: **Topco**), der obersten Muttergesellschaft von Bidco, halten (vorbehaltlich einer Verwässerung für die Minderheitsbeteiligung des Managements).⁴

7. Gemäss dem Aktionärsbindungsvertrag [...] werden Advent und Eurazeo jeweils Governance-Rechte in Bezug auf Topco und damit in Bezug auf Hoist erwerben. Die Zustimmung von Advent und Eurazeo wird jeweils erforderlich sein, um den CEO und die Verwaltungsratsmitglieder einer Tochtergesellschaft von Topco zu ernennen oder abzuberufen und das Budget bzw. den Geschäftsplan zu genehmigen. Entsprechend planen die übernehmenden Gesellschaften den Erwerb **gemeinsamer Kontrolle** über Hoist im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU⁵. Da die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen vorliegend keinen Anlass für weitere Ausführungen geben⁶, handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

8. Parallel zu vorliegendem Zusammenschlussvorhaben wurde der WEKO der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über die Planet-Gruppe⁷ durch die gleichen Parteien gemeldet (nachfolgend: **Planet-Zusammenschlussvorhaben**). Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist vom Planet-Zusammenschlussvorhaben abhängig, nicht aber umgekehrt. Der Vollzug des Planet-Zusammenschlussvorhabens ist gemäss Meldung weder *de jure* noch *de facto* vom Vollzug des hier zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens abhängig. Gemäss den entsprechenden, nachvollziehbaren Ausführungen in der Meldung stellen die beiden Zusammenschlussvorhaben voneinander unabhängige, je separate Zusammenschlüsse dar.⁸ Demnach sind das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben und das

¹ Meldung, Rz 3.

² Internetprotokoll basierte Fernsehlösungen.

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

⁴ Meldung, Rz 28.

⁵ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁶ Vgl. Meldung, Rz 30.

⁷ Planet ist ein Anbieter von integrierten digitalen Zahlungsdiensten, einschliesslich Mehrwertsteuer-Rückerstattungsdienstleistungen (VAT refund services) und Zahlungslösungen (z.B. Gate-way-Dienstleistungen, Währungsumrechnung, Acquiring). Zwischen Hoist und der Planet-Gruppe bestehen gemäss Meldung keine horizontalen oder vertikalen Überlappungen, weder in der Schweiz noch weltweit (vgl. Meldung Fn 10).

⁸ Vgl. Meldung Rz 34, 37 f.

Planet-Zusammenschlussvorhaben nicht als ein einziger Zusammenschluss im Sinne von Abschnitt 1.5.2 der Konsolidierten Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁹, die hier analog herangezogen werden kann, zu betrachten. Sie werden entsprechend auch getrennt voneinander beurteilt.

9. Weiter verweisen die Parteien der Vollständigkeit halber auf ein potentiell weiteres Zusammenschlussvorhaben betreffend die [...] (nachfolgend: [...], und das potenzielle Zusammenschlussvorhaben: [...] **Zusammenschlussvorhaben**) hin. [...] Gemäss Ausführungen der Parteien ist der Ausgang des [...] Zusammenschlussvorhabens derzeit noch ungewiss. Weiter ist das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben nicht an die Unterzeichnung und/oder den

Vollzug des [...] Zusammenschlussvorhabens gebunden.¹⁰

10. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens beabsichtigen Advent und Eurazeo, [...] ¹¹

11. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 24. August 2021 auch bei der Europäischen Kommission im Rahmen eines vereinfachten Verfahrens angemeldet und am 17. September 2021 von dieser freigegeben. Am 9. August 2021 wurde es ausserdem ohne Bedingungen und Auflagen von den Wettbewerbsbehörden [...] genehmigt.

12. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG *in casu* erfüllt sind. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.¹²

Beteiligte Unternehmen	Weltweiter Umsatz CHF ¹² in Mio.	Schweizer Umsatz CHF in Mio.
Advent	[...]	[...]
Eurazeo	[...]	[...]
Hoist	[...]	[...]
Total	[>2'000]	[...]

Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen weltweit und in der Schweiz im letzten Geschäftsjahr

(Quelle: Angaben der Parteien)

13. 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.

14. Mit der Meldung beschränkt sich die nachfolgende Analyse auf die Schweizer Tätigkeiten von Hoist sowie die Aktivitäten der erwerbenden Gesellschaften, die in die gleichen Märkte fallen wie die Schweizer Aktivitäten von Hoist sowie auf mögliche vertikale Beziehungen, die sich aus dem Zusammenschlussvorhaben ergeben.

15. Advent und Eurazeo sind über ihre vielfältigen Unternehmensbeteiligungen in zahlreichen Wirtschaftsbereichen tätig (siehe Rz 2 f.). Hoist ist in der Schweiz ausschliesslich in den Bereichen der Bereitstellung von High Speed-Internetlösungen und IPTV für Hotels und öffentliche Einrichtungen tätig. Ihre anderen Produkte und Dienstleistungen, wie bspw. Property-Management-Systeme (PMS) oder Booking Engine (eine Online-Buchungsplattform), bietet sie in der Schweiz nicht an.¹⁴

16. In den Geschäftsbereichen, in denen Hoist in der Schweiz tätig ist (d.h. der Bereitstellung von High Speed-Internetlösungen und IPTV für Hotels und öffentliche Einrichtungen), hat die WEKO bereits die Märkte analysiert. Konkret hat die WEKO die folgenden separaten Märkte im Bereich der (Daten-)Kommunikationsdienstleistungen und Internetlösungen in Hotellerie und Gastgewerbe (Hospitality-Industrie) in Erwägung gezo-

gen: (i) High Speed Internet-Zugang in Hotels; (ii) Business Center Solutions; (iii) Konferenzdienstleistungen; und (iv) digitale Informationssysteme.¹⁵ Im Fall *Swisscom/ Deuromedia* hat die WEKO IPTV-Lösungen dem Segment der digitalen Informationssysteme zugeordnet.¹⁶ Die WEKO erwog, dass der Markt für digitale Informationssysteme in räumlicher Hinsicht mindestens schweizweit, wenn nicht sogar weltweit abzugrenzen ist.¹⁷ Betreffend High Speed Internet-Zugang in Hotels ging die WEKO von einem nationalen Markt aus.¹⁸

⁹ ABl. C 43 vom 21.2.2009 S. 21 ff., Rz 38 ff.

¹⁰ Vgl. Meldung, Rz 36.

¹¹ Meldung, Rz 39.

¹² Vgl. Meldung, Rz 41 ff.

¹³ Umrechnung nach Jahresmittel der Devisenkurse 2020 gemäss Publikation der Kursliste der Schweizerischen Nationalbank: EUR 1 = CHF 1.0705 (2020).

¹⁴ Meldung, Rz 52.

¹⁵ RPW 2006/2, 294 Rz 44 f., *Swisscom Eurospot/Core Communications Corporation*, sowie RPW 2013/2, 255 Rz 26 sowie Rz. 40 ff., *Swisscom/Deuromedia*.

¹⁶ RPW 2013/2, 257 Rz 47, *Swisscom/Deuromedia*.

¹⁷ RPW 2013/2, 257 Rz 49, *Swisscom/Deuromedia*.

¹⁸ Vgl. RPW 2006/2, 295 Rz 48 f., *Swisscom Eurospot/Core Communications Corporation*.

17. Das Zusammenschlussvorhaben gibt gemäss Meldung unabhängig von den Marktdefinitionen, die letztlich angenommen werden können, keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Die Marktanteile von Hoist liegen auch bei Annahme der bislang engsten Marktabgrenzung, d.h. einem spezifischen Markt für High Speed Internet-Zugang in Hotels sowie für digitale Informationssysteme in der Schweiz, unter [0-10] %¹⁹. Die Marktpräsenz von Hoist in der Schweiz ist mit einem Umsatz von ca. CHF [...] Mio. im Jahr 2020 sehr begrenzt. Darüber hinaus kommt es gemäss Meldung zu keinerlei horizontalen Beziehungen zwischen Hoist einerseits und den von Advent und/oder Eurazeo kontrollierten Portfoliounternehmen andererseits.²⁰ Auch bestehen in der Schweiz keinerlei vertikale Beziehungen²¹ und keines der beteiligten Unternehmen verfügt in der Schweiz über Marktanteile von 30 % oder mehr in Geschäftsbereichen, auf die sich das Zusammenschlussvorhaben bezieht.²²

18. Die genauen Marktabgrenzungen können damit auch vorliegend offengelassen werden.²³ Es liegen weder betroffene Märkte mit Anteilsaddition («horizontal betroffene Märkte») noch zu meldende betroffenen Märkte ohne Marktanteilsaddition («vertikal betroffene Märkte») im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.²⁴

19. Allenfalls enthaltene Nebenabreden werden der WEKO nicht explizit zur Prüfung unterbreitet. Sie sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.

20. 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.

¹⁹ Hoists Marktanteile wurden aufgrund der Anzahl Hotels mit drei Sternen oder mehr in der Schweiz geschätzt (Meldung, Fn 19).

²⁰ Meldung, Rz 47.

²¹ In Zusammenhang mit Tätigkeiten auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten weisen die Parteien der Vollständigkeit halber auf eine sehr beschränkte Präsenz von Eurazeo auf dem Markt für Beherbergungsdienstleistungen hin. Eine kleine Anzahl ihrer Portfoliounternehmen betreiben Hotels oder Jugendherbergen in verschiedenen europäischen Ländern, nicht aber in der Schweiz (vgl. Meldung, Rz 49).

²² Vgl. Meldung, Rz 47 f. sowie Rz 56.

²³ So bereits RPW 2006/2, 295 Rz 47, *Swisscom Eurospot/Core Communications Corporation*.

²⁴ Vgl. auch Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, vom 21. Oktober 2014, <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare.html>, sowie statt vieler RPW 2019/4, 1187 Rz 17 f., *Spital STS AG/Medbase AG*.

B 2.3

11. EFMS/Goldman Sachs/Parexel

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 8. November 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. November 2021

1. Am 11. Oktober 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen EQT Fund Management S.à.r.l. (nachfolgend: **EFMS**) als Fondsmanager für und im Namen der Unternehmen, die den Investmentfonds EQT IX (nachfolgend: **EQT IX**) bilden, und The Goldman Sachs Group, Inc. (nachfolgend: **Goldman Sachs**) die gemeinsame Kontrolle über Parexel International Corporation (nachfolgend: **Parexel**) zu erwerben.

2. EMFS/EQT IX ist ein EQT-Investmentfonds (zusammen mit den anderen EQT-Fonds: EQT [nachfolgend: **EQT**]), der Investitionen vor allem in Europa, mit Schwerpunkt Nordeuropa, anstrebt.¹

3. Goldman Sachs ist ein globales Investmentbanking-, Wertpapier- und Vermögensverwaltungsunternehmen, das weltweit eine Reihe von Bank-, Wertpapier- und Vermögensverwaltungsdienstleistungen für einen umfangreichen und diversifizierten Kundenstamm anbietet, zu dem Unternehmen, Finanzinstitute, Regierungen und vermögende Privatpersonen gehören.²

4. EMFS/EQT IX und Goldman Sachs sind die meldenden/übernehmenden Unternehmen. Sie planen, gemeinsam indirekt die Kontrolle über Parexel zu erwerben. Parexel ist ein globales Unternehmen für klinische Forschung. Es ist im Bereich biopharmazeutische Outsourcing-Dienstleistungen tätig und bietet den biopharmazeutischen Unternehmen der Welt eine umfassende Palette von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der klinischen Forschung der Phasen I-IV, der Beratung in Bezug auf Zulassung und Marktzugang sowie der strategischen Beratung an. Parexel ist damit ein umfassender Partner für die klinische Entwicklung von Pharma- und Biotech-Unternehmen.³ Parexel hat zwei Tochtergesellschaften in der Schweiz.⁴

5. Das Zusammenschlussvorhaben besteht aus dem indirekten **Erwerb der gemeinsamen Kontrolle** über Parexel durch EFMS, die als Fondsmanager für und im Namen der Unternehmen handelt, welche den Investmentfonds EQT IX bilden, und durch Goldman Sachs (über Fonds, die von Goldman Sachs & Co. LLC, einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft von Goldman Sachs, verwaltet werden). Dazu wird Phoenix Newco, Inc. (nachfolgend: **Newco**), eine 100%-ige Tochterge-

sellschaft des gemeinsam kontrollierten Unternehmens Phoenix Parentco, Inc. (nachfolgend: **Parentco**), mit der obersten Muttergesellschaft von Parexel fusionieren. EFMS/EQT IX und Goldman Sachs werden ca. [...] bzw. [...] der Anteile des Zielunternehmens Parexel vom Veräusserer erwerben. Diese Aufteilung kann durch Investitionen des Parexel-Managements, das die Möglichkeit hat, in Parexel zu reinvestieren, geringfügig beeinflusst werden. Diese potenziellen Reinvestitionen werden aber die gemeinsame Kontrolle von EFMS und Goldman Sachs über Parexel nicht beeinträchtigen, da dem Management von Parexel keine strategischen Vetorechte eingeräumt werden.⁵ Nach Abschluss der Transaktion wird Parexel allein von Newco und damit im Ergebnis von EFMS und Goldman Sachs gemeinsam kontrolliert werden.⁶

6. Das Term Sheet für eine Investitions- und Aktionärsvereinbarung zwischen EFMS und Goldman Sachs legt die Governance von Parexel nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens fest. Beide Unternehmen haben Anspruch auf die gleiche Anzahl Vertreter im Verwaltungsrat der Newco. Weiter wird für die Ernennung oder Abberufung des CEO und der Mitglieder des Verwaltungsrats jeweils die Zustimmung von EFMS und Goldman Sachs erforderlich sein.⁷ EFMS und Goldman Sachs werden derart indirekt auch die massgeblichen strategischen Geschäftsentscheide treffen⁸ und in der Lage sein, einen bestimmenden Einfluss auf Parexel auszuüben. Sie erwerben daher die gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU⁹ erwerben.¹⁰

¹ Für weitergehende Informationen vgl. Meldung, Rz 6 ff. sowie Short Form CO, Rz 11.

² Für diese sowie weitergehende Informationen zu den Unternehmen vgl. Meldung, Rz 3 sowie 17 ff.

³ Meldung, Rz 26.

⁴ Meldung, Rz 29.

⁵ Vgl. detaillierter Meldung, Rz 39 ff.

⁶ Short Form CO, Rz 58.

⁷ Meldung, Rz 46.

⁸ Short Form CO, Rz 62 ff.

⁹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁰ Vgl. auch Meldung, Rz 46 ff. sowie ausführlich Short Form CO, 3.1.6.

7. Parexel ist derzeit ein wirtschaftlich eigenständiges Unternehmen, das weder von Verkäufen an EFMS/EQT noch an Goldman Sachs abhängig ist, und es ist beabsichtigt, dass Parexel auch in Zukunft wirtschaftlich völlig unabhängig bleibt. Die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen geben vorliegend keinen Anlass für weitere Ausführungen.¹¹ Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG¹².

8. Für EFMS ist das Zusammenschlussvorhaben eine reine Finanzinvestition, die den Zielen von EQT IX als Investmentfonds entspricht. Das Unternehmen wird unabhängig von allen anderen EQT-Investitionen betrieben werden. Auch für Goldman Sachs stellt das Zusammen-

schlussvorhaben eine reine Finanzinvestition dar. Goldman Sachs erwartet keine industriellen Synergien aus dem Zusammenschlussvorhaben.¹³

9. Dieses Zusammenschlussvorhaben wurde auch bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: **EU-Kommission**; Case No. M.10418) sowie bei den Wettbewerbsbehörden in [...] angemeldet.¹⁴ Aktuell sind ausschliesslich noch die Freigabe durch die EU-Kommission [Freigabe am 3. November 2021]¹⁵ sowie [...] ausstehend.

10. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG *in casu* erfüllt sind. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.¹⁶

Beteiligte Unternehmen	Weltweite Umsätze CHF ¹⁷ in Mio.	Schweizweite Umsätze CHF in Mio.
EQT (2020)	[...]	[...]
Goldman Sachs (2019 ¹⁸)	[...]	[...]
Parexel (2020)	[...]	[...]
Total	>2'000	

Umsätze der beteiligten Unternehmen weltweit und in der Schweiz im letzten Geschäftsjahr bzw. 2019

(Quelle: Angaben der Parteien)

11. 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.

12. Mit der Meldung beschränkt sich die nachfolgende Analyse auf Tätigkeiten von Parexel mit Bezug zur Schweiz sowie auf die Aktivitäten der kontrollierenden Gesellschaften, die in die gleichen Märkte fallen wie die entsprechenden Aktivitäten von Parexel, sowie auf mögliche vertikale Beziehungen, die sich aus dem Zusammenschlussvorhaben ergeben.

13. Parexel bietet eine umfassende Palette von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der klinischen Forschung der Phasen I-IV, der Beratung in Bezug auf Zulassung und Marktzugang sowie der strategischen Beratung und ist damit ein umfassender Partner für die klinische Entwicklung von Pharma- und Biotech-Unternehmen. Parexel besitzt keine eigenen Labore und bietet daher keine eigenständigen Labordienstleistungen an. Die Dienstleistungen von Parexel können ein Molekül von der Entdeckung über die klinische Erprobung bis hin zu einer behördlich zugelassenen Behandlung führen, welche für die Vermarktung auf globaler Ebene bereit ist. Gemäss den Parteien ist Parexel damit im Bereich der biopharmazeutischen Outsourcing-Dienstleistungen tätig. Sie unterteilen die Aktivitäten von Parexel in die folgenden zwei Segmente:

- Klinische Lösungen: Parexel arbeitet in einer Vielzahl von Geschäftsmodellen, um den Kundenbedürfnissen gerecht zu werden, darunter Full-Service-End-to-End-Support, hybride Ansätze, die funktionale Dienstleistungen kombinieren und Full-Service-Angebote (FSP). Es gibt eine Reihe von Dienstleistungen innerhalb der klinischen Gruppe, einschliesslich Early Phase Trials, Lieferung von Phase II-IV Studien und Versorgung und Logistik von klinischen Studien.
- Beratung: Parexel bietet eine Reihe von Beratungsleistungen an, darunter Beratung zu regulatorischen Fragen, Beratung zu Zugang und Real World Evidence, medizinische Kommunikation und Strategieberatung durch eine unabhängig betriebene Tochtergesellschaft.¹⁹

¹¹ Vgl. Meldung, Rz 44.

¹² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹³ Meldung, Rz 49 f. sowie Meldung, Rz 98.

¹⁴ Meldung, Rz 5.

¹⁵ Nachträgliche Ergänzung der Redaktion vom 14.12.2021.

¹⁶ Vgl. Meldung, Rz 52 ff.

¹⁷ Umrechnung nach Jahresmittel der Devisenkurse 2019 und 2020 gemäss Publikation der Kursliste auf der Webseite der Schweizerischen Nationalbank: 1 EUR = 1.1125 (2019) und 1.0705 (2020).

¹⁸ Die Erfassung der Umsatzdaten auf Länderebene nach Portfoliounternehmen ist ein mehrmonatiger Prozess und ist für 2020 noch nicht abgeschlossen.

¹⁹ Meldung, Rz 67 sowie Short Form CO, Rz 94 ff.

14. In Zusammenhang mit den vorliegend interessierenden Tätigkeiten gehen die Parteien in Anlehnung an einen Präzedenzfall der EU-Kommission²⁰ sowie eine frühere Vorprüfung²¹, in welchen die Marktabgrenzungen letztlich indes offengelassen werden konnten, von folgenden **relevanten Märkten** aus:

- Markt für die Erbringung von **Dienstleistungen von Auftragsforschungsinstituten** («contract research organisation/CRO»/«AFI-Dienstleistungen»), wobei ein hypothetisch engeres Segment bestehend aus Dienstleistungen nur für klinische Studien von den Parteien erwogen wird²²: AFI-Dienstleistungen beziehen sich auf Produktentwicklungsdienste, die von Unternehmen des Gesundheitswesens in Anspruch genommen werden, um den klinischen Entwicklungsprozess und andere Prozesse von klinischen Erstversuchen an Menschen bis zum Monitoring nach der Markteinführung auszulagern. Sie reichen von Aufgaben zur Arzneimittelentdeckung bis hin zu klinischen Forschungsstudien. Räumlich kann für die Zwecke der vorliegenden Vorprüfung von einem Markt **EWR plus Schweiz** ausgegangen werden.²³
- Markt für die Erbringung von **Real-World-Evidence (RWE)-Dienstleistungen**: Nach Angaben der Europäischen Kommission bezieht sich RWE auf Beobachtungsstudien, die auf Daten über tatsächliche Patientenerfahrungen und die tatsächliche Verwendung eines Produkts in der "realen" klinischen Praxis basieren. Solche Studien helfen Gesundheitsunternehmen, viele verschiedene Aspekte ihres Geschäfts zu analysieren, einschliesslich der kommerziellen Aspekte von Behandlungen, der medizinischen Aspekte von Behandlungen, des Spielraums für F+E und der Investitionsprioritäten.²⁴ Die EU-Kommission hielt fest, dass es einen Unterschied gibt zwischen
 - o primären und sekundären RWE-Daten,
 - o der Erhebung und Bereitstellung von RWE-Daten sowie
 - o der Bereitstellung von RWE-Studien.²⁵

Bereits in früheren Entscheiden hatte die EU-Kommission potentielle Teilmärkte für die Erhebung und Bereitstellung von RWE-Daten (vorgelagerter Markt) sowie für die Bereitstellung von RWE-Studien (nachgelagerter Markt) analysiert.²⁶ Räumlich gehen die Parteien von einem nationalen oder aber einem den EWR plus Schweiz umfassenden Markt aus.²⁷

- Markt für die **Erbringung von Marketingdienstleistungen im Gesundheitswesen**: Aus Sicht der Europäischen Kommission handelt es sich bei Marketingdienstleistungen im Gesundheitswesen um Dienstleistungen zur Unterstützung von Unternehmen des Gesundheitswesens in verschiedenen logistischen Marketingfragen, wie z. B. die Bereitstellung von physischen und elektronischen Mailings, die Unterstützung von Website-Betreibern, die Optimierung von Marketingstrategien für einzelne Gesundheitsprodukte usw. Die Dienstleistungen können direkt von Marketingunternehmen für die Gesundheitsunternehmen erbracht werden (Direktmarketing-Dienstleistungen) oder projektbezogen oder über einen längeren Zeitraum an Dritte ausgelagert werden (CSO-

Dienstleistungen, z. B. ausgelagerter Aussendienst, der Gesundheitsunternehmen bei der Optimierung ihrer Marketingstrategien für einzelne Gesundheitsprodukte unterstützt, u. a. durch den Einsatz von Aussendienstmitarbeitern, Nurse Educators und wissenschaftlich-medizinischer Kommunikation). Räumlich gehen die Parteien von einem **nationalen Markt** aus.²⁸

- Markt für die **Erbringung von Beratungsdienstleistungen im Gesundheitswesen**: Die Europäische Kommission hat einen Markt für Unternehmensberatungsdienste identifiziert und ein mögliches Marktsegment der Beratungsdienste für Gesundheitsunternehmen in Betracht gezogen. Nach Ansicht der Europäischen Kommission beziehen sich Beratungsdienstleistungen im Gesundheitswesen auf die Erbringung von Analyse- und Beratungsdienstleistungen für Unternehmen des Gesundheitswesens, die darauf abzielen, die Produktentwicklungsaktivitäten und technologischen Fähigkeiten zu verbessern, die Betriebskosten zu senken und die Geschäftsstrategien und Geschäftsmodelle der Unternehmen zu stärken.²⁹ Räumlich gehen die Parteien von einem nationalen oder aber einem den EWR plus Schweiz umfassenden Markt aus.³⁰

15. Unabhängig von den Marktdefinitionen, die letztlich zum Zwecke der Vorprüfung angenommen werden könnten, gibt das Zusammenschlussvorhaben gemäss Meldung keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Keine der derzeit von EQT und Goldman Sachs kontrollierten Portfolio-Gesellschaften sei in demselben Geschäftsfeld tätig wie die Zielgesellschaft (Parexel).³¹ Horizontale Beziehungen zwischen den Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen bestehen somit keine, so dass keine betroffenen Märkte mit Marktanteilsadditionen denkbar sind. Weiter führe das Zusammenschlussvorhaben lediglich zu zufälligen geringfügigen vertikalen Beziehungen zwischen Parexel auf der

²⁰ EU-KOMM, COMP/M.8061 vom 12.12.20216, Rz 8 ff, *IMS Health/ Quintiles*.

²¹ RPW 2020/4b, 2016 Rz 13, *Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer UK Midco 1 Limited*.

²² Bereits für die Zwecke eines früheren Zusammenschlussvorhaben hat die WEKO einen Markt für AFI-Dienstleistungen sowie ein potentiell engeres Segment von Dienstleistungen für klinische Studien betrachtet (vgl. RPW 2020/4b, 2016 Rz 13, *Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer UK Midco 1 Limited*). S.a. EU-KOMM, COMP/M.8061 vom 12.12.20216, Rz 39–43, *IMS Health/Quintiles*.

²³ So bereits RPW 2020/4b, 2016 Rz 13, *Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer UK Midco 1 Limited*. Die Marktabgrenzung konnte damals wie heute letztlich offengelassen werden.

²⁴ EU-KOMM, COMP/M.8061 vom 12.12.20216, Rz 27, *IMS Health/ Quintiles*.

²⁵ EU-KOMM, COMP/M.8061 vom 12.12.20216, Rz 36, *IMS Health/ Quintiles*.

²⁶ EU-KOMM, COMP/M.8061 vom 12.12.20216, Rz 31, *IMS Health/ Quintiles* unter Verweis auf EU-KOMM, COMP/M.7337, *IMS Health/ Cegehim Business*.

²⁷ Meldung, Rz 84 und 96 f.

²⁸ Meldung, Rz 88 und 96 f.

²⁹ EU-KOMM, COMP/M.8061 vom 12.12.20216, Rz 20 f., *IMS Health/ Quintiles*.

³⁰ Vgl. Meldung, Rz 92 und 96 f.

³¹ Meldung, Rz 57, 64, 99 und 101 ff.

einen Seite und einigen der Portfoliounternehmen von EQT und Goldman Sachs auf der anderen Seite.³² Parexel schätzt die eigenen Marktanteile auch bei Annahme der in Anlehnung an die Erwägungen der EU-Kommission engstmöglichen Marktabgrenzungen auf [0-5 %] bis maximal ca. [0-10 %].³³ Auch EQT und Goldman Sachs versichern, dass sie bei keiner der denkbaren Marktdefinitionen auf Marktanteile von 30 % oder mehr in Märkten mit allenfalls relevanten Berührungspunkten zu den Tätigkeiten von Parexel kommen (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU i.V.m. Rz 9 der Mitteilung des Sekretariats der WEKO, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen).³⁴

16. Folglich können die genauen Marktabgrenzungen damit auch vorliegend offengelassen werden. Das Zusammenschlussvorhaben führt weder zu betroffenen Märkten mit Anteilsaddition («horizontal betroffene Märkte») noch zu meldenden betroffenen Märkten ohne Marktanteilsaddition («vertikal betroffene Märkte») im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

17. Allenfalls enthaltene Nebenabreden werden der WEKO nicht zur Prüfung unterbreitet. Sie sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der WEKO bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.³⁵

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

³² In der Meldung werden die Geschäftstätigkeiten derjenigen Portfoliogesellschaften der meldenden Unternehmen dargestellt, zu denen geringfügige/gelegentliche tatsächliche oder (mehrheitlich) potenzielle Lieferanten-/Kundenbeziehungen ausgemacht werden konnten (vgl. Meldung, Rz 110 ff.).

³³ Vgl. die Schätzungen für die einzelnen Teilmärkte Meldung, Rz 96.

³⁴ Meldung, Rz 57 ff. Vgl. darüber hinaus die weitergehenden Ausführungen in Meldung, Rz 129 ff.

³⁵ Vgl. auch Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, vom 21.10.2014, <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/mel-deformulare.html>>, sowie statt vieler RPW 2019/4, 1187 Rz 17 f., *Spital STS AG/Medbase AG*.

B 2	5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisionii
B 2.5	1. Verfügung vom 27. Mai 2015 betreffend Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts

Verfügung vom 27. Mai 2015 gemäss Art. 48 Abs. 1 KG in Sachen Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 12. November 2014 [...] in der Vorabklärung [...] TV-/Radiovermarktung betreffend Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts

A Verfahren

1. Mit Schreiben vom 24. November 2014 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) der [A] seinen Entscheid mit, die Vorabklärung gegen sie einzustellen und stellte ihr den Schlussbericht vom 12. November 2014 zu. Gleichzeitig wurde die [A] gebeten, im Hinblick auf die Publikation des Schlussberichts in der Reihe «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW) bis zum 8. Dezember 2014 mitzuteilen, ob der Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse enthalte.

2. Innert zweimal erstreckter Frist machte die [A] mit Schreiben vom 23. Januar 2015 geltend, eine Veröffentlichung des Schlussberichts setze entweder das Einverständnis der [A] oder eine entsprechende rechtskräftige Verfügung voraus. Sie stellte die folgenden Anträge:

- «1. Die rechtliche Würdigung im Schlussbericht sei nach Massgabe des Vertrauensgrundsatzes, der Persönlichkeitsrechte sowie allgemeiner Rechtsgrundsätze an den tatsächlichen Sachverhalt und an die WEKO-Praxis anzupassen.
2. Bis zur Zustimmung der [A] darf der Schlussbericht nicht veröffentlicht und keinen Dritten, auch nicht dem Anzeiger, zur Kenntnis gebracht werden.
3. Der Schlussbericht ist bis auf weiteres insgesamt als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren.»

Zur Begründung führte die [A] im Wesentlichen an, sie wehre sich gegen den Schlussbericht bzw. dessen Veröffentlichung, da dieser insgesamt rechtsstaatliche Prinzipien und die Persönlichkeitsrechte der [A] verletzen sowie Geschäftsgeheimnisse der [A] offenlegen würde.

3. Mit Schreiben vom 9. Februar 2015 hielt das Sekretariat an der Veröffentlichung des Schlussberichts fest. Gleichzeitig liess es der [A] eine Publikationsversion des Schlussberichts zukommen, in welcher diejenigen Textstellen entfernt wurden, für die nach Ansicht des Sekretariats ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der [A] besteht. Der [A] wurde nochmals die Gelegenheit eingeräumt, dem Sekretariat bis zum 20. Februar 2015 mitzuteilen, ob die Beschlussbegründung weitere Geschäftsgeheimnisse enthalte. Das Sekretariat wies die [A] zu-

dem darauf hin, dass – falls sie die Abdeckung von gewissen weiteren einzelnen Textstellen als Geschäftsgeheimnisse verlange und sich hinsichtlich dieser Passagen Differenzen zwischen der Beurteilung der [A] und des Sekretariats ergeben sollten – es sich vorbehalten, auf der Grundlage der Eingabe der [A] eine kostenpflichtige Verfügung zu erlassen.

4. Mit Schreiben vom 20. Februar 2015 reichte die [A] eine über weite Teile geschwärzte Version des Schlussberichts ein. Die [A] fügte zudem an, sie prüfe derzeit zudem Rechtsmittel und Rechtsbehelfe, um sich gegen die Verfahrensführung und den Schlussbericht zu wehren. Dies bedeute, dass jegliche Absichten des Sekretariats, den Schlussbericht – auch in abgeänderter Form – zu publizieren, der [A] in einer Form mitzuteilen sei, die eine Klärung der strittigen Fragen durch die Rechtsmittelbehörde und/oder Aufsichtsbehörde ermögliche. Auf die Begründung der [A] hinsichtlich der geschwärzten Stellen im Schlussbericht wird direkt in den Erwägungen Bezug genommen.

5. Mit einer weiteren, separaten Eingabe vom 20. Februar 2015 stellte die [A] zudem die folgenden Anträge:

- «1. Es sei der Schlussbericht nach Massgabe der im Schreiben vom 23. Januar 2015 dargelegten Grundsätze (u. a. Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, Schutz der Persönlichkeit) sowie der nachstehenden (aufgrund der sehr kurzen Fristeinträumung) summarischen Begründung abzuändern bzw. zu kürzen.
2. Es sei der [A] der überarbeitete Schlussbericht zur Stellungnahme sowie zur weiteren Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse zuzustellen.
3. Es sei von einer Veröffentlichung des Schlussberichts abzusehen.
4. Eventualiter sei der Abschluss der Vorabklärung in einer gekürzten Version (z. B. im Jahresbericht der Wettbewerbskommission) bekannt zu geben.»

Die [A] fügte zudem an, dass – sollte das Sekretariat den erwähnten Anträgen nicht folgen – sie eine entsprechende Mitteilung bzw. Verfügung erwarte, welche eine Anfechtung durch Rechtsmittelinstanzen und/oder Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde ermögliche. Auf die Begründung der Anträge der [A] wird – soweit erforderlich – direkt in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

B Erwägungen

B.1 Formelles

B.1.1 Gegenstand der Verfügung

6. Die [A] wirft nicht nur die Frage des Umfangs der Publikation des Schlussberichts vom 12. November 2014 auf, sondern auch die grundsätzliche Frage, ob der Schlussbericht überhaupt zu veröffentlichen ist. Sie ersucht das Sekretariat, ihr jegliche Absichten, den Schlussbericht – auch in abgeänderter Form – zu publizieren, in einer Form mitzuteilen, die eine Klärung der strittigen Fragen durch die Rechtsmittelbehörde und/oder Aufsichtsbehörde ermögliche (vgl. oben, Rz 4 f.).

7. Einleitend ist festzuhalten, dass es sich bei einer Vorabklärung um ein sogenanntes formloses Verfahren zur Abklärung der Frage handelt, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 oder 7 KG¹ vorliegen.² Gemäss der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: REKO WEF) findet auf das Verfahren der Vorabklärung das VwVG³ keine Anwendung. Als Vorstufe zur formellen Untersuchung soll die Vorabklärung als «Nichtverfügungsverfahren» informelles und verfügungsfreies Staatshandeln ermöglichen.⁴ Auch laut Bundesgericht findet das VwVG erst im Untersuchungsverfahren (vollumfänglich) Anwendung. Zuvor sollen nur die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fairnessprinzipien gelten.⁵ Im Rahmen der Vorabklärung erlässt das Sekretariat deshalb grundsätzlich keine verbindlichen Anordnungen im Sinne von End- und Zwischenverfügungen. Ausgenommen sind verfahrenleitende Verfügungen betreffend die Auskunfts- bzw. Editiionspflicht.⁶

8. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgehalten, ein Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung über die Veröffentlichung eines Schlussberichts sei «höchst fraglich». Denn die an einer Vorabklärung Beteiligten hätten weder ein generalisiertes Recht, die Publikation des Schlussberichts zu verlangen, noch ein solches, sie zu verhindern. Gleiches dürfte selbstverständlich für die blossen Ankündigung der Publikation gelten.⁷ Die Eröffnung, Durchführung und der Abschluss einer Vorabklärung sowie auch die Veröffentlichung des Schlussberichts würden grundsätzlich keine anfechtbaren Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen. Gegen diese Verwaltungstätigkeiten stehe kein Rechtsmittel offen. In diesem Zusammenhang bestehe ebenfalls kein Raum für eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde. Für die Betroffenen bestehe (nur) die Möglichkeit, Aufsichtsbeschwerde an die Wettbewerbskommission (WEKO) zu ergreifen.⁸

9. Das Sekretariat habe jedoch auch im Rahmen einer Vorabklärung, insbesondere mit Blick auf die in Aussicht gestellte Publikation des Schlussberichts, Art. 25 Abs. 4 KG Rechnung zu tragen. Gemäss Lehre und Praxis sei davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden vor der Publikation von Schlussberichten, Verfügungen und Pressemitteilungen den betroffenen Unternehmen die Gelegenheit einräumten, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. In der Regel dürften sich die Wettbewerbsbehörden an die deklarierten Geschäftsgeheimnisse halten. Es sei aber nicht auszuschliessen, dass diese mit

der Einschätzung der Unternehmen nicht einverstanden seien oder Uneinigkeit über die geeignete Umschreibung eines Geschäftsgeheimnisses bestehe. In diesem Fall versuchten die Wettbewerbsbehörden mit den Unternehmen eine gemeinsame Lösung zu finden. Könne keine Einigung erzielt werden, möge es zutreffen, dass die Wettbewerbsbehörden betreffend die Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen eine verfahrenleitende Verfügung erlassen. Ob sie hierzu verpflichtet seien, könne in casu offen bleiben.⁹

10. Gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist im Übrigen auch die Publikation einer (End-)Verfügung der WEKO ein Realakt und stellt als solche kein Anfechtungsobjekt dar.¹⁰ Ebenso wenig falle auch die Ankündigung einer Veröffentlichung unter den Begriff der Verfügung gemäss Art. 5 VwVG. Insbesondere habe weder die Publikation noch deren schriftliche Ankündigung eine Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand.¹¹ Eine anfechtbare Verfügung aber ergehe, wenn sich die Behörde und eine Partei, die davon in ihrem schutzwürdigen Interesse berührt sei, über die Form oder Art der Publikation nicht einigen können (Art. 25a Abs. 2 VwVG).¹²

11. Gestützt auf die obigen Ausführungen wird im Rahmen der vorliegenden Verfügung somit grundsätzlich (nur) die Frage beantwortet, in welcher Form bzw. welchem Umfang der Schlussbericht des Sekretariats vom 12. November 2014 veröffentlicht wird. Nicht Verfügungsgegenstand bildet hingegen die Frage der Publikation als solche, d.h., ob der Schlussbericht überhaupt zu veröffentlichen ist.

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

² Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 587 E. 4, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

³ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁴ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/2, 635 f. E. 1.2.3, *Comèr Banca SA/Telekurs Multipay AG/WEKO*.

⁵ Urteil BGE II 135 60, 68 f. E. 3.1.3 (= RPW 2008/3, 112 f. E. 3.1.3), *Maestro Interchange Fee*.

⁶ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 587 E. 4, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 26 KG N 46 f.

⁷ Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 590 E. 7, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

⁸ Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 588 E. 4, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*; vgl. auch BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 6), Art. 26 KG N 136 f.

⁹ Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 589 E. 6.3.1, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

¹⁰ Urteil des BVGer B-4221/2008 vom 28.9.2009, E. 6.2, *Arkosol AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 1.1, *Nikon AG/WEKO*.

¹¹ Urteil des BVGer B-4221/2008 vom 28.9.2009, E. 6.2, *Arkosol AG/WEKO*.

¹² Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 1.1, *Nikon AG/WEKO*.

B.1.2 Zuständigkeit

12. Gemäss Art. 48 Abs. 1 und 49 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide (vgl. unten, Rz 21) selbständig veröffentlichen und die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit informieren. Sie haben dabei die Geschäftsgeheimnisse und allfällige Persönlichkeitsrechte der betroffenen Unternehmen zu wahren (vgl. auch unten, Rz 17 ff.).

13. Für den Erlass von verfahrensleitenden Verfügungen – so auch Verfügungen betreffend die Auskunftsbzw. Editionsspflicht im Rahmen von Vorabklärungen (vgl. oben, Rz 7) – ist gemäss Art. 23 Abs. 1 KG das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig.¹³

14. In Analogie zu den verfahrensleitenden Verfügungen gemäss Art. 23 Abs. 1 KG¹⁴ ist auch die vorliegende Verfügung betreffend den Umfang der Publikation des Schlussberichts vom Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zu erlassen.

B.2 Materielles

15. Die [A] macht geltend, die von ihr geschwärzten Textstellen im Schlussbericht vom 12. November 2014 würden nicht nur Geschäftsgeheimnisse darstellen, sondern zudem auch über weite Strecken dem Schutz der Persönlichkeit der [A] zuwiderlaufen und gegen die Unschuldsvermutung verstossen.

16. Im Folgenden werden zuerst im Sinne einer Vorbemerkung allgemeine Ausführungen zur Publikation von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensbeteiligten sowie zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten gemacht (B.2.1), bevor auf die einzelnen Vorbringen der [A] hinsichtlich Geschäftsgeheimnisse, Unschuldsvermutung, Reputationsschutz, Gefahr von Zivilklagen oder Anzeigen und Verhältnismässigkeit eingegangen wird (B.2.2).

B.2.1 Vorbemerkungen

B.2.1.1 Zur Publikation von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden

17. Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Art. 49 Abs. 1 KG verpflichtet die Wettbewerbsbehörden überdies, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren.

18. Diese im Kartellgesetz enthaltenen Grundsätze sind auch im Kontext der durch das Öffentlichkeitsgesetz¹⁵ statuierten Pflicht der Verwaltung zu öffentlichem und transparentem Handeln zu sehen, einer Pflicht, die nicht zuletzt auch der Wahrung der Rechtssicherheit dient.¹⁶

19. Die Veröffentlichung der Praxis der Wettbewerbsbehörden hat eine grundsätzliche Bedeutung, weil dadurch die Transparenz der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden sowie die Rechtssicherheit für die rechtsunterworfenen Wirtschaftssubjekte erhöht werden.¹⁷

20. Anzumerken ist auch, dass der Gesetzgeber mit der Einführung direkter Sanktionen (Art. 49a KG) in der Kartellgesetzrevision von 2003 die generalpräventive Wirkung verstärken wollte. Laut Botschaft steht für die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts im Vordergrund, dass

mit der Sanktionsdrohung die Präventivwirkung des Kartellgesetzes verstärkt werden kann. Die Marktteilnehmer sollen ihr Verhalten so ausrichten können, dass sie direkte Sanktionen erst gar nicht zu befürchten haben. Der Rechtssicherheit für die Unternehmen sei deshalb besondere Beachtung zu schenken.¹⁸ Der Veröffentlichung nachvollziehbar begründeter Entscheide kommt deshalb im Kartellrechtvollzug insofern eine wichtige Rolle zu, als eine generalpräventive Wirkung erst durch die mittels Veröffentlichung erreichte Zugänglichkeit der Entscheide erzielt werden kann.

21. Die Wettbewerbsbehörden sind bemüht, die gesamte Praxis möglichst vollständig und umfassend zu veröffentlichen, was grundsätzlich als im Sinne einer transparenten und bürgernahen Verwaltung erscheint.¹⁹ Neben Entscheidungen, welche aus formellen Verfahren hervorgehen, werden auch Stellungnahmen, Empfehlungen und Gutachten in die Publikationsreihe RPW aufgenommen.²⁰ Es entspricht dabei gängiger Praxis des Sekretariats der WEKO, Schlussberichte zu veröffentlichen, wenn die Vorabklärung eingestellt wird.²¹

22. Behörden haben indes bei ihrer Publikationstätigkeit einen angemessenen Persönlichkeits- und Geheimnisschutz der betroffenen Personen zu wahren.²² Bei der Publikation von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden sind mithin Geschäftsgeheimnisse und allfällige Persönlichkeitsrechte zu schützen.²³

¹³ Vgl. auch BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 6), Art. 26 KG N 47.

¹⁴ Da die vorliegende Verfügung betreffend den Umfang der Publikation des Schlussberichts erst nach Abschluss der Vorabklärung erlassen wird, ist sie nicht als verfahrensleitende Verfügung zu qualifizieren. In diesem Sinne wohl auch das Bundesverwaltungsgericht, welches im Zusammenhang mit der Publikationsverfügung betreffend eine Sanktionsverfügung der WEKO festgehalten hat, die behördliche Publikation, die in der Regel erst nach Abschluss eines Verfahrens ergehe, könne als Realakt keine «verfahrensleitende Verfügung» verkörpern, die nach Art. 23 Abs. 1 KG dem Sekretariat obläge (Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 2.2, *Nikon AG/WEKO*).

¹⁵ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

¹⁶ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), Art. 48 KG N 7; STEFAN KOLLER, in: Kartellgesetz: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 48 N 1.

¹⁷ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 16), Art. 48 KG N 7.

¹⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 5.1.4, *Nikon AG/WEKO*, mit Verweis auf die Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002, 2041.

¹⁹ Vgl. Zwischenverfügung des BVGer, RPW 2014/2, 470 E. 4.1, *A./WEKO*.

²⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 16), Art. 48 KG N 8.

²¹ Vgl. <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW).

²² Vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6, *Nikon AG/WEKO*.

²³ Vgl. Zwischenverfügung des BVGer, RPW 2014/2, 471 E. 5, *A./WEKO*.

B.2.1.2 Zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensbeteiligten

23. Während die Behörde ein Recht und eine Pflicht zur Information der Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit hat, haben die Verfahrensbeteiligten einen Anspruch auf Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse (Art. 25 Abs. 4 KG). Diesen beiden, an sich in einem Spannungsverhältnis stehenden, Grundsätzen wird durch die im Kartellgesetz enthaltene Regelung und die darauf abstellende Praxis Rechnung getragen.

24. Art. 25 Abs. 4 KG, wonach die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen, enthält keine Definition des Geschäftsgeheimnisbegriffs. Die Begriffsbestimmung im Kartellrecht lehnt sich daher in langer Praxis an die Rechtsprechung zu Art. 162 StGB²⁴ (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses)²⁵ und Art. 4 Bst. c, 6 und 15 UWG²⁶ an.²⁷

25. Gemäss dieser Rechtsprechung gilt eine Tatsache als Geschäftsgeheimnis, wenn sie kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt:

- a. Die Tatsache ist weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich (Mangel an Offenkundigkeit und Zugänglichkeit);
- b. der Geheimnisherr will die Tatsache geheim halten (subjektiver Geheimhaltungswille);
- c. der Geheimnisherr hat an der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse (objektives Geheimhaltungsinteresse).²⁸

26. Die Tatsache muss sich zudem vom Gegenstand her entweder auf einen Fabrikationsvorgang (Fabrikationsgeheimnis) beziehen oder eine geschäftlich relevante Information betreffen (Geschäftsgeheimnis). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfassen Fabrikationsgeheimnisse technische Informationen (z. B. Fabrikationsanleitungen, Herstellungs- und Konstruktionsverfahren) während als Geschäftsgeheimnisse Informationen gelten, die Einkaufs- und Bezugsquellen, die Betriebsorganisation, die Preiskalkulation etc. betreffen und demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Eine genaue Abgrenzung der beiden Begriffe ist nicht notwendig, da Art. 25 Abs. 4 KG nicht nur Geschäfts- sondern auch Fabrikationsgeheimnisse umfasst. Entscheidend ist hingegen, dass die Tatsache einen wirtschaftlichen Wert für das Unternehmen hat, mithin Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben kann, und sich (nur) auf das Unternehmen bezieht, welches sich auf das Geschäftsgeheimnis beruft und Rückschlüsse auf dieses Unternehmen zulässt.²⁹

27. Durch das Geschäftsgeheimnis geschützte Informationen dürfen weder in Publikationen noch Entscheiden der Wettbewerbsbehörden der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.³⁰ Anzuführen bleibt jedoch, dass der Anspruch auf Schutz von Geschäftsgeheimnissen dem Grundsatz des öffentlichen Informationsinteresses an publizierten Entscheiden entgegensteht. Geschäftsgeheimnisse, auf die sich ein Entscheid stützt, sind darum wenigstens in umschriebener Form, also mit Hilfe von Umschreibungen, Zusammenfassungen, Abdeckung der geheimen Passagen oder ungefähren Angaben (Band-

breiten) anzudeuten, um den Entscheid dennoch verständlich zu machen. Eine Umschreibung geheimer Daten mittels Bandbreiten der Umsatz-, Gewinn- und Marktsituation ist keine Geschäftsgeheimnisverletzung, solange die verfremdete Umschreibung keine substanziellen Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen erlaubt. Die Bandbreiten sind so zu wählen, dass der Umschreibung ein genügend sachdienlicher Informationsgehalt entnommen werden kann.³¹

28. Erfüllt eine Information die Voraussetzung für die Qualifikation als Geschäftsgeheimnis (vgl. oben, Rz 25) nicht, so darf sie grundsätzlich publiziert werden. Dies gilt unabhängig davon, ob sich der Entscheid direkt auf die entsprechende Information stützt, solange sie in verhältnismässiger Weise der Nachvollziehbarkeit, Transparenz oder Abschreckung (Generalprävention) dient. Es ist wichtig, dass die Wettbewerbsbehörden den Sachverhalt so vollständig wie möglich darstellen können und ihre Entscheide nachvollziehbar sind.³² Die betroffenen Unternehmen können sich jedenfalls nicht auf das Geschäftsgeheimnis berufen, um die Abdeckung von Textstellen nach Belieben zu verlangen.

B.2.1.3 Zum Schutz der Persönlichkeit der Verfahrensbeteiligten

29. Die Behörden haben bei ihrer Publikationstätigkeit neben den Geschäftsgeheimnissen auch allfällige Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten zu wahren (vgl. oben, Rz 22):

30. Im Zusammenhang mit der Publikation einer Sanktionsverfügung der WEKO hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, die Bundesverfassung garantiere die Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art. 7 BV³³), das

²⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

²⁵ SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 25 KG N 51.

²⁶ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

²⁷ BGE 103 IV 283, 283 E. 2.b; JEAN MARC REYMOND, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 16 KG N 14; REGULA WALTER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 16 N 6; JÜRIG BÖRER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 16 KG N 3; JACQUES GUYET, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/1, Von Büren/David (Hrsg.), 1994, 192.

²⁸ BGE 103 IV 283, 284 E. 2b; BGE 109 Ib 56 E. 5c; vgl. betreffend das KG, Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6.4, *Nikon AG/WEKO*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 698, 708 E. 3, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*; <www.weko.amdin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Merkblatt: Geschäftsgeheimnisse, S. 2.

²⁹ Vgl. RPW 2010/4, 705 Rz 14, *Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation*, m.w.H.; BSK KG-BANGERTER (Fn 25), Art. 25 KG N 53, m.w.H.; Merkblatt Geschäftsgeheimnisse (Fn 28), S. 2.

³⁰ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 716 E. 3.1.4, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

³¹ Vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6.4, *Nikon AG/WEKO*.

³² Vgl. VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 25 KG N 58.

³³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

Recht jedes Menschen auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und das Recht auf Privatsphäre, unter anderem auch im Brief-, Post- und Fernmeldeverkehr (Art. 13 Abs. 1 BV). Die persönliche Freiheit schütze alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung, darunter das soziale Ansehen, die Ehre und den guten Ruf. Auch die EMRK gewährleiste diese Garantien (Art. 8 EMRK³⁴), wobei ihre Tragweite in Einzelfällen gegenüber jener der Bundesverfassung abweicht. Als öffentlich-rechtlicher Persönlichkeitsschutz seien die erwähnten Verfassungsgarantien zunächst an Behörden gerichtet, gegenüber deren hoheitlichem Handeln sich auch juristische Personen auf die hier interessierenden Schutzzinhalte der Ehre, des guten Rufes, des Brief-Post- und Telekommunikationsgeheimnisses berufen könnten. Subsidiär bildeten die Garantien eine allgemeine Grundgarantie zum Schutz der Persönlichkeit.³⁵

31. Der Schutz der Persönlichkeit gilt jedoch nicht absolut:³⁶ Überwiegen in einem konkreten Fall öffentliche Interessen, gehen sie den Persönlichkeitsrechten der betroffenen natürlichen oder juristischen Person vor.³⁷ Insbesondere vermag eine Person, die sich auf ihre Persönlichkeitsrechte beruft, eine Behörde nicht daran zu hindern, deren (per Definition) im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben pflichtgemäss zu erfüllen.³⁸ Handeln die Wettbewerbsbehörden somit im Rahmen ihrer verfassungsmässigen und gesetzlichen Kompetenzen, darf die Berufung Rechtsunterworfener auf Persönlichkeitsrechte nicht dazu führen, dass die Wettbewerbsbehörden ihren Informationspflichten nur in unzureichendem Ausmass nachkommen können. Dies würde der Transparenz der Tätigkeit und Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden sowie auch der Rechtssicherheit und generalpräventiven Wirkung der Entscheide der Wettbewerbsbehörden zuwiderlaufen (vgl. oben, Rz 17 ff.).

32. Es ist indes selbstverständlich, dass die Publikationen der Wettbewerbsbehörden in keinem Fall unrichtige, irreführende oder unnötig verletzend Äusserungen enthalten dürfen.³⁹

B.2.2 Prüfung der einzelnen Vorbringen der [A]

B.2.2.1 Geschäftsgeheimnisse

B.2.2.1.1 Vorbringen der [A]

33. Die [A] hat weite Teile des Schlussberichts – darunter insbesondere Ausführungen betreffend das Unternehmen und die Marktstellung der [A], den Gegenstand der Vorabklärung, die Marktabgrenzung sowie betreffend die Begründung für die Einstellung der Vorabklärung – geschwärzt. Zur Begründung bringt die [A] (nur) vor, diese Textstellen würden nach Massgabe des Merkblattes Geschäftsgeheimnisse enthalten. Die geschwärzten Textstellen würden zudem auch über weite Strecken dem Schutz der Persönlichkeit der [A] zuwiderlaufen, d.h. eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte der [A] bewirken, und gegen die Unschuldsvermutung verstossen.

34. Die [A] verlangt zudem, dass der Schlussbericht anonymisiert wird. Alle Ausführungen, welche die Identität der [A] und deren Tochtergesellschaften betreffen bzw. eine Identifizierung derselben ermöglichen, sowie Erläuterungen, welche auf Eingaben der [A] und deren

Tochtergesellschaften zurückzuführen seien, würden als Geschäftsgeheimnisse gelten.

B.2.2.1.2 Würdigung

35. Wie erwähnt, sind als Geschäftsgeheimnis (nur) solche Informationen zu qualifizieren, die (1.) nicht offenkundig sind, (2.) vom Geheimnisherrn geheim gehalten werden wollen und an welchen (3.) ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht (vgl. oben, Rz 25).

36. Die [A] verlangt eine Abdeckung von weiten Teilen des Schlussberichts. Sie hat es jedoch – obwohl sie vom Sekretariat dazu aufgefordert worden war – unterlassen, konkret dazulegen, inwiefern die von ihr bezeichneten Textstellen im Schlussbericht die Qualifikationskriterien für Geschäftsgeheimnisse erfüllen, und ist damit ihrer Mitwirkungspflicht bei der Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen nur unzureichend nachgekommen.

37. Wie aus den nachfolgenden Ausführungen hervorgeht, ist nicht ersichtlich, dass die von der [A] geschwärzten Textstellen unter den Geschäftsgeheimnisbegriff fallen.

a) Zur Anonymisierung

38. Hinsichtlich der von der [A] geltend gemachten Anonymisierung des Schlussberichts (vgl. oben, Rz 34) ist anzumerken, dass die Tatsache, dass gegen die [A] eine Vorabklärung geführt wurde, der Öffentlichkeit bekannt ist.⁴⁰ An der Information besteht denn auch kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse, da es sich dabei nicht um eine innerbetriebliche Information handelt, die sich auf einen Fabrikationsvorgang oder eine geschäftlich relevante Information handelt, der ein wirtschaftlicher Wert zukommt.

39. Die Voraussetzungen für eine Anonymisierung der Publikationsversion des Schlussberichts aus Gründen des Geschäftsgeheimnisschutzes sind somit nicht gegeben. Ob eine Anonymisierung des Schlussberichts allenfalls aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes angezeigt ist,⁴¹ wird an anderer Stelle geprüft (vgl. unten, Rz 65).

³⁴ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

³⁵ Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6.1 ff., *Nikon AG/WEKO*, m.w.H.

³⁶ Einschränkungen von Grundrechten sind zulässig, sofern sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen und den Kerngehalt des entsprechenden Grundrechts respektieren (vgl. RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2009, § 13 N 1182).

³⁷ Vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2012, § 9 N 323; vgl. auch Art. 19 Abs. 1bis Bst. b DSGVO.

³⁸ Vgl. ANDREAS MEILI, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), 2002, Art. 28 ZGB N 47.

³⁹ Vgl. BSK ZGB I-MEILI (Fn 38), Art. 28 ZGB N 43 f.

⁴⁰ Vgl. Tagesanzeiger online vom 9.11.2012, <[...]> (30.4.2015); Blick online vom 9.11.2012, <[...]> (30.4.2015).

⁴¹ Vgl. Zwischenverfügung des BVGer, RPW 2014/2, 471 E. 4.4, *A./WEKO*.

b) *Zu den Textstellen zum Unternehmen und zur Marktstellung der [A] (Rz 3 ff. und 75 ff. des Schlussberichts vom 12. November 2014)*

40. Die von der [A] geschwärzten Ausführungen zum Unternehmen und der Marktstellung der [A]⁴² können im Wesentlichen öffentlich zugänglichen Quellen wie der Homepage der [A]⁴³, Medienberichten⁴⁴ oder Publikationen der Stiftung Werbestatistik Schweiz⁴⁵ entnommen oder daraus abgeleitet werden.

41. Soweit dies nicht der Fall ist und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der [A] angenommen werden konnte, wurden die Angaben in der Publikationsversion des Schlussberichts vom 12. November 2014, wie sie der [A] mit Schreiben vom 9. Februar 2015 zugestellt wurde (vgl. oben, Rz 3), eliminiert oder mittels einer Umschreibung (z. B. die Angabe von Marktanteilen in Form von Bandbreiten) angegeben, um sowohl dem objektiven Geheimhaltungsinteresse der [A] als auch dem Publikationsinteresse Rechnung zu tragen (vgl. oben, Rz 27).

42. Es ist nicht ersichtlich und wird von der [A] auch nicht konkret dargelegt, inwiefern die von ihr bezeichneten Textstellen unter den Geschäftsgeheimnisbegriff fallen. Die Forderung der [A] nach Abdeckung von weiteren Textstellen erweist sich deshalb als unbegründet.

c) *Zu den Textstellen zur Marktabgrenzung (Rz 49 ff. des Schlussberichts vom 12. November 2014)*

43. Die von der [A] geschwärzten Textstellen betreffend Marktabgrenzung⁴⁶ legen weder einen Fabrikationsvorgang noch eine geschäftlich relevante Information der [A] offen, der ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Die Textstellen geben (nur) Überlegungen des Sekretariats hinsichtlich einer anderen denkbaren Marktabgrenzung im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV-Werbzeit für die Schweiz wieder und nehmen dabei Bezug auf die Marktbefragung sowie eine Studie zur Bedeutung der Werbefenster im Schweizer TV-Werbemarkt aus dem Jahr 2012.

44. Die von der [A] bezeichneten Textstellen erfüllen somit nicht die Voraussetzungen, um als Geschäftsgeheimnisse der [A] zu gelten. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich die [A] nicht auf das Geschäftsgeheimnis berufen kann, um Textstellen bzw. Schlussfolgerungen des Sekretariats zu entfernen, mit welchen sie materiell nicht einverstanden sein mag (vgl. oben, Rz 28).

d) *Zu den Textstellen zum Gegenstand der Vorabklärung bzw. den thematisierten Vereinbarungen über Rabatte bzw. Freespace im Bereich TV- und Radiowerbung betreffend den Zeitraum 2004 bis 2012 (Rz 92 ff. des Schlussberichts vom 12. November 2014)*

45. Hinsichtlich den von der [A] geschwärzten Textstellen betreffend den Gegenstand der Vorabklärung bzw. die thematisierten Kunden-Vereinbarungen über Rabatte bzw. Freespace im Bereich TV- und Radiowerbung⁴⁷ ist Folgendes anzumerken:

46. Der Inhalt der Kunden-Vereinbarungen dürfte nur einem beschränkten Kreis, d. h. den jeweiligen Werbekunden und deren Mediaagenturen, bekannt sein. Die

Vereinbarungen dürften zudem einen wirtschaftlichen Wert für die [A] bzw. Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis der [A] (gehabt) haben. Insofern ist der [A] ein gewisses objektives Interesse, dass die thematisierten Vereinbarungen nicht vollumfänglich publiziert werden, nicht abzusprechen. Am eigentlichen Gegenstand der Vorabklärung besteht jedoch grundsätzlich kein objektives Geheimhaltungsinteresse.⁴⁸ Anzumerken bleibt zudem, dass hinsichtlich der medienübergreifenden Jahresvereinbarungen, die zwischen 2005 und 2009 abgeschlossen wurden (vgl. Rz 97-100 des Schlussberichts vom 12. November 2014), fraglich ist, ob diese Vereinbarungen heute immer noch einen wirtschaftlichen Wert für die [A] haben.⁴⁹

47. Den Geheimhaltungsinteressen der [A] betreffend die thematisierten Vereinbarungen wird vorliegend jedenfalls angemessen Rechnung getragen, indem im Schlussbericht die entsprechenden Kunden-Vereinbarungen bzw. deren Vertragsinhalte nicht im Originaltext und nicht umfassend, sondern nur mittels Umschreibung von einzelnen Vertragsklauseln wiedergegeben werden. Geheimhaltungswürdige Informationen (wie z. B. die vereinbarte Rabatthöhe oder der zugrundeliegende Zielumsatz) werden entweder im Schlussbericht nicht wiedergegeben oder in der Publikationsversion, wie sie der [A] mit Schreiben vom 9. Februar 2015 zugestellt wurde, nur mittels der Angabe von Bandbreiten angedeutet.

48. Die Forderung der [A] nach Abdeckung von weiteren Textstellen erweist sich deshalb als unbegründet.

e) *Zu den Textstellen betreffend Massnahmen (Rz 154 ff. des Schlussberichts vom 12. November 2014)*

49. Die von der [A] geschwärzten Textstellen betreffend die von ihr getroffenen Massnahmen⁵⁰, welche (auch) der Prävention von Kartellrechtsverstössen dienen, geben keine innerbetrieblichen Tatsachen wieder, die Einkaufs- oder Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preis-

⁴² Vgl. Schreiben der [A] vom 20.2.2014, Geschwärzte Version des Schlussberichts vom 12. November 2014, Rz 3 ff. und 75 ff.

⁴³ Vgl. <[...]>.

⁴⁴ Vgl. z. B. NZZ online vom 7.3.2014, <[...]> (30.4.2015).

⁴⁵ Vgl. <www.werbestatistik.ch> unter Publikation > Aktuelle Broschüre > Werbeaufwand Schweiz 2014.

⁴⁶ Vgl. Schreiben der [A] vom 20.2.2015, Geschwärzte Version des Schlussberichts vom 12. November 2014, Rz 49 ff., insbesondere Rz 67 und 73.

⁴⁷ Vgl. Schreiben der [A] vom 20.2.2015, Geschwärzte Version des Schlussberichts vom 12. November 2014, Rz 92 ff.

⁴⁸ Vgl. RPW 2010/4, 707 Rz 27, *Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation*, m.w.H; implizit wohl auch CR Concurrence-MARTENET (Fn 32), Art. 25 KG N 47.

⁴⁹ Vgl. auch Urteil des EuG vom 28.1.2015 T-341/12 *Evonik Degussa/Kommission*, Rz 84, wonach gemäss ständiger Rechtsprechung Angaben, die geheim oder vertraulich waren, aber mindestens fünf Jahre alt sind und daher als nicht mehr aktuell angesehen werden, weder geheim noch vertraulich sind, wenn nicht ausnahmsweise nachgewiesen wird, dass sie trotzdem immer noch wesentlicher Bestandteil der eigenen oder wirtschaftlichen Stellung eines Dritten sind.

⁵⁰ Vgl. Schreiben der [A] vom 20.2.2015, Geschwärzte Version des Schlussberichts vom 12. November 2014, Rz 154 ff.

kalkulation oder Ähnliches betreffen, mithin einen wirtschaftlichen Wert für die [A] haben (so die vom Verwaltungsrat der [A] beschlossene Einsetzung einer Arbeitsgruppe «Compliance») oder sind jedenfalls der Öffentlichkeit bekannt (so die Ausgliederung der Radio Unit von der [B] in die [E] per Mitte 2013 und die Tatsache, dass auch die Vermarktung und Vermittlung im Bereich der Onlinewerbung in einer separaten Gruppengesellschaft, der [C], angesiedelt ist). Diese Textstellen stellen deshalb keine Geschäftsgeheimnisse der [A] dar.

50. Wie erwähnt, kann ferner am Gegenstand der Vorabklärung bzw. den geprüften Geschäftspraktiken der [A] grundsätzlich kein objektives Geheimhaltungsinteresse der [A] bestehen. Folglich kann auch der Inhalt der gegenüber dem Sekretariat abgegebenen Verpflichtungserklärung nicht der Verbreitungskontrolle der [A] unterliegen, zumal diese nur generelle «Leitplanken» bzw. Zusagen im Zusammenhang mit der Gewährung von Rabatten bzw. Freespace und namentlich keine geheimhaltungswürdigen Informationen wie die konkrete Höhe von zukünftigen Rabatten bzw. Freespace oder Ähnliches enthält.

51. Die Forderung der [A] betreffend die Abdeckung von Textstellen hinsichtlich der Massnahmen erweist sich deshalb als unbegründet.

B.2.2.2 Unschuldsvermutung

B.2.2.2.1 Vorbringen der [A]

52. Die [A] macht geltend, das WEKO-Sekretariat suggeriere im Schlussbericht, die [A] verfüge über eine marktbeherrschende Stellung und/oder habe gegen Art. 7 KG verstossen. Derartige unbegründete Vorhaltungen würden das Gebot der Unschuldsvermutung und Persönlichkeitsrechte der [A] verletzen.

B.2.2.2.2 Würdigung

53. Die Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK. Sie bedeutet, dass jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt. Es ist das Recht, als unschuldig behandelt zu werden, bis ein zuständiges Gericht nach Durchführung eines fairen Verfahrens die strafrechtliche Schuld in rechtsgenügender Weise nachgewiesen und festgestellt hat.⁵¹ Die Unschuldsvermutung gilt grundsätzlich auch in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren.⁵²

54. Vorweg ist anzumerken, dass eine Vorabklärung nicht zu einem verbindlichen Entscheid über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung führt und nicht mit einer (anfechtbaren) Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG abgeschlossen wird. Die Vorabklärung ist ein sogenanntes formloses Verfahren zur Abklärung der Frage, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 oder 7 KG vorliegen. Zuständig für die Durchführung der Vorabklärung ist allein das Sekretariat. Der Vorabklärung kommt eine Triage-Funktion zu: Damit werden die Fälle ausgesondert, welche einer (formellen) Untersuchung gemäss Art. 27 KG zuzuführen sind. In der Vorabklärung wird der Sachverhalt (nur) summarisch abgeklärt und rechtlich sowie ökonomisch einer ersten Würdigung unterzogen. Das Sekretariat kann indes bereits im Stadium der Vorabklärung Massnahmen zur Beseiti-

gung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (Art. 26 Abs. 2 KG).⁵³ Es kann hingegen – im Gegensatz zur WEKO im Rahmen einer Untersuchung – weder Massnahmen einseitig anordnen noch Sanktionen auferlegen.

55. Im in Rede stehenden Schlussbericht wird an keiner Stelle festgehalten, die [A] verfüge nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden über eine marktbeherrschende Stellung und/oder habe sich unzulässig im Sinne von Art. 7 KG verhalten. Im Schlussbericht ist namentlich nur von «Anhaltspunkten» für eine marktbeherrschende Stellung bei einer engen Marktabgrenzung im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV-Werbezeit sowie von «Anhaltspunkten» für eine marktbeherrschende Stellung im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit die Rede (vgl. insbesondere Rz 153 des Schlussberichts vom 12. November 2014). Aus dem Schlussbericht geht zudem klar hervor, dass es sich bei den Ausführungen um eine vorläufige Analyse des Sekretariats im Hinblick auf die Frage, ob eine Untersuchung zu eröffnen ist, und keine abschliessende bzw. endgültige Beurteilung der Wettbewerbsbehörden handelt: So ist beispielsweise in Rz 88 des Schlussberichts explizit von «*der vorläufigen Analyse der Marktverhältnisse im Rahmen der Vorabklärung*» die Rede. Weiter wird in Rz 157 des Schlussberichts festgehalten, dass es sich nach Ansicht des Sekretariats insgesamt nicht rechtfertigt, «*weitere aufwendige Abklärungen im Rahmen einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG vorzunehmen, um abschliessend zu prüfen, ob und gegebenenfalls seit wann die [A] im Bereich der Vermarktung bzw. Vermittlung von TV- und Radiowerbezeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und ob sie diese im Sinne der vorstehenden Erwägungen missbraucht (hat).*»

56. Es ist somit nicht ersichtlich und wird von der [A] auch nicht substantiiert dargelegt, inwiefern die vollständige Publikation des Schlussberichts gegen die Unschuldsvermutung verstösst, zumal das Sekretariat die Vorabklärung gegen die [A] eingestellt hat.

B.2.2.3 Reputationsschutz

B.2.2.3.1 Vorbringen der [A]

57. Die [A] bringt vor, es bestehe kein Interesse der Öffentlichkeit, dass ohne Vorliegen eines Kartellrechtsverstosses selektiv und versehen mit Mutmassungen und Hypothesen mittels eines Schlussberichts ein Unternehmen «angeprangert» werde. Bei Ausführungen, welche nicht stichhaltige und von der Behörde fallen gelassene Vorwürfen betreffen, habe sich das Sekretariat aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf eine kurze Umschreibung zu beschränken, um den Ruf der betroffenen Partei nicht unnötig zu beeinträchtigen. Dies gelte nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung.

⁵¹ Vgl. Zwischenverfügung des BVGer, RPW 2014/2, 471 E. 4.3, A./WEKO; vgl. auch Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6.2, Nikon AG/WEKO.

⁵² Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6.2.2, Nikon AG/WEKO.

⁵³ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 587 E. 4, Rechtsverweigerungsbeschwerde; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 6), Art. 26 KG N 1 ff.

58. Wie bereits im Zusammenhang mit der Prüfung von Geschäftsgeheimnissen erwähnt, verlangt die [A] zudem, dass der Schlussbericht anonymisiert wird (vgl. oben, Rz 34).

B.2.2.3.2 Würdigung

59. Die Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden bzw. die Anwendung und Durchsetzung des Kartellgesetzes liegt im öffentlichen Interesse, was sich in der Informationspflicht der Behörden (Art. 49 Abs. 1 KG) und dem in Artikel 48 Abs. 1 KG enthaltenen Recht, Entscheide zu veröffentlichen, widerspiegelt (vgl. oben, Rz 17 f.).

60. Eine etwaige Gefährdung der Reputation der betroffenen Unternehmen kann nicht der Veröffentlichung von Tatsachen entgegenstehen, welche der Ausübung der in Art. 48 und 49 KG enthaltenen Rechte und Pflichten der Wettbewerbsbehörden dienen. Zwar kann insbesondere mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen ein Reputationsschutz einhergehen; Reputationsgründe für sich alleine können jedoch weder einen genügenden Grund für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen,⁵⁴ noch mit Blick auf den Persönlichkeitsschutz ein Hindernis für die Publikation von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden darstellen.

61. Im öffentlichen Informationsinteresse sind grundsätzlich sämtliche relevante Fakten zu publizieren, wenn sie begründungsrelevant und angemessen sind und keine besonders geschützten Geheimnisse verraten. Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen indes keine unnötig abwertenden und geschäftsschädigenden Textstellen enthalten.⁵⁵

62. Es ist nicht ersichtlich und wird von der [A] auch nicht konkret dargetan, inwiefern welche Textstellen des Schlussberichts abwertende und geschäftsschädigende Ausführungen enthalten, die sie unverhältnismässig in ein negatives Licht rücken und ihren Ruf unnötig beeinträchtigen, zumal die Vorabklärung gegen die [A] eingestellt wurde.

63. Wie bereits erwähnt, besteht am Gegenstand der Vorabklärung kein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse; dieser unterliegt nicht der Verbreitungskontrolle der betroffenen Unternehmen. Den Geheimhaltungsinteressen der [A] betreffend die im Schlussberichts thematisierten Vereinbarungen über Rabatte bzw. Freespace wird angemessen Rechnung getragen, indem im Schlussbericht die entsprechenden Kunden-Vereinbarungen bzw. deren Vertragsinhalte nicht im Originaltext und nicht umfassend, sondern nur mittels Umschreibung von einzelnen Vertragsklauseln wiedergegeben werden (vgl. oben, Rz 46 f.). Die [A] kann sich zudem weder auf das Geschäftsgeheimnis noch auf ihre Persönlichkeitsrechte berufen, um die Abdeckung von Textstellen bzw. materiellen Überlegungen des Sekretariats (z. B. im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV- und Radiowerbezeit oder mit der kartellrechtlichen Würdigung der thematisierten Vertragsklauseln) zu verlangen, mit welchen sie allenfalls nicht einverstanden ist.

64. Betreffend die von der [A] angesprochenen «Mutmassungen und Hypothesen» im Schlussbericht bleibt anzufügen, dass in der Vorabklärung der Sachverhalt (nur) summarisch abgeklärt und rechtlich sowie ökonomisch

einer ersten Würdigung unterzogen wird (vgl. oben, Rz 54). Im Rahmen der Vorabklärung nimmt das Sekretariat mit anderen Worten (nur) eine vorläufige Analyse bzw. Beurteilung der Marktstellung und Verhaltensweisen der betroffenen Unternehmen im Hinblick auf die Frage vor, ob eine Untersuchung zu eröffnen ist. Schlussberichte von Vorabklärungen enthalten deshalb typischerweise (auch) materielle Überlegungen mit hypothetischem Charakter.

65. Hinsichtlich der von der [A] geltend gemachten Anonymisierung ist schliesslich festzuhalten, dass gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörden aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes grundsätzlich nur nicht am Verfahren beteiligte Dritte (wie z. B. der Anzeiger) oder Selbstanzeiger gemäss Art. 49a Abs. 2 KG in anonymisierter Form genannt werden.⁵⁶ Die Namen der Unternehmen, gegen die sich eine Vorabklärung oder eine Untersuchung richtet, werden hingegen praxismässig veröffentlicht. Vorliegend wäre eine Anonymisierung des Schlussberichts wohl auch kaum tauglich, um einer allfällig von der [A] befürchteten Rufschädigung entgegenzuwirken, da Rückschlüsse auf die [A] aufgrund der betroffenen Märkte kaum zu vermeiden wären und zudem bekannt ist, dass im Bereich der TV- und Radiowerbemarktung eine Vorabklärung gegen die [A] geführt wurde (vgl. oben, Rz 38 und Fn 40).

66. Zusammenfassend ist jedenfalls das öffentliche Interesse an der vollständigen Publikation des Schlussberichts höher zu gewichten als die von der [A] befürchtete Rufschädigung.

B.2.2.4 Gefahr von Zivilklagen oder Anzeigen

B.2.2.4.1 Vorbringen der [A]

67. Die [A] bringt vor, der Schlussbericht würde Konkurrenten sowie andere Unternehmen fälschlicherweise und ohne Not dazu veranlassen, gegen die [A] gerichtlich oder bei Behörden vorzugehen. Dies schaffe für die [A] erhebliche Rechtsnachteile.

B.2.2.4.2 Würdigung

68. Zunächst ist in genereller Weise festzuhalten, dass es nicht angehen kann, dass die Wettbewerbsbehörden in ihren Veröffentlichungen (allein) wegen der Furcht der betroffenen Unternehmen vor allfälligen Zivilklagen oder Anzeigen bei Behörden Informationen vor der Öffentlichkeit zurückhalten. Insbesondere kann es nicht angehen, dass die Wettbewerbsbehörden durch Zurückhaltung von Informationen etwaigen Geschädigten die Geltendmachung allfälliger Schadenersatzansprüche erschweren oder Dritte von der Anzeige möglicherweise problematischer Sachverhalte abbringen.

⁵⁴ Vgl. RPW 2010/4, 706 Rz 20, *Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation*.

⁵⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6.7.1, *Nikon AG/WEKO*.

⁵⁶ Vgl. auch BSK KG-BANGERTER (Fn 25), Art. 25 KG N 56.

69. Zivilrechtliche Klagen sind zudem mit einem grossen Kostenrisiko verbunden und müssen sorgfältig vorbereitet werden. Als Grundlage für einen Zivilprozess dürfte sich in der Regel nur eine (rechtskräftige) Verfügung der WEKO eignen.⁵⁷ Wie erwähnt, führt eine Vorabklärung indes nicht zu einem verbindlichen Entscheid über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung. Im Schlussbericht wird denn auch an keiner Stelle festgehalten, die [A] verfüge nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden über eine marktbeherrschende Stellung und/oder habe sich unzulässig im Sinne von Art. 7 KG verhalten (vgl. oben, Rz 55). Das Sekretariat ist vielmehr zum Schluss gekommen, die Vorabklärung gegen die [A] einzustellen. Demzufolge erscheint das Risiko von Zivilklagen aufgrund der Publikation des in Rede stehenden Schlussberichts – wenn überhaupt ein solches bestehen sollte – als sehr gering.

70. Zusammenfassend ist das öffentliche Interesse an der vollständigen Publikation des Schlussberichts jedenfalls höher zu gewichten als die von der [A] geltend gemachte Gefahr von zivilrechtlichen Klagen oder Anzeigen.

B.2.2.5 Verhältnismässigkeit

B.2.2.5.1 Vorbringen der [A]

71. Die [A] bringt vor, Inhalt und Umfang des Schlussberichts würden starke Zweifel aufkommen lassen, dass sich das Sekretariat auf diejenigen Ausführungen beschränkt habe, welche unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten vertretbar seien.

B.2.2.5.2 Würdigung

72. Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 36 BV). Auch wenn das Kartellgesetz den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht ausdrücklich erwähnt, ist er in der ganzen Rechtsordnung und damit auch im Kartellverfahren und auf die amtliche Publikation von Entscheidungen anwendbar.⁵⁸

73. Der Aufbau und Inhalt eines Schlussberichts entspricht weitgehend dem Inhalt und dem Aufbau einer Verfügung am Ende einer Untersuchung. Die Aufarbeitung und Darstellung des Sachverhaltes wie auch der Umfang und die Begründungstiefe der Erwägungen sind jedoch im Schlussbericht kürzer und summarischer: Sie hängen von verschiedenen Faktoren ab wie z. B. der Komplexität des Sachverhaltes bzw. der rechtlichen oder ökonomischen Fragen, von einer allfälligen Präjudizwirkung und auch von der Frage, ob das Verfahren ohne Eröffnung einer Untersuchung eingestellt wird oder nicht.⁵⁹ Die Ausführungen fallen namentlich dann umfangreicher aus, wenn der Schlussbericht, mit dem die Einstellung einer Vorabklärung angezeigt wird, in der RPW publiziert wird.⁶⁰ Dies hängt vorab mit dem Sinn und Zweck der Veröffentlichungen zusammen: So soll die Publikation von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden zur Transparenz und Nachvollziehbarkeit der behördlichen Tätigkeit beitragen und der Rechtssicherheit sowie auch der Generalprävention dienen (vgl. oben, Rz 19 f.).

74. Mit der Veröffentlichung eines Schlussberichts wird für Dritte bzw. die Öffentlichkeit transparent und nach-

vollziehbar gemacht, weshalb das Sekretariat die Vorabklärung eingestellt bzw. aus welchen Gründen im konkreten Fall auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet wurde. Durch die Publikation von Schlussberichten gibt das Sekretariat seine Haltung bekannt und trägt damit zur Rechtssicherheit für die rechtsunterworfenen Unternehmen bei. Auch wenn es sich dabei (nur) um eine vorläufige rechtliche und ökonomische Einordnung bzw. Würdigung des summarisch abgeklärten Sachverhalts und keine abschliessende Beurteilung durch die WEKO handelt (vgl. oben, Rz 54), kann sie von den Wettbewerbsbehörden für die Beurteilung von späteren vergleichbaren Fällen herangezogen werden.

75. Der in Rede stehende Schlussbericht entspricht vom Aufbau, Inhalt und Umfang den anderen Schlussberichten, die infolge Einstellung der Vorabklärung in der RPW publiziert wurden.⁶¹ Es ist nicht ersichtlich und wird von der [A] nicht substantiiert dargetan, inwiefern der Schlussbericht unverhältnismässige Ausführungen enthält. Es ist zudem anzumerken, dass die zu publizierende Version des Schlussberichts auch nicht in unverhältnismässiger Weise die von der [A] dem Sekretariat erteilten Auskünfte und eingereichten Unterlagen offenlegt.

76. Es kann somit festgehalten werden, dass sich die vollständige Publikation des Schlussberichts vom 12. November 2014 in der Version, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet, als verhältnismässig erweist.

B.3 Ergebnis

77. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die zu publizierende Version des Schlussberichts vom 12. November 2014, wie sie sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet, die Geschäftsgeheimnisse und Persönlichkeitsrechte der [A] wahrt. Darüber hinaus besteht kein berechtigtes Interesse der [A], welches eine weitergehende Abdeckung des zu publizierenden Textes rechtfertigt.

C Kosten

78. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁶² ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Die [A] hat mit Schreiben vom 20. Februar 2015 das Sekretariat ersucht, jegliche Absichten, den Schlussbericht – auch in abgeänderter Form – zu publizieren, ihr in einer Form mitzuteilen, die eine Klärung der strittigen Fragen durch die Rechtsmittelbehörde und/oder Aufsichtsbehörde ermögliche (vgl. Rz 4 f.). Die [A] hat somit den Erlass der vorliegenden Verfügung verursacht.

⁵⁷ Vgl. Zwischenverfügung des BVGer, RPW 2014/2, 470 f. E. 4.2, A./WEKO.

⁵⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6.8, *Nikon AG/WEKO*.

⁵⁹ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 6), Art. 26 KG N 126.

⁶⁰ Vgl. PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, Rz 12.29.

⁶¹ Vgl. <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW).

⁶² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

79. Die Geschäftsgeheimnisqualität oder Verletzung von Persönlichkeitsrechten wurde bezüglich aller seitens der [A] mit Schreiben vom 20. Februar 2015 geltend gemachten Textstellen verneint. Die [A] hat demnach die vollen Verfahrenskosten zu tragen.

80. 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).

81. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung belief sich auf insgesamt 27,25 Stunden. Dieser Zeitaufwand wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter zu folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 28 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 5'600.–,
- 5 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 1450.–.

82. Demnach beläuft sich die Gebühr auf insgesamt CHF 7'050.–.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO:

1. Der Schlussbericht des Sekretariats vom 12. November 2014 wird in der Version veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 7'050.– werden der [A] auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

[A]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.5

2. Verfügung vom 14. September 2021 betreffend Anonymisierung / Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts

Verfügung vom 14. September 2021 gemäss Art. 48 Abs. 1 KG und Art. 49 KG in Sachen Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 12. November 2014 in der Vorabklärung [...] TV-/Radiovermarktung betreffend Anonymisierung / Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts

In Erwägung,

1. dass das Sekretariat der WEKO zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 27. Mai 2015 verfügte, den Schlussbericht des Sekretariats vom 12. November 2014 in der der Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 beiliegenden Form zu veröffentlichen und der [...] Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 7'050.– aufzuerlegen,
2. dass die [...] am 30. Juni 2015 Beschwerde gegen diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht erhoben hat,
3. dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-4139/2015 vom 16. April 2021 (nachfolgend: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts) die Beschwerde teilweise gutgeheissen und die Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 insoweit aufgehoben hat, als sie eine Veröffentlichung des Schlussberichts des Sekretariats vom 12. November 2014 in der Version vorsieht, die sich im Anhang zu dieser Verfügung befand,
4. dass die vorinstanzliche Verlegung der Verfahrenskosten ebenfalls mit Entscheid vom 16. April 2021 vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben wurde,
5. dass weitergehend die Beschwerde abgewiesen wurde, soweit darauf einzutreten war und sie nicht gegenstandslos geworden ist,
6. dass der Vorinstanz untersagt wurde, den Schlussbericht vom 12. November 2014 in dieser eben genannten Version zu veröffentlichen,
7. dass die Sache zur Schwärzung und weiteren Anonymisierung des Schlussberichts vom 12. November 2014 im Sinne der Erwägungen sowie zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde,
8. dass die [...] gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts am 28. Mai 2021 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht hat,
9. dass das Bundesgericht mit Urteil 2C_451/2021 vom 9. Juni 2021 (nachfolgend: Urteil des Bundesgerichts) auf die Beschwerde nicht eingetreten ist,
10. dass in Umsetzung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts eine neue Publikationsverfügung zu erlassen ist (vgl. E. 3.3 des Urteils des Bundesgerichts),
11. dass die Zuständigkeit für den Erlass der Verfügung vom 27. Mai 2015 nicht Streitgegenstand war (vgl. E. 1.2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts) und auch die vorliegende Verfügung vom Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO zu erlassen ist,
12. dass das Bundesverwaltungsgericht mit Verweis auf sein Grundsatzurteil B- 5117/2016 vom 30. Januar 2019 in der E. 4 festgestellt hat, dass Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation des Schlussberichts darstellt,
13. dass das Bundesverwaltungsgericht zusätzlich gewisse Textstellen als Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG bezeichnet hat, die zu schwärzen oder zumindest mit Bandbreiten unkenntlich zu machen sind (vgl. E. 5.5.2 und 5.5.3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts),
14. dass das Sekretariat der WEKO gemäss E. 5.5.2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts in der Ziffer 8 des zu publizierenden Schlussberichts hinsichtlich der Passagen «[...] Franken» und «[...] Franken mittels TV-Vermarktung und [...] Franken durch Radiovermittlung» die Umsatzwerte unkenntlich gemacht hat (vgl. Anhang zu vorliegender Verfügung),
15. dass das Sekretariat der WEKO gemäss E. 5.5.3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts in der Ziffer 77 des Schlussberichts den geschätzten gemeinsamen Marktanteil von [...] und [...] und in der Ziffer 78 des Schlussberichts den geschätzten Marktanteil von [...] im Bereich der Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit praxisgemäss durch Bandbreiten unkenntlich gemacht hat (vgl. Anhang zu vorliegender Verfügung),
16. dass das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Vorgaben in E. 6.6 festgestellt hat, dass das öffentliche Interesse an der Publikation des Schlussberichts das private Interesse der [...] an der Aufrechterhaltung ihrer wirtschaftlichen Integrität bzw. ihres guten Rufs überwiegt,
17. dass laut Bundesverwaltungsgericht die Personendaten ausserhalb des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses soweit erforderlich in anonymisierter Form publiziert werden dürfen,
18. dass Betroffene einer Vorabklärung die anonymisierte bzw. pseudonymisierte Publikation des Schlussberichts aber unter Umständen auch dann hinnehmen müssen, wenn sich aus den Umständen

- ergibt, welche Personen oder Unternehmen sich hinter einem Pseudonym verbergen (vgl. E. 6.5.1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts),
19. dass gemäss E. 5.4 und 9.2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts im Schlussbericht die im Sinn von übereinstimmenden Anträgen nachträglich angebotenen Anonymisierungen, Pseudonymisierungen bzw. Unkenntlichmachungen sowie allfällige weitere angemessene Anonymisierungen und/oder Pseudonymisierungen vorzunehmen sind,
 20. dass das Sekretariat der WEKO den zu publizierenden Schlussbericht entsprechend E. 5.4 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts – und damit sehr weitgehend – anonymisiert bzw. pseudonymisiert hat (vgl. Anhang zu vorliegender Verfügung),
 21. dass das Sekretariat mithin Unternehmensgruppennamen pseudonymisiert bzw. anonymisiert, *Firmennamen* anonymisiert, an die Stelle von *Internetadressen* den Platzhalter «[www]» gesetzt sowie *Zahlenangaben*, *Ortsnamen*, *Firmennamen*, *Unternehmensgruppennamen*, *Fernsehsendernamen*, *Radiosendernamen* und/oder *andere Namen* – soweit nicht bereits anonymisiert oder pseudonymisiert – durch den Platzhalter «[...]» ersetzt hat,
 22. dass durch diese Anonymisierungen, Pseudonymisierungen bzw. Unkenntlichmachungen die direkte Zuordnung der Angaben im Schlussbericht zur [...] verhindert wird,
 23. dass jedoch mögliche Rückschlüsse bzw. eine indirekte Zuordnung zur [...] nicht ausgeschlossen werden können bzw. kann, ohne die Nachvollziehbarkeit des Schlussberichts zu gefährden, und von der [...] hinzunehmen sind (vgl. E. 6.5.1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts und E. 8.5.1 des Grundsatzurteils B- 5117/2016 vom 30. Januar 2019),
 24. dass keine weitergehenden Anonymisierungen und Pseudonymisierungen bzw. Unkenntlichmachungen angezeigt sind,
 25. dass im Übrigen sämtliche Angaben im geschäftsgeheimnisbereinigten und anonymisierten bzw. pseudonymisierten Schlussbericht, der sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet, für die Nachvollziehbarkeit des Entscheids erforderlich sind (vgl. E. 5.4 und 5.5 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts),
 26. dass das Sekretariat der WEKO damit die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts vollumfänglich umgesetzt hat,
 27. dass gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorangegangenen Verfahrens zu regeln sind,
 28. dass sich die Gebühr der ursprünglichen, vom Bundesverwaltungsgericht aufgehobenen Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 auf insgesamt CHF 7'050.– belief,
 29. dass das Bundesverwaltungsgericht das Unterliegen der [...] auf drei Viertel gewichtete und entsprechend die Verfahrenskosten des erstinstanzlichen Verfahrens um einen Viertel auf insgesamt CHF 5'287.50 zu reduzieren sind,
 30. dass für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zu entrichten ist (vgl. BGE 140 V 116, E. 3.4.1 mit Verweis auf BGE 132 II 47, E. 5.2),
- verfügt das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission:**
1. Der Schlussbericht des Sekretariats vom 12. November 2014 wird in der Publikationsversion, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet, und nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung veröffentlicht.
 2. Es werden reduzierte Verfahrenskosten von insgesamt CHF 5'287.50 auferlegt.
 3. Die Verfügung wird eröffnet an:
[...]

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Recours de la Commission de la concurrence du 10 janvier 2020 contre la décision de la Police neuchâteloise, Département de la justice, de la sécurité et de la culture du 22 novembre 2019 concernant le renouvellement d'une autorisation d'engager ou d'exercer d'un agent de sécurité et Décision du Département de la justice, de la sécurité et de la culture, de la République et Canton de Neuchâtel du 7 mai 2021 concernant la facture n°[...] du 22 novembre 2019 en matière de renouvellement d'une autorisation d'exercer

Recours de la Commission de la concurrence du 10 janvier 2020 contre la décision de la Police neuchâteloise, Département de la justice, de la sécurité et de la culture du 22 novembre 2019 concernant le renouvellement d'une autorisation d'engager ou d'exercer d'un agent de sécurité

La Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) interjette à l'encontre de la décision de la Police neuchâteloise, Département de la justice, de la sécurité et de la culture, du 22 novembre 2019 (facture no [...]) concernant le renouvellement d'une autorisation d'exercer ou d'engager un

recours

et prend la conclusion suivante:

La COMCO prie le Département de la justice, de la sécurité et de la culture de bien vouloir

constater qu'en soumettant le renouvellement d'une autorisation d'engager ou d'exercer d'un agent de sécurité à un émoluments de CHF 300.-, la décision du 22 novembre 2019 de la Police cantonale neuchâteloise restreint indûment l'accès au marché et viole ainsi l'art. 3 al. 4 LMI.

- sous suite de frais -

Motifs

A En fait

1. Le Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité (ci-après: le Concordat) a pour buts de fixer des règles communes régissant l'activité des entreprises de sécurité et de leurs agents, ainsi que d'assurer la validité intercantonale des autorisations accordées par les cantons. Les cantons de Fribourg, Neuchâtel, Vaud, Jura, Valais et Genève sont parties au Concordat.

Moyen de preuve: [...]

2. En exécution du Concordat précité, le canton de Neuchâtel a adopté le 14 décembre 1998 l'Arrêté d'exécution

du concordat sur les entreprises de sécurité (ci-après: l'Arrêté d'exécution neuchâtelois). A son art. 12 al. 1 let. b, l'Arrêté d'exécution neuchâtelois prévoit un émoluments de CHF 300.- pour le renouvellement de l'autorisation d'exercer une activité dans le domaine de la sécurité.

Moyen de preuve: [...]

3. La société [X SA] a son siège à [F] et a été fondée en 1994. Elle dispose par ailleurs d'une succursale à [G] ainsi qu'à [H]. [X SA] a notamment pour but de fournir différentes sortes de services de sécurité tels que le gardiennage, la sécurité et les services événementiels, la sécurité des personnes et des conférences, ainsi que des tâches de police municipale.

Moyen de preuve: [...]

4. En matière de services de sécurité, [X SA] possède une licence d'exploitation cantonale du canton [F] – soit le canton où la société a son siège –, mais également des licences d'exploitation cantonales délivrées notamment par les cantons de Saint-Gall et d'Argovie, cantons dans lesquels [X SA] est également active.

Moyens de preuve: [...]

5. [B] travaille pour [X SA] depuis 1997 et est titulaire notamment des autorisations d'exercer dans les cantons de Saint-Gall, d'Argovie et de Fribourg.

Moyens de preuve: [...]

6. Par courrier du 4 septembre 2019 et pour son employé [B], [X SA] a requis de la part de la Police cantonale neuchâteloise le renouvellement de son autorisation d'exercer. [X SA] a par ailleurs requis la gratuité de la décision de renouvellement, en application de l'art. 3 al. 4 LMI¹.

¹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02).

Moyen de preuve: [...]

7. Suite à la demande de renouvellement, la Police cantonale neuchâteloise a requis de la part de [B] toutes sortes de documents supplémentaires (extrait des poursuites, attestation de capacité civile, attestation de domicile). Ceux-ci ont été fournis à la Police cantonale neuchâteloise.

Moyen de preuve: [...]

8. Par courrier du 19 novembre 2019, la Police cantonale neuchâteloise a formellement donné son accord au renouvellement de l'autorisation d'exercer de [B], et lui a fait parvenir la carte de légitimation valable sur l'ensemble du territoire des cantons concordataires.

Moyen de preuve: [...]

9. Par décision du 22 novembre 2019 reçue le 26 novembre 2019 par [X SA], la Police cantonale neuchâteloise a facturé CHF 300.- pour le renouvellement de l'autorisation d'exercer de [B]. Il est relevé que la facture du 22 novembre 2019 mentionne en page 3 qu'elle vaut décision au sens de l'art. 3 LPJA², qu'elle peut faire l'objet d'un recours au Département dans les 30 jours dès sa notification et que le montant de la facture est déterminé par l'Arrêté d'exécution neuchâtelois.

Moyen de preuve: [...]

10. L'objet du présent recours porte sur la décision du 22 novembre 2019 de la Police cantonale neuchâteloise. Quant aux requêtes de documents supplémentaires de la Police cantonale neuchâteloise en vue du renouvellement de l'autorisation d'exercer (Annexe 10), elles sont vraisemblablement aussi illicites à la lumière des art. 2 et 3 LMI, mais le recours ne porte pas sur ce point.

B Recevabilité

B.1 Respect du délai de recours

11. La décision attaquée est datée du vendredi 22 novembre 2019 et a été envoyée par courrier A à [X SA], qui l'a reçu le mardi 26 novembre 2019. Le timbre postal mentionne la date du 25 novembre 2019 (Annexe 12).

12. Les autorités et tribunaux ont l'obligation de transmettre spontanément à la COMCO une version complète des décisions et des jugements rendus en application de la LMI (art. 10a al. 2 LMI). De cette manière, la COMCO peut faire usage de son droit de recours (art. 9 al. 2^{bis} LMI). En l'espèce, la Police cantonale neuchâteloise n'a pas d'office informé la COMCO de sa décision du 22 novembre 2019, contrairement à ce que préconise l'art. 10a al. 2 LMI. Partant, le délai de recours de la COMCO n'aurait en réalité pas encore commencé à courir. Toutefois et en l'espèce, la COMCO a eu connaissance de la décision datée du 22 novembre 2019 et a décidé de recourir dans le délai de recours de [X SA], qui commence à courir le mercredi 27 novembre 2019 (N 11 et Annexe 12).

13. Vu le délai de recours de 30 jours (art. 34 al. 1 LJPA) et la suspension du délai pendant les fêtes judiciaires (art. 145 al. 1 let. c CPC³ par renvoi de l'art. 20 al. 1 LPJA),⁴ le recours déposé ce jour auprès d'un bureau postal suisse respecte le délai de recours.

B.2 Applicabilité de la LMI

14. [X SA] a son siège dans le canton [F] et a pour but de fournir différentes sortes de services de sécurité tels que le gardiennage, la sécurité et les services événementiels, la sécurité des personnes et des conférences, ainsi que des tâches de police municipale. Elle exerce ainsi une activité lucrative au sens de l'art. 1 al. 1 LMI.⁵

15. [X SA] dispose d'autorisations licites d'exercer son activité dans le canton où elle a son siège ainsi que dans d'autres cantons, et elle souhaite également exercer son activité commerciale – respectivement continuer à l'exercer – dans le canton de Neuchâtel. [X SA] offre ainsi ses services sur une partie du territoire suisse au sens de l'art. 2 al. 1 LMI. L'aspect intercantonal de l'activité lucrative de [X SA] est donc donné au sens de la disposition précitée.

16. Par ailleurs, il y a encore lieu de mentionner l'expertise de la COMCO concernant le concordat « CPSP/KÜPS » pour les agents des entreprises de sécurité privées du 5 décembre 2016 (Annexe 13: Expertise CPSP/KÜPS) qui porte précisément sur l'admission des prestataires de services de sécurité extracantonaux au territoire des cantons CPSP/KÜPS, notamment les cantons alémaniques et le Tessin.

17. Vu ce qui précède, la LMI est applicable à la constellation de faits exposée ci-dessus.

B.3 Qualité pour recourir de la COMCO

18. Selon l'art. 8 al. 1 LMI, la COMCO veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la LMI. Pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché, la COMCO peut déposer un recours (art. 9 al. 2^{bis} LMI). Le présent recours de la COMCO est précisément dirigé contre la décision de la Police cantonale neuchâteloise du 22 novembre 2019.

C Motifs du recours

19. La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes – en l'occurrence à des offreurs extracantonaux. Les décisions relatives à d'éventuelles restrictions d'accès au marché doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI). Le fait pour un canton de subordonner l'accès à son marché à des offreurs externes au paiement d'une certaine somme d'argent constitue typiquement une restriction d'accès au marché.

² Loi neuchâteloise du 27 juin 1979 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA; RS 152.130).

³ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272).

⁴ Arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois du 7 janvier 2014, CDP.2013.124, publié au RJN 2014 554.

⁵ Arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie du 19 novembre 2013, WBE.2013.101 / WBE.2013.112, publié au DPC 2013/4 848.

20. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'obligation de procéder simplement, rapidement et gratuitement s'applique à la procédure d'examen en général et pas uniquement lorsque des restrictions à l'accès au marché sont envisagées ou prononcées.⁶ Le droit à une procédure simple, rapide et gratuite vaut plus largement que la lettre de l'art. 3 al. 4 LMI, c'est-à-dire pour toute procédure d'accès au marché. Il n'est admissible de s'écarter du principe de la gratuité de cette disposition que dans certains cas exceptionnels. C'est par exemple le cas lorsque le requérant abuse de son droit ou engendre des coûts inutiles du fait de son manque de collaboration,⁷ ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

21. L'art. 3 al. 4 LMI a été adopté à la suite de l'ATF 123 I 313, dans lequel le Tribunal fédéral a constaté que la fixation de frais pour l'examen des conditions personnelles d'exercice de la profession en application de la LMI restreignait indûment l'accès au marché. Le Tribunal fédéral a précisé que le but de la LMI ne serait pas réalisé si un offreur souhaitant fournir ses prestations dans un autre canton devait s'attendre, lors de l'examen de telles restrictions, à devoir supporter les frais de procédure. Le principe de la gratuité de la procédure s'impose ainsi aux cantons comme une exigence minimale.⁸

22. La doctrine précise également que « [l]a procédure doit être gratuite. Aucuns frais ou émoluments de procédure ne doivent être perçus par l'autorité qui statue, ce quel que soit le résultat de la procédure. Ainsi, des frais de recours même modérés ne sont pas acceptables ».⁹ La procédure doit au demeurant être simple, à savoir que la procédure cantonale doit éviter tout formalisme ou complication inutile. En particulier, la preuve que l'offreur externe a acquis des compétences suffisantes d'une autre manière ne doit pas être soumise à des conditions particulières.¹⁰ Une procédure formelle d'accès au marché doit comme restriction d'accès au marché remplir les exigences de l'article 3 LMI et aussi les principes de simplicité, de rapidité et de gratuité de l'art. 3 al. 4 LMI.¹¹

23. En l'espèce toutefois, le Concordat et l'Arrêté d'exécution neuchâtelois – qui relèvent du droit cantonal – ne s'appliquent pas à un offreur externe, vu que la LMI s'applique. Il s'ensuit que vu l'aspect extracantonal de la requête de renouvellement et vu la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.¹²),¹³ la décision de facturer un émoulement de CHF 300.- du 22 novembre 2019 pour que [B] soit en mesure d'accéder au marché neuchâtelois est illicite et viole l'art. 3 al. 4 LMI. La COMCO prie ainsi le Département de la justice, de la sécurité et de la culture de bien vouloir constater qu'en soumettant en l'espèce le renouvellement d'une autorisation d'exercer d'un agent de sécurité à un émoulement, la décision du 22 novembre 2019 a indûment restreint l'accès au marché.

Au vu des motifs qui précèdent, nous vous prions respectueusement de bien vouloir admettre la conclusion prise.

Décision du Département de la justice, de la sécurité et de la culture, de la République et Canton de Neuchâtel du 7 mai 2021 dans la cause [X SA] et Commission de la concurrence contre Police neuchâteloise concernant la facture n°[...] du 22 novembre 2019 en matière de renouvellement d'une autorisation d'exercer

Vu la décision du 22 novembre 2019 de la Police neuchâteloise (ci-après: l'intimée) facturant à [X SA] (ci-après: la première recourante), un montant de 300 francs pour le renouvellement de l'autorisation concordataire en faveur de [B] afin que ce dernier puisse exercer en tant qu'agent de sécurité;

vu le mémoire du 24 décembre 2019 par lequel la première recourante a recouru contre cette décision, faisant en substance valoir qu'en application des articles 3 et 4 de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), la procédure est gratuite et demandant par conséquent l'annulation de la décision contestée;

vu le recours de la Commission de la concurrence (COMCO; ci-après: la seconde recourante) du 10 janvier 2020, fondé sur l'article 9, alinéa 2^{bis} LMI et demandant de bien vouloir constater que la décision du 22 novembre 2019 restreint indûment l'accès au marché et viole ainsi l'article 3, alinéa 4 LMI;

vu les observations des parties des 27 février, 2 avril, 24 juin, 13 et 28 août 2020;

vu la décision de reconsidération du 2 mars 2021 de l'intimée, annulant la facture du 22 novembre 2019;

vu les observations de la seconde recourante du 10 mars 2021, concluant à la nullité de la décision de reconsidération;

vu les observations de l'intimée du 26 mars 2021 demandant le classement du dossier de la cause;

vu le courrier de la seconde recourante du 9 avril 2021 se référant à son courrier du 10 mars 2021;

vu le courriel de la première recourante du 13 avril 2021 qui renonce à prendre position;

vu le dossier de la cause.

⁶ ATF 123 I 313, consid. 5; ATF 125 II 56, consid. 5b; ATF 136 II 470, consid. 5.3 (« Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché »); arrêt du TF 2C_1004/2016 du 27 avril 2018, consid. 5; au sujet de la « discrimination à rebours », cf. arrêt du TF 2C_204/2010 du 24 novembre 2011, consid. 8.3 en lien avec le consid. 7.1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2e éd., Cottier/Oesch (éd.), Bâle 2007, pp. 399 ss, n^{os} 76 s.

⁷ ATF 123 I 313, consid. 5.

⁸ ATF 136 II 470 consid. 5.3.

⁹ MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd., Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 3 LMI N 60.

¹⁰ MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., art. 3 LMI N 61.

¹¹ NICOLAS F. DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, p. 433, N 1323.

¹² Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst.; RS 101).

¹³ ATF 142 II 369 consid. 5 et ATF 138 IV 13 consid. 3.3.

Considérant:

Que le chef du Département de la justice, de la sécurité et de la culture est également président de la Commission concordataire du concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité (CES), et s'est en conséquence spontanément récusé au profit de son suppléant, M. Jean-Nathanaël Karakash;

que l'article 39, alinéa 2 LPJA prévoit que l'autorité dont la décision est attaquée peut, jusqu'au dépôt de sa réponse reconsidérer ou réviser sa décision;

que la pratique admet occasionnellement un tel réexamen après le dépôt de la réponse au recours pour des motifs d'économie de procédure (SCHAER, Juridiction administrative neuchâteloise, ad. art. 39, al. 2, p. 166);

que cela doit être le cas, en particulier lorsque l'autorité intimée annule la décision dont est recours, de manière totalement favorable à la partie recourant;

qu'en l'occurrence, l'annulation de la facture du 22 novembre 2019 est favorable à la première recourante, le principe d'économie de procédure commande donc d'admettre la décision de reconsidération qui porte par ailleurs sur une facture de 300 francs;

que la qualité pour recourir est reconnue à toute personne directement touchée par la décision et ayant un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée (art. 32, let. a LPJA);

que selon la jurisprudence de la Cour de droit public: « *L'intérêt digne de protection doit être actuel, c'est-à-dire qu'il doit exister non seulement au moment du dépôt du recours mais encore au moment où l'arrêt est rendu. Si l'intérêt actuel disparaît en cours de procédure, le recours devient sans objet, alors qu'il est irrecevable si l'intérêt actuel faisait déjà défaut au moment du dépôt du recours. De cette manière, les tribunaux sont assurés de trancher uniquement des questions concrètes et non de prendre des décisions à caractère théorique, ce qui répond à un souci d'économie de procédure. Il est dérogé exceptionnellement à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque la contestation à la base de la décision attaquée peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle ne perde son actualité et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (ATF 139 I 206, cons. 1.1; arrêt du TF du 23.02.2015 [1C_495/2014], cons. 1.2 et les références citées; arrêt de la CDP du 12.02.2016 [CDP.2012.106] cons. 1) » (arrêt du 30.04.2020, CDP 2019.287);*

qu'au vu de ce qui précède, il convient d'admettre qu'avec l'annulation de la facture du 22 novembre 2019, la première recourante n'a plus d'intérêt digne de protection, ayant déjà obtenu *de facto* ce qu'elle demandait, de telle sorte que la procédure de recours doit être classée à son égard;

qu'il en est différemment de la qualité pour recourir de la seconde recourante, à laquelle l'article 9, alinéa 2bis LMI reconnaît un intérêt digne de protection à la constatation qu'une décision restreint indûment l'accès au marché (ATF 125 II 86);

qu'il incombe dès lors à l'autorité de céans d'examiner, indépendamment de la reconsidération intervenue, si la décision dont est recours restreint indûment l'accès au marché;

que la LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché, afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1, al. 1);

que selon l'article 2, alinéa 1, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services, et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement;

qu'ainsi, l'offreur externe autorisé à exercer son activité dans son canton peut prétendre à la liberté d'accès au marché suisse mais il doit établir son droit en présentant la preuve que l'activité qu'il entend mener au lieu de destination est licite au sens de l'article 2, alinéa 1 LMI;

que les autorités du lieu de destination doivent procéder à l'examen du respect des conditions légales applicables en vertu du lieu de provenance (TC VD, arrêt du 27.4.2016, DPC, 2016/2, p. 64) et, si la présomption d'équivalence (art. 2, al. 4) n'est pas réfutée, l'accès au marché doit être admis automatiquement et sans charge (ATF 135 II 12, consid. 2.4);

que si les prescriptions d'accès au marché ne sont pas équivalentes, les autorités du lieu de destination peuvent imposer des restrictions supplémentaires, pour autant que les conditions de l'article 3 LMI soient remplies (CJ GE, arrêt du 30.06.2017, ATA/1039/2017, consid 6d);

qu'en l'occurrence, la personne pour laquelle le renouvellement de l'autorisation était demandé était au bénéfice d'une autorisation d'exercer dans d'autres cantons ainsi que d'un port d'arme;

qu'ainsi, l'accès au marché devait être admis automatiquement et sans charge aucune, de telle sorte qu'il doit être constaté que la décision du 22 novembre 2019, annulée le 2 mars 2021, restreignait illicitement l'accès au marché;

qu'il convient ainsi d'admettre le recours du 10 janvier 2020;

qu'au vu de l'issue du recours, il est statué sans frais, les collectivités publiques n'en payant pas et qu'il n'y a pas lieu à l'octroi de dépens.

Par ces motifs, le conseiller d'Etat, suppléant du chef du Département de la justice, de la sécurité et de la culture,

décide:

1. Le recours du 24 décembre 2019, déposé par [X SA], est classé.
2. Le recours du 10 janvier 2020, déposé par la Commission de la concurrence, est admis.
3. Il est constaté que la décision du 22 novembre 2019, annulée le 2 mars 2021, restreignait indûment l'accès au marché, en violation de la LMI.
4. Il n'est pas perçu de frais, ni octroyé de dépens.

Neuchâtel, le 7 mai 2021

B 2.8	2. Empfehlung vom 22. März 2021 betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen zuhanden der Energiedirektionen der Kantone sowie ausgewählter Gemeinden
-------	---

Empfehlung vom 22. März 2021 in Sachen Binnenmarktrechtliche Empfehlung gemäss Art. 8 Abs. 3 BGBM betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen (621-00004) zuhanden der Energiedirektionen der Kantone sowie ausgewählter Gemeinden

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	942
2	Zuständigkeit der WEKO im Bereich des Binnenmarktrechts	944
3	Vergaberechtliche Anforderungen für den Strombezug durch kantonale und kommunale öffentliche Auftraggeber	944
3.1	Staatsvertragliche Vorgaben	944
3.1.1	Beschaffung von Strom durch öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch	944
3.1.2	Beschaffung von Strom durch Verteilnetzbetreiber zur Endkundenversorgung	945
3.2	Vorgaben im nationalen Recht	946
3.2.1	Berücksichtigung der internationalen Vorgaben bei der Rechtsanwendung	946
3.2.2	Objektiver Geltungsbereich	947
3.2.3	Subjektiver Geltungsbereich	948
3.3	Fazit	948
4	Verhältnis zwischen dem Stromversorgungsrecht sowie den Vorgaben im BGBM und im Beschaffungsrecht	949
4.1	Hintergrund für die Fragestellung	949
4.2	Auslegung	949
4.3	Fazit	950
5	Bestimmung des Auftragswerts zur Bestimmung des Vergabeverfahrens sowie Publikationspflicht	951
5.1	Grundsätzliches zur Festlegung des Auftragswerts und zur Höhe der Schwellenwerte	951
5.2	Relevanz der Vorgaben im Stromversorgungsrecht für die Berechnung des Auftragswerts beim Strombezug von Auftraggebern zum Eigenverbrauch	952
5.3	Kauf an einer Warenbörse als Ausnahme von der Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung	952
5.4	Publikationspflicht	953
6	Ausnahmetatbestände vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts	953

6.1	Inhouse-Vergabe	953
6.2	Quasi-Inhouse-Vergabe	953
6.3	Instate-Vergabe	954
7	Empfehlungen	954
1	Ausgangslage	

1. Die vorliegende binnenmarktrechtliche Empfehlung behandelt zwei Konstellationen im **Bereich der Stromversorgung**, nämlich einerseits die Strombeschaffung von Organisationsformen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, zum Eigenverbrauch sowie andererseits die Strombeschaffung von Verteilnetzbetreibern zur Versorgung von Endkundinnen und Endkunden. Hingegen werden die Bereiche der Stromproduktion und des Netzbetriebs nicht thematisiert.

2. Die **Strombeschaffung zur Versorgung von Organisationsformen, die öffentliche Aufgaben erfüllen** (nachfolgend: öffentliche Einrichtungen), wurde von den Entscheidungsträgern in den Kantonen und Gemeinden *bislang sehr unterschiedlich* gehandhabt.¹ Zur Diskussion steht in diesem Zusammenhang *insbesondere* die Stromversorgung von Verwaltungsgebäuden; die nachfolgenden Ausführungen gelten zudem aber etwa auch für Strombezüge für die Versorgung von öffentlichen Verkehrsmitteln. Aus der Datenbank auf simap.ch ist ersichtlich, dass kaum öffentliche Ausschreibungen für Strombezüge der öffentlichen Hand publiziert werden. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass in zahlreichen Kantonen und Gemeinden in solchen Konstellationen die Strombeschaffung nicht öffentlich ausgeschrieben wird, obwohl die Auftragswerte die Schwellenwerte übersteigen. Offenbar gingen in der Vergangenheit diverse Kantone und Gemeinden gestützt auf das bis Ende 2020 geltende Recht davon aus, dass sie ihre öffentlichen Einrichtungen trotz der Vorgaben des Beschaffungsrechts und des Binnenmarktgesetzes²

¹ So auch NICOLAS DIEBOLD/MARTIN LUDIN, Öffentliche Beschaffungen von Strom im teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt, Schriften zum Energierecht, Band 8, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. DIEBOLD/LUDIN), Rz 54.

² Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

ohne öffentliche Ausschreibung vom örtlich zuständigen *Netzbetreiber* zu den Konditionen der Grundversorgung beliefern lassen konnten.³

3. Seit dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes⁴ im Jahr 2008 besteht im Bereich der **Endkundenversorgung** eine gesetzliche «Teilliberalisierung». Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh (ca. 20-25 Haushalte)⁵ haben ein **Recht auf Netzzugang** und können wählen, ob sie sich auf dem **freien Markt** von einem Stromlieferanten ihrer Wahl oder vom für sie zuständigen Verteilnetzbetreiber zu den Konditionen der **Grundversorgung** beliefern lassen möchten. Demgegenüber werden die festen Endkundinnen und Endkunden mit einem tieferen jährlichen Verbrauch als 100 MWh durch den örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber als Monopolanbieter versorgt.⁶

4. Gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG sind die von den Kantonen eingesetzten Verteilnetzbetreiber in ihrer Rolle als Grundversorger verpflichtet, den in ihrem Netzgebiet angeschlossenen festen Endkundinnen und Endkunden und den Endkundinnen und Endkunden, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen zu liefern.⁷ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die **Grundversorgung** mit Elektrizität als Teil des «Service public» eine **öffentliche Aufgabe** darstellt.⁸ Die Grundversorgungstarife werden *einseitig* durch die Verteilnetzbetreiber festgelegt und durch die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) überwacht.⁹ Zudem schliessen manche Verteilnetzbetreiber auch mit Endkundinnen und Endkunden sowie Lieferanten und Endversorgern im **freien Markt** Elektrizitätslieferverträge ab. Insofern stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen **Strombezüge von Verteilnetzbetreibern zur Belieferung von Endkundinnen und Endkunden** im Rahmen der heutigen gesetzlichen «Teilmarktöffnung» öffentlich auszuschreiben sind.

5. Aufgrund der im Jahr 2012 abgeschlossenen Revision des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: GPA 2012), welche in der Schweiz am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist¹⁰, wurden Anpassungen im nationalen und kantonalen Recht erforderlich. In diesem Rahmen haben der Bund und die Kantone in einem gemeinsamen **Revisionsprojekt** auch ihre Rechtsgrundlagen im Beschaffungsrecht soweit möglich parallel und inhaltlich aufeinander abgestimmt. Per 1. Januar 2021 wurden das Bundesgesetz¹¹ und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen¹² revidiert. Zudem wurde Ende November 2019 die mit dem Bundesbeschaffungsrecht abgestimmte revidierte *Interkantonale Vereinbarung* über das öffentliche Beschaffungswesen verabschiedet (nachfolgend: IVöB 2019).¹³ In diesem Kontext wurde auch das BGBM per 1. Januar 2021 angepasst. Die Regelungen in den revidierten Fassungen des BöB, der IVöB 2019 und des BGBM stimmen nun weitgehend überein.

6. Nachfolgend wird unter Berücksichtigung der neuen rechtlichen Vorgaben untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen Strombezüge der Kantone, der Gemeinden und anderer Träger öffentlicher Aufgaben zum **Eigenverbrauch** sowie Strombezüge von Verteilnetzbetreibern zur **Belieferung von Endkundinnen und End-**

kunden im Rahmen der heutigen gesetzlichen «Teilmarktöffnung» öffentlich auszuschreiben sind.

³ Bspw. geht aus einer Medienmitteilung vom Dezember 2018 hervor, dass die Liegenschaften des **Kantons Thurgau** ohne öffentliche Ausschreibung mit Strom versorgt werden; <https://www.tg.ch/news/news-detailseite.html/485/news/35766> (1.3.2021).

Im **Kanton Basel-Stadt** werden die netzzugangsberechtigten Verwaltungsgebäude seit jeher in der Grundversorgung vom rechtlich selbstständigen Stadtwerk Industrielle Werke Basel (IWB) beliefert, welches sich im vollständigen Eigentum des Kantons befindet; <http://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100389/000000389349.pdf?t=155381515420190329001914>; <https://primenews.ch/articles/2019/03/basler-regierung-hat-keine-lust-auf-tiefere-strompreise> (1.3.2021).

Die Regierung des **Kantons Schwyz** hat sich im April 2014 auf eine entsprechende Anfrage im Kantonsparlament dahingehend geäußert, dass der Stromeinkauf für netzzugangsberechtigte Liegenschaften auf dem Markt stetig *geprüft* werde. Die Kantonsliegenschaften würden jedoch nach wie vor von den örtlichen Energieversorgern beliefert, die sich mehrheitlich im Besitz von Gemeinden und Bezirken befinden; https://www.sz.ch/public/upload/assets/2633/KA_5_15_Strommarktpreise1429866587009.pdf (1.3.2021).

Im **Kanton Freiburg** wurde bis Ende 2020 darauf verzichtet, den Strombezug für Kantonsliegenschaften öffentlich auszuschreiben; http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/de/ax-5fabb66f488ff/de_RCE_Q_2020-CE-164_Commande_lectricit_V01_def.pdf (1.3.2021).

Demgegenüber wird der Einkauf von Strom im **Kanton Zürich** zur Versorgung von Verwaltungsgebäuden öffentlich ausgeschrieben; <https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2018/663/RRB-2018-0663.pdf> (1.3.2021).

Auch die **Stadt Luzern** scheint die Strombeschaffung öffentlich auszuschreiben, falls bei einer netzzugangsberechtigten kommunalen Liegenschaft der Schwellenwert von 250 000 Franken überschritten wird; https://www.stadt Luzern.ch/_docn/2234231/Strombeschaffung_im_liberalisierten_Markt.pdf (1.3.2021).

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

⁵ Gemäss den Angaben der Eidgenössischen Elektrizitätskommission verbraucht ein typischer Haushaltskunde (Kategorie H4: 5-Zimmer Wohnung mit Elektroherd und Tumbler, aber ohne Elektroböiler) jährlich rund 4500 kWh; vgl. Tätigkeitsbericht der EiCom 2019, 12; www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte (1.3.2021).

⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 1 und 6 sowie Art. 13 StromVG.

⁷ Vgl. Art. 5 und 6 Abs. 1 StromVG.

⁸ Urteil 4A_305/2017 des BGer vom 18.1.2018, E. 5.2.

⁹ Vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG.

¹⁰ Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994 gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30.3.2012 (SR 0.632.231.422). Sämtliche Vertragsstaaten sind verpflichtet, die Änderung des GPA im nationalen Recht umzusetzen.

¹¹ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21.6.2019 (BöB; SR 172.056.1).

¹² Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12.1.2020 (VöB; SR 172.056.11).

¹³ Die IVöB 2019 tritt in Kraft, sobald ihr mindestens zwei Kantone beigetreten sind. In diversen Kantonen wurden bereits vor Ende 2020 Beitrittsverfahren eingeleitet. Es ist daher damit zu rechnen, dass die IVöB 2019 im Laufe des Jahres 2021 in Kraft treten wird und ihr im Laufe der Zeit sämtliche Kantone beitreten werden. Der aktuelle Stand der kantonalen Beitrittsverfahren zur IVöB 2019 ist auf der Webseite der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPÜK) auf einer Übersichtskarte ersichtlich; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> (1.3.2021).

2 Zuständigkeit der WEKO im Bereich des Binnenmarktrechts

7. Die WEKO überwacht gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BGBM¹⁴ unter anderem die Einhaltung des Binnenmarktrechts durch Kantone, Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben wie etwa Private, die mit öffentlichen Aufgaben betraut sind. Sie kann zu diesem Zweck unter anderem Empfehlungen abgeben (vgl. Art. 8 Abs. 2 und 3 BGBM). Gegenstand einer Empfehlung können generell-abstrakte Normen aller Staatsebenen sein; dazu gehört auch die interkantonale Gesetzgebung.¹⁵ Als Prüfungsmassstab kann die WEKO dabei nicht nur das BGBM, sondern auch das einschlägige Völkerrecht heranziehen.¹⁶ Empfehlungen können sich zudem auch – wie vorliegend – zu Umsetzungsfragen von Erlassen äussern.¹⁷ Schliesslich werden Empfehlungen als Grundlage für das Erheben von Beschwerden durch Betroffene oder durch die WEKO verwendet (unten, Rz 9).

8. Art. 5 BGBM enthält **Mindeststandards für öffentliche Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben**, die neben der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen¹⁸ und dem kantonalen Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangen. Diese Mindeststandards des BGBM umfassen etwa den Anspruch auf **diskriminierungsfreien** Zugang zu kantonalen Beschaffungsmärkten sowie eine **Publikationspflicht** für **umfangreiche** Beschaffungen in solchen Fällen.¹⁹ Gegenstand der vorliegenden Empfehlung der WEKO bildet die Beschaffung von Strom durch öffentliche Auftraggeber im Sinne von Art. 5 BGBM. Hingegen richten sich Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern auf *Bundesebene* nach dem *BöB* und nicht nach dem BGBM, weshalb die WEKO in diesem Bereich über keine Zuständigkeit verfügt (so etwa Beschaffungen der Übertragungsnetzbetreiberin Swissgrid AG zur Erfüllung ihrer Aufgaben gemäss der Stromversorgungsgesetzgebung). Die nachfolgenden Ausführungen hinsichtlich der Vorgaben und des Vorrangs des *internationalen* Beschaffungsrechts (unten, Rz 10-22) sind aber auch für öffentliche Auftraggeber auf Bundesebene von Bedeutung.

9. Gestützt auf Art. 9 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen, gegen die ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde besteht. Gestützt auf das BGBM kommt dabei sowohl den von einer potenziellen Marktzugangsbeschränkung betroffenen Personen als auch der WEKO ein Beschwerderecht zu.²⁰ Die WEKO hat somit das Recht, gegen **binnenmarktwidrige** Beschaffungen Beschwerde zu erheben.²¹ Das Diskriminierungsverbot in Art. 5 Abs. 1 BGBM verpflichtet die unterstellten öffentlichen Auftraggeber, Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht zu benachteiligen.²² Als typischer Verstoß gegen Art. 5 BGBM gilt die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung, beispielsweise weil in unzulässiger Weise ein beschaffungsrechtlicher Ausnahmetatbestand angerufen wird. Auch Verstösse gegen fundamentale Grundsätze des Beschaffungsrechts – wie etwa gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot – stellen gleich-

zeitig einen Verstoß gegen Art. 5 BGBM dar, etwa wenn das falsche Vergabeverfahren gewählt und auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet wird.²³

3 Vergaberechtliche Anforderungen für den Strombezug durch kantonale und kommunale öffentliche Auftraggeber

3.1 Staatsvertragliche Vorgaben

3.1.1 Beschaffung von Strom durch öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch

10. Die Schweiz hat sich für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Geltungsbereich des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (nachfolgend: GPA 1994)²⁴ verpflichtet, öffentliche Ausschreibungen durchzuführen sowie Anbieterinnen mit Sitz in einem GPA-Vertragsstaat zur Offertstellung zuzulassen und nicht zu diskriminieren.²⁵ Regulierungszweck des GPA ist unter anderem die *Öffnung* der Märkte und die Gewährung des *diskriminierungsfreien* Marktzutritts.²⁶

11. Der **subjektive Geltungsbereich** des bis Ende Dezember 2020 in der Schweiz geltenden GPA 1994 umfasst die zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung (Anhang I, Annex 1) sowie auf **kantonalen Ebene** die *Verwaltungseinheiten* und die *kantonalen Einrichtungen des öffentlichen Rechts* (Anhang I, Annex 2) als öffentliche Auftraggeber. Im Verhältnis mit der EU gilt das Bilaterale Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: BAöV)²⁷. Dieses dehnt den Geltungsbereich des GPA

¹⁴ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

¹⁵ Vgl. RPW 2000/2, 270 Rz 1 ff., *Empfehlungen nach Artikel 8 Absatz 2 BGBM vom 17.4.2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1.2.2000 (Anpassung an die bilateralen Abkommen CH – EG) zuhanden der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umwelt-schutzdirektoren-Konferenz (BPUK)*.

¹⁶ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BGBM 5; VINCENT MARTENET, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. Basel 2011, Art. 8 LMI N 10 f.

¹⁷ Vgl. RPW 2012/2, 438 Rz 1 ff., *Empfehlung vom 27.2.2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur; RPW 2016/3, 795 Rz 1 ff., Empfehlung vom 26.9.2016 betreffend Verwaltungspraxis des Kantons Bern bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Regierungsrat des Kantons Bern*.

¹⁸ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25.11.1994/15.3.2001 (IVöB).

¹⁹ Vgl. Art. 5 BGBM; vgl. zur Publikationspflicht im Geltungsbereich des Vergaberechts auch unten, Rz 53 f.

²⁰ Vgl. Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2^{bis} BGBM.

²¹ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (zit. Botschaft zum rev. BöB), BBl 2017 1851 ff., 1978 f.

²² Vgl. 5 Abs. 1 BGBM.

²³ BGE 141 II 113 E. 3.1.5.

²⁴ AS 1996 609; BBl 1994 IV 1.

²⁵ Vgl. Art. VII GPA 1994.

²⁶ Vgl. Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019, Musterbotschaft Version 1.0 vom 16.1.2020 (zit. Musterbotschaft zur IVöB 2019, 7 f.; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> (1.3.2021)).

²⁷ Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68; nachfolgend: BAöB), in Kraft getreten am 1.6.2002.

1994 im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten auf Beschaffungen durch die Verwaltungseinheiten auf **Stufe Bezirke und Gemeinden sowie Sektorenauftraggeber** in den Bereichen Telekommunikation, Schienenverkehr und Energieversorgung aus (wobei die Stromversorgung bereits dem GPA untersteht; unten, Rz 15). Überdies werden vom BAöV auch **private Sektorunternehmen** erfasst.²⁸

12. Die Schweiz hat zu Annex 1 und 2 zum Anhang I des GPA 1994 jeweils folgende Anmerkungen gemacht: « *Le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par les entités énumérées dans cette annexe et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau portable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications.* » In der Lehre und Praxis ist umstritten, ob die Anmerkungen so zu verstehen sind, dass Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern in den genannten Sektoren **per se** nicht in den Geltungsbereich des Abkommens fallen sollen²⁹, oder ob in den betreffenden **Sektorbereichen** die öffentlichen Auftraggeber ihre Beschaffungen **nach den Regeln von Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994** (unten, Rz 15 ff.) zu tätigen haben. Im letzteren Fall wäre für eine Freistellung der Schweiz für den Einkauf von Strom vorausgesetzt, dass es sich beim öffentlichen Auftraggeber um einen **Sektorenauftraggeber**³⁰ handelt, der selber im Bereich der Energieversorgung tätig ist.³¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat im Jahr 2014 in einem obiter dictum festgehalten, dass die Anmerkung zu Annex 1 *nicht automatisch* dazu führe, dass der Einkauf von Strom vom Geltungsbereich des GPA 1994 ausgenommen sei.³² Unter Berücksichtigung dieses Urteils unterstanden die kantonalen und kommunalen öffentlichen Auftraggeber somit in Bezug auf den Einkauf von Strom zum Eigenverbrauch dem bis Ende 2020 geltenden GPA 1994. Allerdings gingen diverse Behörden aufgrund ihrer langjährigen Praxis offenbar davon aus, dass aufgrund der Formulierungen in Annex 1 und 2 zum Anhang I des GPA 1994 *sämtliche* Strombeschaffungen von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen waren.³³

13. Das revidierte **GPA 2012** ist in der Schweiz im Zuge mit der Totalrevision des BöB auf den 1. Januar 2021 in Kraft getreten (oben, Rz 5). Dieses gilt für öffentliche Auftraggeber des Bundes (Anhang I, Annex 1) und der **Kantone** (Anhang I, Ziff. 1 zu Annex 2). Öffentliche Auftraggeber auf **Bezirks- und Gemeindeebene** sind unter dem GPA 2012 verpflichtet, zumindest EU/EFTA-weit auszuschreiben (vgl. Anhang I, Ziff. 2 zu Annex 2 und Ziff. 1 zu Annex 7.A).³⁴ Das GPA 2012 gilt nicht für Beschaffungen von Gütern und Dienstleistungen, die nur bei Einrichtungen mit einem **ausschliesslichen Recht** getätigt werden können; zum Beispiel für die **Beschaffung von Energie**.³⁵ In der Botschaft zum GPA 2012 ist festgehalten, dass die bestehenden Anmerkungen zu Annex 1 und Annex 2 zum Anhang I des GPA 1994 im Rahmen des GPA 2012 durch diese neue Formulierung **ersetzt** wurden.³⁶ Aus der neuen Formulierung geht nun eindeutig hervor, dass die dem GPA unterstellten öffentlichen Auftraggeber bei Beschaffungen von Leistungen im Bereich der Energieversorgung **nicht generell** von der Anwendung des GPA 2012 freigestellt sind. Eine Ausnahme ist nur einschlägig, wenn die betreffende

Leistung aufgrund der regulatorischen Rahmenbedingungen **zwingend** nur von einem **Monopolanbieter** erbracht werden darf.

14. Entsprechend ist der **Strombezug durch kantonale und kommunale öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch** aufgrund der Vorgaben im GPA 2012 öffentlich auszuschreiben, sofern es sich bei der zu versorgenden öffentlichen Einrichtung um eine Endkundin handelt, die ihren Stromanbieter auf dem Markt **frei** wählen **kann**. Auf öffentliche Auftraggeber, die als Endkundinnen und Endkunden ohne freie Anbieterwahl in einem *Versorgungsmonopol* beliefert werden, ist das GPA 2012 – wie vorstehend erwähnt – nicht anwendbar.

3.1.2 Beschaffung von Strom durch Verteilnetzbetreiber zur Endkundenversorgung

15. Als **Sektorenauftraggeber** gelten gemäss Annex 3 zu Anhang I GPA Behörden, Einrichtungen des *öffentlichen* Rechts und *öffentliche* Unternehmen auf allen Staatsebenen. Hingegen wird der Einkauf von Strom durch *private* Unternehmen als Sektorenauftraggeber vom GPA nicht erfasst.³⁷ Verteilnetzbetreiber sind aufgrund der Vorgaben im StromVG für die Belieferung von

²⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 BAöB.

²⁹ In diesem Sinne bspw. ein älteres Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (VB.2000.00406) vom 6.6.2001, E. 4a; kritisch hierzu: DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 38.

³⁰ Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994 regelt die *subjektive* Unterstellung der Sektorenauftraggeber unter das Abkommen. Als Sektorenauftraggeber gelten gemäss Annex 3 GPA Behörden, Einrichtungen des *öffentlichen* Rechts und *öffentliche* Unternehmen auf allen Staatsebenen. Die Erläuterungen in Abs. II in Annex 3 halten präzisierend fest, dass der *Strombereich* Sektorenauftraggeber umfasst, die gemäss dem Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24.6.1902 (Elektrizitätsgesetz, EleG; SR 734) über ein *Enteignungsrecht* verfügen oder gestützt auf das Wasserrechtsgesetz oder das Kernenergiegesetz elektrische Energie erzeugen. Das Enteignungsrecht ist in den Art. 43 ff. EleG geregelt.

³¹ Bspw. DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 52, sprechen sich für diese Betrachtungsweise aus. In diesem Sinne zudem MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012 (zit. BEYELER, Geltungsanspruch), Rz 969 und 984.

³² Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25.9.2014, E. 3.6.2.

³³ Als Beispiel kann der Kanton Freiburg genannt werden, der bis Ende 2020 darauf verzichtete, den Strom für öffentlichen Zwecken dienende Kantonsliegenschaften öffentlich auszuschreiben (vgl. Fn 3): In seiner Antwort vom 1.9.2020 zur parlamentarischen Anfrage Defferrard Francine/Dafflon Hubert (2020-CE-164), Öffentliche Körperschaften: Strombeschaffung und öffentliches Beschaffungswesen führte der Staatsrat aus, dass die Rechtslage betreffend den Gehalt der Ausnahmen vom Geltungsbereich des GPA 1994 unsicher sei. Diese Unsicherheit werde erst mit dem Inkrafttreten des GPA 2012 beseitigt; vgl. zudem die weitere in Fn 3 erwähnte kantonale und kommunale Praxis, die sich aufgrund der einzuhaltenden völkerrechtlichen Verpflichtungen nur mit einem solchen Verständnis des Geltungsbereichs des GPA 1994 erklären lässt.

³⁴ Gemäss Anhang 1, Ziff. 2 zu Annex 2 verpflichtet sich die Schweiz zur Einhaltung der Vorgaben des GPA 2012 in Bezug auf Behörden oder zentrale und dezentrale Verwaltungseinheit auf *Bezirks- und Gemeindeebene*. In Ziff. 1 zu Annex 7.A beschränkt die Schweiz den Geltungsbereich des GPA 2012 auf öffentliche Auftraggeber auf Bezirks- und Gemeindeebene im Verhältnis zu den *EU- und EFTA-Mitgliedstaaten sowie Armenien*.

³⁵ Vgl. Annex 7.B Ziff. 2 GPA 2012.

³⁶ Vgl. Botschaft zur Genehmigung des Protokolls zur Änderung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.2.2017 (zit. Botschaft zum GPA 2012), BBl 2016 2052 ff., 2104.

³⁷ Vgl. Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994, wo lediglich von *öffentlichen* Sektorenauftraggebern die Rede ist.

festen Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet in der Grundversorgung verantwortlich.³⁸ Mangels Vorgaben im Bundesrecht zur rechtlichen Entflechtung der Monopoltätigkeiten von den übrigen Tätigkeiten eines vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmens (EVU) dürfen Verteilnetzbetreiber in ihrer Rolle als Endversorger zudem auch freie Endkundinnen und Endkunden mit Strom beliefern. Bei **Verteilnetzbetreibern** handelt es sich somit um Sektorenauftraggeber im Bereich der Energieversorgung im Sinne des GPA. Wie erwähnt dehnt das BAöB den Geltungsbereich des GPA im Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten auf private Sektorunternehmen aus (oben, Rz 11). Die Beschaffung von Strom durch Sektorenauftraggeber ist vom Geltungsbereich des BAöB jedoch ausgenommen, da sie bereits in den Geltungsbereich des GPA fällt.³⁹

16. Bis Ende 2020 profitierten *sämtliche* öffentlichen Auftraggeber von einer in Annex 3 zu Anhang I des GPA 1994 statuierten Ausnahme, sofern sie im Rahmen einer **Sektorentätigkeit** Gegenstände zur **unter Wettbewerbsbedingungen** erfolgenden Weiterveräußerung oder Gebrauchsüberlassung beschafften. Das galt aber nur, sofern der Sektorenauftraggeber mit Bezug auf diese Veräußerung oder Vermietung über **keine besonderen oder ausschliesslichen Rechte** verfügte, andere einen analogen Gegenstand also ungehindert zu vergleichbaren Konditionen veräußern oder vermieten durften.⁴⁰ In der Schweiz wird die Stromlieferung den grundversorgten Endkundinnen und Endkunden über *staatlich administrierte* Tarife, die auf den *Gestehungskosten* basieren, in Rechnung gestellt.⁴¹ Die Weiterveräußerung erfolgt insofern *nicht* unter Wettbewerbsbedingungen, wie dies für das Vorliegen dieser Ausnahme erforderlich wäre. **Sektorenauftraggeber** waren jedoch gestützt auf die **allgemeine Ausnahme in Annex 3 zu Anhang I des GPA 1994** mit Bezug auf die Vergabe von Aufträgen zur Lieferung von Strom nicht dem GPA unterstellt (oben, Rz 12). Somit befanden sich Sektorenauftraggeber im Bereich der Energieversorgung – und damit auch Strombeschaffungen zur Endkundenversorgung durch Verteilnetzbetreiber – **bis Ende 2020 nicht im Geltungsbereich des GPA**.

17. Diese **Ausnahmen für Strombeschaffungen durch Sektorenauftraggeber** gemäss Annex 3 zu Anhang I des GPA 1994 sind im revidierten GPA 2012 nicht mehr enthalten. Stattdessen enthält Annex 3 für die Schweiz neu eine Ausnahmeklausel, wonach Aufträge, die von den Beschaffungsstellen bei der Durchführung einer in Annex 3 aufgezählten Sektortätigkeit vergeben werden, vom Geltungsbereich des GPA 2012 *ausgenommen* sind, wenn diese Tätigkeit dem **uneingeschränkten Wettbewerb** des Marktes ausgesetzt ist. Die Verteilnetzbetreiber sind somit gestützt auf das GPA 2012 verpflichtet, Strombezüge zur Versorgung von **nicht netzzugangsberechtigten** Endkundinnen und Endkunden nach den Regeln des Beschaffungsrechts zu tätigen; die Verteilnetzbetreiber agieren diesbezüglich als Monopolanbieter und die betreffenden Tätigkeiten unterstehen nicht dem freien Wettbewerb.⁴²

18. Warenbezüge im Hinblick auf den **gewerblichen** Verkauf oder Wiederverkauf sind hingegen **generell** vom Geltungsbereich des GPA 2012 ausgenommen.⁴³

Somit wird lediglich der Strombezug von Verteilnetzbetreibern, der von diesen **ausschliesslich an freie** Endkundinnen und Endkunden weiterverkauft wird, nicht vom Geltungsbereich des GPA 2012 erfasst. Diese Ausnahme wird mit dem Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt begründet.⁴⁴

3.2 Vorgaben im nationalen Recht

3.2.1 Berücksichtigung der internationalen Vorgaben bei der Rechtsanwendung

19. Gemäss Art. 5 Abs. 4 BV⁴⁵ müssen der Bund und die *Kantone* das Völkerrecht beachten. Die Schweiz gehört zu den Staaten mit einer monistischen Tradition. Das Völkerrecht erlangt somit *unmittelbare* Geltung, ohne dass es in die innerstaatliche Rechtsordnung überführt werden müsste.⁴⁶ Eine völkerrechtliche Bestimmung ist unmittelbar anwendbar («self-executing»), wenn sie einen Bezug zu Rechten und Pflichten von Privatpersonen hat und justiziabel ist; d. h. genügend präzise ist, um in einem konkreten Fall die Grundlage für eine Entscheidung darstellen zu können. Wenn sie sich zusätzlich an die *rechtsanwendenden* Behörden richtet, können diese die Norm *direkt* anwenden. Als *nicht direkt* anwendbar («non-self-executing») gelten dagegen Normen *programmatischer* Natur oder Bestimmungen, welche sich an den Staat als Ganzes richten. Sie müssen vom *innerstaatlichen Gesetzgeber* – in der Regel vom Parlament – noch *konkretisiert* werden, bevor sie für Private Rechte und Pflichten zu begründen vermögen.⁴⁷

20. Grundsätzlich geht das Völkerrecht dem Landesrecht vor, wobei die innerstaatlichen Behörden die Vorgaben im nationalen Recht, wenn immer möglich, *völkerrechtskonform* auszulegen haben.⁴⁸ Diese Verpflichtung gilt für *alle* staatlichen Organe auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene⁴⁹ und umfasst nicht nur das Bundesrecht, sondern insbesondere auch das kantonale Recht und das Gemeinderecht.⁵⁰

³⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG.

³⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 7 sowie Anhang VIII Bst. f BAöB.

⁴⁰ Vgl. Anmerkung 2 zu Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994.

⁴¹ Vgl. Art. 6 und 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG sowie Art. 4 StromVV.

⁴² Die Beurteilung der Frage, ob eine Tätigkeit in einem wettbewerblichen Umfeld ausgeübt wird, fällt nicht in den Zuständigkeitsbereich einer einzelnen Beschaffungsstelle. Darüber entscheidet der Bundesrat; vgl. Art. 7 IVöB 2019, Botschaft zum GPA 2012 (Fn 35), BBI 2017 2052 ff., 2106.

⁴³ Vgl. Art. II Ziff. 2(a)(ii) GPA 2012.

⁴⁴ Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBI 2017 1851 ff., 1903.

⁴⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

⁴⁶ BGE 127 II 177 E. 2c.

⁴⁷ Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010 in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16.10.2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20.11.2008 (zit. Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht), BBI 2009 2263 ff., 2286; BGE 145 I 308 E. 3.4.1; BGE 140 II 185 E. 4.2; BGE 136 I 297 E. 8.1; BGE 133 I 286 E. 3.2.

⁴⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 BV; Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2009 2263 ff., 2288.

⁴⁹ Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2009 2263 ff., 2305.

⁵⁰ Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2009 2263 ff., 2307.

21. Die Schweiz hat als Mitgliedstaat des GPA 2012 seine Gesetzgebung den im revidierten Abkommen enthaltenen Vorgaben anzupassen.⁵¹ Die IVöB 2019 setzt die sich aus den Staatsverträgen ergebenden Verpflichtungen um. In diversen Kantonen laufen zurzeit die Beitrittsverfahren zur revidierten IVöB 2019, welche die Änderungen aufgrund der Revision des Bundesrechts und des GPA 2012 berücksichtigt. Die IVöB 2019 tritt in Kraft, sobald ihr mindestens zwei Kantone beigetreten sind.⁵² Für Kantone, die dieser Vereinbarung nicht beigetreten sind, gilt weiterhin die ursprüngliche Fassung der IVöB.⁵³ Es ist davon auszugehen, dass die Kantone zeitnah den Beitritt zur IVöB 2019 beschliessen werden, zumal sie diese im November 2019 *einstimmig* verabschiedet haben.⁵⁴

22. Bei den Bestimmungen im GPA 2012 zum objektiven und subjektiven *Geltungsbereich* (Art. II) sowie zur Durchführung von *Ausschreibungen* (Art. VII) handelt es sich um Normen, die sich *direkt* an die *öffentlichen Auftraggeber* richten. Diese Bestimmungen sind *unmittelbar anwendbar* .⁵⁵ Sie gelten für die öffentlichen Auftraggeber in den Kantonen und Gemeinden somit **bereits vor dem Beitritt zur IVöB 2019** und deren Umsetzung in den für sie relevanten kantonalen und kommunalen Rechtsordnungen. Der Geltungsbereich des nationalen Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen darf somit *nicht enger* gefasst sein als der Geltungsbereich des GPA 2012. Hingegen ist es dem Bund und den Kantonen freigestellt, den Geltungsbereich des nationalen Beschaffungsrechts in persönlicher und sachlicher Hinsicht *weiter* zu fassen als den Geltungsbereich der Staatsverträge.

3.2.2 Objektiver Geltungsbereich

23. Gemäss der Lehre und Rechtsprechung ist der **Einkauf von Strom** durch einen öffentlichen Auftraggeber als öffentlicher **Lieferauftrag** zu qualifizieren.⁵⁶ Dies entspricht auch der ständigen Praxis des EuGH.⁵⁷ Lieferaufträge unterstehen sowohl auf Bundesebene als auch auf kantonaler Ebene den Regeln des Beschaffungsrechts.⁵⁸ Für Beschaffungen auf Bundesebene kommt das BöB zur Anwendung. Das BGBM gilt für Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene.⁵⁹ Art. 5 Abs. 2 BGBM sieht vor, dass **umfangreiche öffentliche Einkäufe** , Dienstleistungen und Bauten in einem **Ausschreibungsverfahren** erfolgen *müssen* und Anbieterinnen **mit Sitz in der Schweiz** nicht diskriminiert werden dürfen.

24. In sachlicher Hinsicht erfasst Art. 5 BGBM *sämtliche* Beschaffungsgegenstände. Der Begriff «öffentlichen Beschaffungen» im BGBM deckt sich mit demjenigen des öffentlichen Auftrags, wie sich dieser aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt und neuerdings im BöB und in der IVöB 2019 ausdrücklich festgehalten ist.⁶⁰ Demnach liegt eine öffentliche Beschaffung vor, wenn das Gemeinwesen, das auf dem freien Markt als «Nachfrager» auftritt und die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erforderlichen Mittel gegen Bezahlung eines Preises oder eine andere Form der Entschädigung erwirbt.⁶¹ Eine Ausnahme für den Einkauf von Strom als öffentlicher Lieferauftrag ist im BGBM nicht vorgesehen. Der sachliche und persönliche Geltungsbereich von Art. 5 BGBM ist somit *weiter* gefasst als der Geltungsbe-

reich des GPA 1994. In der Literatur und Praxis wird deshalb die Meinung vertreten, dass der Einkauf von Strom bereits nach bis Ende 2020 geltendem Recht *unabhängig von einer allfälligen Ausnahme im GPA 1994* (oben, Rz 12) der Ausschreibungspflicht nach Art. 5 Abs. 2 BGBM unterstand.⁶²

25. Die IVöB und das kantonale Recht haben die Vorgaben des Bundesrechts zur berücksichtigen. Der Stromeinkauf fällt als *öffentlicher Lieferauftrag* auch in den Anwendungsbereich der IVöB resp. der IVöB 2019.⁶³ Lieferaufträge, welche den Schwellenwert erreichen, sind auch gestützt auf die IVöB öffentlich auszuschreiben.⁶⁴ Wie gemäss dem GPA 2012 ist lediglich die Beschaffung von Leistungen für den **gewerblichen** Verkauf oder Wiederverkauf vom Anwendungsbereich der IVöB freigestellt.⁶⁵ In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die Ausnahme vom Geltungsbereich des Vergaberechts für **Sektorenauftraggeber** gemäss Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994 (oben, Rz 15) auch für das *kantonale* Recht zu beachten war, obwohl solches in der IVöB nicht ausdrücklich erwähnt wird.⁶⁶ Da diese Ausnahme mit dem GPA 2012 weggefallen ist, herrscht insofern Rechtssicherheit, dass sie bei der Anwendung des Beschaffungsrechts durch die kantonalen und kommunalen öffentlichen Auftraggeber ab dem 1. Januar 2021 nicht mehr zu beachten ist. Die IVöB findet zudem keine Anwendung, falls die öffentlichen Auftraggeber Leistungen von *Anbietern* beschaffen, denen ein **ausschliessliches Recht** zur Erbringung solcher Leistungen zusteht.⁶⁷ Diese Ausnahme vom objektiven Geltungsbereich ergibt sich im Übrigen bereits gestützt auf das GPA 2012 (oben, Rz 13).

⁵¹ Vgl. Art. XXII Ziff. 4 GPA 2012.

⁵² Vgl. Art. 65 Abs. 1 IVöB 2019.

⁵³ Vgl. Art. 65 Abs. 2 IVöB 2019.

⁵⁴ Medienmitteilung des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) vom 18.11.2019; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> (1.3.2021).

⁵⁵ Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBl 2017 1851 ff., 1860 f.; Botschaft zum GPA 2012 (Fn 35), BBl 2017 2052 ff., 2101 f.; ausführlich zur Frage der direkten Anwendbarkeit von Bestimmungen des GPA 1994 und des GPA 2012: URS SAXER, in: Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. Handbuch Beschaffungsrecht), Einführung in den internationalen Kontext, Rz 16 ff.

⁵⁶ BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 969 und 984; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013 (zit. GALLI/MOSER/LANG/STEINER), Rz 219; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30.8.2016, E. 3.3.2.

⁵⁷ Urteil EuGH vom 27.4.994 (C-393/92), Rz 28, *Gemeinde Almelo u.a. gegen Energiebedrijf IJsselmij* ; Urteil EuGH vom 4.12.2003 (C-448/01), *EVN AG und Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich* .

⁵⁸ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Bst. b BöB; Art. 6 Abs. 1 Bst. b IVöB; Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB.

⁵⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM.

⁶⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 1 BöB und Art. 8 Abs. 1 IVöB 2019.

⁶¹ BGE 135 II 49 E. 4; BGE 125 I 209 E. 6b.

⁶² DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 61 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 987, 996 und 997 ff.

⁶³ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b IVöB; Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB 2019.

⁶⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b, Art. 7 sowie Anhänge 1 und 2 IVöB; Art. 8 Abs. 2 Bst. b sowie Anhänge 1 und 2 IVöB 2019.

⁶⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. a IVöB 2019.

⁶⁶ BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 571.

⁶⁷ Dies ist neuerdings in Art. 10 Abs. 2 Bst. a IVöB 2019 explizit vorgesehen. Im bis Ende 2020 geltenden Recht wurde diese Ausnahme von der Lehre aus Art. 3 Abs. 3 BGBM abgeleitet; vgl. DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 58.

26. Hieraus ergibt sich, dass *Strombeschaffungen* einer öffentlichen Auftraggeberin, die in ihrer Rolle als *Endkundin* ihren Stromlieferanten im freien Markt wählen kann, in den objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts und des BGBM fallen (ausführlich zum Verhältnis zwischen den beschaffungs- und binnenmarktrechtlichen Vorgaben sowie dem im StromVG vorgesehenen Wahlrecht für netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden: unten, Rz 32-41). Zudem sind *Strombeschaffungen* durch Verteilnetzbetreiber zur *Versorgung von festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung*, die den Anbieter nicht wählen können, gestützt auf Art. 5 Abs. 2 BGBM und die IVöB öffentlich auszuschreiben.

3.2.3 Subjektiver Geltungsbereich

27. Im subjektiven Geltungsbereich des BGBM befinden sich die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben (oben, Rz 8). Der subjektive Geltungsbereich von Art. 5 BGBM ist im Kontext mit dem internationalen (GPA) und interkantonalen Beschaffungsrecht (IVöB) zu eruieren.⁶⁸ Die IVöB unterscheidet zwischen einem Staatsvertragsbereich und einem Binnenbereich. Im *Staatsvertragsbereich* unterstehen der IVöB die *Behörden* sowie zentrale und *dezentrale Verwaltungseinheiten* auf **Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene**, einschliesslich der *Einrichtungen des öffentlichen Rechts*⁶⁹, sofern diese **keine gewerblichen Tätigkeiten** ausführen. Weiter unterstehen der IVöB Behörden und Unternehmen als **Sektorenauftraggeber** im Rahmen von Aufträgen für ihre Kerntätigkeit – etwa im Bereich der Energieversorgung – sowie weitere öffentliche Auftraggeber gemäss den entsprechenden Staatsverträgen.⁷⁰ Die IVöB ist zudem auch auf **private Sektorunternehmen** anwendbar. Ausserhalb der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen haben die Kantone und Gemeinden die Vorgaben des BGBM zu beachten. Im *Binnenbereich* unterstehen der IVöB andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben hinsichtlich ihrer nicht-gewerblichen Tätigkeiten sowie Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.⁷¹

28. Somit unterstehen die Kantone, die Gemeinden, die Sektorenauftraggeber sowie die kantonalen und kommunalen Träger von öffentlichen Aufgaben, die Strom zum *Eigenverbrauch* einkaufen, auch in persönlicher Hinsicht dem kantonalen Beschaffungsrecht und dem BGBM. Gleiches für die öffentlichen und privaten Verteilnetzbetreiber, die in ihrem Netzgebiet für die Grundversorgung verantwortlich sind, da es sich bei der Grundversorgung um eine *öffentliche Aufgabe* handelt.⁷² Zudem sind die Verteilnetzbetreiber im Bereich der Energieversorgung als Sektorenauftraggeber tätig.

3.3 Fazit

29. Der Einkauf von Strom untersteht als öffentlicher Lieferauftrag dem Geltungsbereich des internationalen und nationalen Beschaffungsrechts sowie Art. 5 BGBM.

30. Sofern Strom zum **Eigenverbrauch** von kantonalen oder kommunalen Behörden, zentralen oder dezentralen Verwaltungseinheiten sowie Privaten als Trägern von öffentlichen Aufgaben auf dem **freien Markt** bezogen

werden kann, sind diese als öffentliche Auftraggeber nach den Vorgaben im internationalen und nationalen Beschaffungsrecht sowie in Art. 5 BGBM *verpflichtet*, den **Stromeinkauf öffentlich auszuschreiben**. Die per 1. Januar 2021 erfolgten Änderungen im nationalen Recht aufgrund der Vorgaben im GPA 2012 führen im Sinne einer *Klärung der Rechtslage* zum Schluss, dass Strombeschaffungen von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch künftig *unbestrittenermassen* öffentlich ausgeschrieben werden müssen, sofern der massgebliche beschaffungsrechtliche Schwellenwert erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt. Für die Geltung der beschaffungsrechtlichen Vorgaben ist einzig vorausgesetzt, dass der Strom für den betreffenden Endkunden auf dem *freien Markt* bezogen werden kann und zur Erbringung von **nicht-gewerblichen Tätigkeiten** dient. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber gestützt auf das StromVG kein Recht auf Netzzugang hat, ist das Beschaffungsrecht nicht anwendbar und der betreffende Endkunde wird stattdessen durch den für ihn zuständigen Verteilnetzbetreiber zu den Konditionen der Grundversorgung beliefert (hierzu ausführlich unten, Rz 32-41).

31. Auch die **öffentlichen und privaten Verteilnetzbetreiber** sind gestützt auf die internationalen und nationalen beschaffungsrechtlichen Vorgaben sowie Art. 5 BGBM *verpflichtet*, **Strombezüge zum Weiterverkauf an ihre festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung** öffentlich auszuschreiben. Das BAöB dehnt den Geltungsbereich des GPA 2012 im Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten auf *private* Verteilnetzbetreiber aus. Nur Strombezüge, die an Endkundinnen und Endkunden im **freien Markt** weiterverkauft werden, müssen nicht öffentlich ausgeschrieben werden.⁷³ Strombezüge zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung müssen gestützt auf das nationale Recht folglich auch von Verteilnetzbetreibern öffentlich ausgeschrieben werden, sofern der massgebliche Schwellenwert erreicht ist und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

⁶⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM.

⁶⁹ Laut der **Legaldefinition in Annex 3 zum Anhang I des GPA 2012** umfasst dieser Begriff «**Einrichtungen**», (i) die zum besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die keinen industriellen oder kommerziellen Charakter haben, (ii) die Rechtspersönlichkeit besitzen und (iii) deren Tätigkeit überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder deren Leitung einer Kontrolle durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt wurden.

⁷⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 1 IVöB und Art. 4 Abs. 1-3 IVöB 2019.

⁷¹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 IVöB und Art. 4 Abs. 4 IVöB 2019.

⁷² BGE 144 III 111 E. 5.2.

⁷³ Auch der Verband der Schweizer Elektrizitätsversorgungsunternehmen (VSE) vertritt die Auffassung, dass für Strombezüge der Verteilnetzbetreiber zur Versorgung ihrer Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung zumindest ab dem 1.1.2021 das Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangt; vgl. VSE, Q&A öffentliches Beschaffungsrecht in der Energiebranche vom 24.2.2020 (zit. VSE, Q&A), 2; http://nbild.dsvnet.ch/gallery/130221104004831985/VSE_FAQ-Beschaffungsrecht_in_der%20Energiebranche_Stand_24022020.pdf (1.3.2021).

4 Verhältnis zwischen dem Stromversorgungsrecht sowie den Vorgaben im BGBM und im Beschaffungsrecht

4.1 Hintergrund für die Fragestellung

32. Nachfolgend wird das Verhältnis zwischen den Vorgaben im internationalen und nationalen Beschaffungsrecht sowie im BGBM und jenen zum Netzzugang im Stromversorgungsrecht näher beleuchtet. Gestützt auf das GPA 2012, Art. 5 Abs. 2 BGBM und die IVöB sind die öffentlichen Auftraggeber in den Kantonen und Gemeinden zur Ausschreibung von Strombezügen zum *Eigenverbrauch* verpflichtet, falls der Auftragswert den massgeblichen beschaffungsrechtlichen Schwellenwert erreicht (unten, Rz 45) und kein gesetzlich anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt (unten, Rz 55-62). Demgegenüber haben die freien Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh gestützt auf die Stromversorgungsgesetzgebung ein *Wahlrecht*, ob sie in der Grundversorgung verbleiben wollen oder ob sie den Strom auf dem Markt von einem Anbieter ihrer Wahl beziehen möchten.⁷⁴

33. Somit stellt sich die Frage, ob sich auch ein *netzzugangsberechtigter* öffentlicher Auftraggeber – *trotz der sich aus dem internationalen und nationalen Beschaffungsrecht sowie dem BGBM ergebenden Verpflichtung zur Ausschreibung von öffentlichen Stromlieferaufträgen* – gestützt auf Art. 6 StromVG vom für die *Grundversorgung* zuständigen Verteilnetzbetreiber beliefern lassen darf und den Strombezug zum Eigenverbrauch nicht zwingend öffentlich ausschreiben muss resp. ob das *Wahlrecht* für freie Endkundinnen und Endkunden im StromVG der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht *vorgeht*.

4.2 Auslegung

34. Das Beschaffungsrecht verfolgt das Ziel, dass der *Staat* seine Einkäufe von Gütern, Dienstleistungen und Bauleistungen im *wettbewerblichen* Umfeld tätigt. In diesem Sinne bezwecken das BöB und die IVöB 2019 den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel, die Transparenz des Vergabeverfahrens, die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen sowie die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen.⁷⁵ Im Unterschied zu privaten Marktteilnehmern agiert der Staat beim Einkauf von Gütern und Dienstleistungen auf dem Beschaffungsmarkt ohne Wettbewerbsdruck. Der fehlende Wettbewerbsdruck kann dazu führen, dass sich der Staat beim Einkauf nicht zwingend an wirtschaftlichen, sondern an sachfremden Kriterien orientiert. Die Instrumente des Beschaffungsrechts kompensieren gewissermassen den Wettbewerbsdruck, indem sie den Staat verpflichten, seine Einkäufe öffentlich auszuschreiben. Die öffentliche Ausschreibung soll gewährleisten, dass das effizienteste Unternehmen den Zuschlag für die Ausführung des öffentlichen Auftrags erhält.⁷⁶

35. Gerade in Bezug auf grössere Städte und die Kantone als öffentliche Auftraggeber, die regelmässig an einem oder mehreren lokalen EVU beteiligt sind, besteht je nach Konstellation kein Anreiz, *von sich aus* als Endkunde in den freien Markt einzutreten: Die Stromkosten

für die Versorgung der öffentlichen Einrichtungen werden durch Steuergelder finanziert. Strombezüge in der Grundversorgung sind für netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden in der Regel teurer als Lieferungen auf dem freien Markt. Die daraus resultierenden Gewinne können regelmässig solche EVU als Verteilnetzbetreiber und angestammte Versorger einnehmen, an denen der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist oder die ihm politisch nahestehen. EVU, an denen der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, könnten Dividenden an ihre Eigentümer ausschütten, die von zu nicht marktkonformen Konditionen abgenommenen Stromlieferungen stammen und mit Steuergeldern finanziert wurden. Dies ist nicht im Sinne der Ziele des Beschaffungsrechts und wäre für die Entwicklung des Wettbewerbs im Bereich der Stromversorgung kontraproduktiv.

36. In Art. 1 Abs. 1 StromVG ist festgehalten, dass das StromVG die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen *wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt* schaffen soll. In der Botschaft zum damaligen Erlass des StromVG von Ende 2004 wurde festgehalten, dass es das Ziel des StromVG sei, die Grundversorgung und die Versorgungssicherheit auch in einem *liberalisierten Umfeld*, mit Rechtssicherheit für Investitionen, zu gewährleisten. Unter der Prämisse der Versorgungssicherheit sollten *Anreize für mehr Wettbewerb* geschaffen werden.⁷⁷ Eine weitergehende Begründung für die Konstituierung der Grundversorgung findet sich in der Botschaft nicht. Im Gesetzesentwurf der Verwaltung war die Grundversorgung für feste Endkundinnen und Endkunden ohne Netzzugang noch auf *Haushaltskunden* beschränkt.⁷⁸ Hintergrund dafür dürfte gewesen sein, dass auch für kleinere und aufgrund ihres verhältnismässig geringen Verbrauchs für den Markt weniger interessante Haushaltskunden (insb. in Randregionen) mittels der Grundversorgung sichergestellt werden sollte, dass zumindest *ein* Anbieter diese zu angemessenen Konditionen beliefert (Versorgungssicherheitsaspekt). Demgegenüber ist bei öffentlichen Auftraggebern – insbesondere wegen ihrer in aller Regel sehr guten Bonität sowie allfälligen Beteiligungen an EVU (direkt oder über Tochtergesellschaften) – davon auszugehen, dass diese auch ohne garantierte Stromlieferungen in der Grundversorgung stets einen Stromanbieter finden werden, der sie zu Marktkonditionen beliefert. *Öffentliche Auftraggeber benötigen insofern den Schutz der Grundversorgung nicht.*

⁷⁴ Vgl. Art. 6 und 13 StromVG sowie Art. 11 Abs. 2 StromVV; Urteil 2C_739/2010 des Bundesgerichts vom 6.7.2011, E. 2.3.

⁷⁵ Vgl. Art. 2 BöB und Art. 2 IVöB 2019.

⁷⁶ Vgl. RPW 2014/2, 446 Rz 26, *Empfehlung vom 30.6.2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM)*; DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 30; vgl. hierzu auch VSE, Q&E (Fn 73), 1.

⁷⁷ Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3.12.2004 (zit. Botschaft zum StromVG), BBl 2005 1611 ff., 1617.

⁷⁸ Botschaft zum StromVG (Fn 77), BBl 2005 1611 ff., 1645; Urteil 2C_739/2010 des Bundesgerichts vom 6.7.2011, E. 2.4.

37. Auch die kantonalen und kommunalen Behörden sind zur völkerrechtskonformen Auslegung des kantonalen und kommunalen Rechts verpflichtet (oben, Rz 20). Die Pflicht zur Durchführung von öffentlichen Ausschreibungen für Strombezüge zum Eigenverbrauch ergibt sich für netzzugangsberechtigte Auftraggeber bereits aus entsprechend lautenden *direkt anwendbaren* Bestimmungen im GPA 2012, die am 1. Januar 2021 in der Schweiz in Kraft getreten sind (oben, Rz 22). Falls keine völkerrechtskonforme Auslegung möglich wäre, würden diese völkerrechtlichen Bestimmungen der nationalen Regelung in Art. 6 StromVG vorgehen (oben, Rz 19). Weder im nationalen noch im internationalen Beschaffungsrecht ist eine Ausnahme vom Geltungsbereich des Vergaberechts vorgesehen, falls Strom für nicht-gewerbliche Tätigkeiten auf dem freien Markt beschafft werden kann (oben, Rz 10 ff. und 23 ff.). Art. 6 StromVG verankert für Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh die *Möglichkeit*, den Strom von einem Lieferanten ihrer Wahl auf dem freien Markt zu beziehen. Hingegen enthält das StromVG *keine Legitimation für netzzugangsberechtigte öffentliche Auftraggeber, auf die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung zu verzichten*. Insofern können die internationalen und nationalen Vorgaben des Beschaffungsrechts sowie die Vorgaben in der Stromversorgungsgesetzgebung *parallel* angewendet werden.

38. Weicht die *Bundesversammlung bewusst* vom Völkerrecht ab, so ist das Bundesgericht an diesen Entscheidung aufgrund der sog. «Schubert-Praxis» aus Gründen der Gewaltenteilung gebunden.⁷⁹ Hätte der Bundesgesetzgeber anlässlich der Umsetzung der Vorgaben des GPA in das nationale Recht den öffentlichen Auftraggebern, die gestützt auf das StromVG Strom auf dem freien Markt einkaufen können, die Möglichkeit zugestehen wollen, sich vom für sie zuständigen Verteilnetzbetreiber ohne öffentliche Ausschreibung in der Grundversorgung beliefern zu lassen, hätte dies explizit gesetzlich geregelt oder zumindest anlässlich der Parlamentsdebatte vor der Beschlussfassung über die Revision des BöB und der Verabschiedung des GPA 2012 in diesem Sinne thematisiert werden müssen, was jedoch nicht geschehen ist. Insofern ist eine völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 6 StromVG möglich; die rechtsanwendenden Vergabestellen in den Kantonen und Gemeinden sind insofern *verpflichtet*, eine völkerrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts vorzunehmen (oben, Rz 19 f.).

39. Zudem wäre ein Vorrang des Wahlrechts für netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden gemäss StromVG für öffentliche Auftraggeber gegenüber den internationalen und nationalen beschaffungsrechtlichen Vorgaben konzeptionell *widersprüchlich* und würde für den *wettbewerbsorientierten* Elektrizitätsmarkt *falsche Anreize* setzen. Ein öffentlicher Auftraggeber, der in der Vergangenheit als Endkunde von seinem Recht auf Netzzugang *Gebrauch gemacht* hat, könnte unter der Prämisse des Vorrangs des StromVG zu einer öffentlichen Ausschreibung gezwungen werden: Gestützt auf das StromVG ist eine Rückkehr in die Grundversorgung nach dem Wechsel in den freien Markt nicht mehr möglich («einmal frei, immer frei»)⁸⁰. Ein an sich freier Endkunde, der sich seit 2008 in der Grundversorgung

befindet, weil er auf sein Recht auf Netzzugang verzichtet hat, könnte hingegen *nicht* zum Einkauf am Markt gezwungen werden. Im Resultat unbefriedigend wäre an dieser Auslegung, dass diejenigen öffentlichen Auftraggeber belohnt würden und um eine öffentliche Ausschreibung des Strombezugs herunkämen, die nach dem Inkrafttreten des StromVG in der regelmässig teureren Grundversorgung verblieben sind.

40. Auch DIEBOLD/LUDIN vertreten die Ansicht, dass das Wahlrecht im StromVG nichts an der Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber zur öffentlichen Ausschreibung von Strombeschaffungen ändert. Aus ihrer Sicht schliessen sich das StromVG und das Beschaffungsrecht nicht aus. Vielmehr schliesse das Beschaffungsrecht an das StromVG an, indem es gewährleiste, *dass der durch das Stromversorgungsrecht geschaffene Wettbewerb auch im Bereich der öffentlichen Beschaffungen verwirklicht werde*. Für diese Auslegung spreche insbesondere auch, dass das StromVG selbst keine spezialgesetzliche Regelung für das Beschaffungsrecht enthalte. Mit der im StromVG geschaffenen «Teilmarktöffnung» sei das Ziel verfolgt worden, einen Markt zwischen Stromanbietern und Stromgrosskunden herzustellen. Indem Netzbetreiber verpflichtet werden, Stromgrosskunden und Stromanbietern Netzzugang zu gewähren, werde unter den Anbietern Wettbewerb geschaffen. Das StromVG stehe dem Beschaffungsrecht nur insoweit entgegen, dass es den Netzzugang für *feste Endkunden verbiete*.⁸¹ ZUFFEREY/SEYDOUX sind ebenfalls der Auffassung, dass das Beschaffungsrecht die öffentliche Hand als Auftraggeber zur Ausschreibung verpflichtet, sobald es sich um einen nach StromVG *netzzugangsberechtigten* Endkunden handelt, weil (erst) dann Wettbewerb bestehe. Sie betrachten das Beschaffungsrecht für diesen Fall gegenüber den Wahlmöglichkeiten des StromVG für freie Endkundinnen und Endkunden als *lex specialis*.⁸²

4.3 Fazit

41. Das Wahlrecht in Art. 6 StromVG, wonach sich netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden weiterhin in der Grundversorgung vom für sie zuständigen Verteilnetzbetreiber beliefern lassen dürfen, vermag nichts daran zu ändern, dass *öffentliche Auftraggeber gestützt auf das internationale und nationale Beschaffungsrecht sowie das BGBM verpflichtet sind, Strombezüge zum Eigenverbrauch öffentlich auszuschreiben*, falls der massgebliche Schwellenwert erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

⁷⁹ Eine Ausnahme besteht bei völkerrechtlich verankerten Grundrechtsnormen, wie sie sich insbesondere in der EMRK finden.

⁸⁰ Vgl. Art. 11 Abs. 2 StromVV sowie Urteil 2C_739/2010 des Bundesgerichts vom 6.7.2011, E. 4.5.

⁸¹ DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 27 ff.

⁸² Vgl. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/MATTHIEU SEYDOUX, *Commande d'électricité par les collectivités publiques: assujettissement au droit des marchés publics ?*, BR 4/2020, 181 ff., 182 f.

5 Bestimmung des Auftragswerts zur Bestimmung des Vergabeverfahrens sowie Publikationspflicht

5.1 Grundsätzliches zur Festlegung des Auftragswertes und zur Höhe der Schwellenwerte

42. In Bezug auf die Strombeschaffung stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle befugt ist, den **Auftragswert aufzuteilen**, etwa indem sie einzelne hierzu erforderliche Tätigkeiten mittels separater Aufträge vergibt (z. B. separater Kauf von Graustrom und ökologischem Mehrwert sowie weitere Dienstleistungen im Rahmen der Strombeschaffung). Ob dies zulässig ist, ist aufgrund der Umstände im Einzelfall zu beurteilen.⁸³ Bei mehreren **gleichartigen Aufträgen**, die zwingend zusammengehören, und insbesondere bei Aufteilungen in Lose bestimmt sich der Auftragswert nach dem **kumulierten Gesamtwert**, da ein öffentlicher Auftrag nicht in dem Sinne aufgeteilt werden darf, die Anwendbarkeit eines höherrangigen Vergabeverfahrens resp. den betreffenden Schwellenwert zu umgehen (sog. «**Zerstückelungsverbot**»). Für eine unzulässige Aufteilung ist keine rechtswidrige Absicht des öffentlichen Auftraggebers vorausgesetzt; vielmehr genügt bereits, dass im *Ergebnis* die Schwellenwerte unterlaufen werden.⁸⁴

43. Oftmals werden **Stromlieferverträge** von öffentlichen Auftraggebern mit **mehrfähriger Laufzeit** abgeschlossen. Teilweise werden öffentliche Auftraggeber seit vielen Jahren von demselben Lieferanten, zu dem ein rechtliches oder politisches Naheverhältnis besteht, mit Strom versorgt. Der Auftragswert von Verträgen mit **fester Laufzeit** entspricht der kumulierten Vergütung während der vereinbarten Vertragsdauer, auch wenn eine vorzeitige Kündigung unter Umständen vertraglich vorbehalten wird.⁸⁵ Bei Verträgen mit **unbestimmter Laufzeit** ist die geschätzte monatliche Vergütung mit 48 zu multiplizieren.⁸⁶ Verträge mit unbestimmter Laufzeit dürfen grundsätzlich nicht so ausgestaltet werden, dass andere Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden. Daher sollten die vertraglich geregelten Leistungen nach Ablauf der unbestimmten Laufzeit, **spätestens** aber auf den Ablaufzeitpunkt von **48 Monaten** hin neu vergeben werden. Verträge mit unbestimmter Laufzeit sollten aus beschaffungsrechtlicher Sicht nur mit Zurückhaltung geschlossen werden.⁸⁷

44. In den Rechtsordnungen zahlreicher Kantone wird hinsichtlich der **Schwellenwerte** im **Nicht-Staatsvertragsbereich** auf die Tabelle in Anhang 2 zur IVöB verwiesen. Einige Kantone und Gemeinden haben für ihre Beschaffungen für alle oder bestimmte öffentliche Auftraggeber auf ihrem Hoheitsgebiet **tiefere** Schwellenwerte als jene in Anhang 2 zur IVöB festgelegt. Die **Strombeschaffung eines öffentlichen Auftraggebers zum Eigenverbrauch** kann gemäss den gestützt auf die IVöB geltenden Schwellenwerten bei einem Auftragswert unter 100 000 Franken freihändig und ab einem Auftragswert von 100 000 Franken bis 250 000 Franken im Einladungsverfahren beschafft werden. Strombeschaffungen zum Eigenverbrauch mit einem Auftragswert von über 250 000 Franken sind öffentlich auszuschreiben. In der IVöB 2019 wird der Schwellenwert für Lieferungen im freihändigen Verfahren von 100 000 Franken auf 150 000 Franken angehoben, um damit eine Harmonisierung

mit dem betreffenden Schwellenwert auf Bundesebene im BöB zu erzielen.⁸⁸ Für die Berücksichtigung des höheren Schwellenwerts ist der *Beitritt* des jeweiligen Kantons zur IVöB 2019 erforderlich.⁸⁹

45. **Strombeschaffungen durch öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch** fallen unbestrittenermassen in den Geltungsbereich des GPA 2012 (oben, Rz 30). Im Staatsvertragsbereich liegt der Schwellenwert, ab dem eine öffentliche Ausschreibung für Lieferungen durchzuführen ist, bei den Kantonen und Gemeinden bei 350 000 Franken.⁹⁰ Aufgrund der Regelung in Art. 5 Abs. 2 BGBM, wonach Vorhaben für **umfangreiche öffentliche Einkäufe**, Dienstleistungen und Bauten publiziert werden müssen, schreiben die Kantone Lieferungen jedoch – wie im Nicht-Staatvertragsbereich – bereits **ab einem Auftragswert von 250 000 Franken** öffentlich aus.⁹¹ Durch die Festlegung tieferer Schwellenwerte als der staatsvertraglichen Schwellenwerte in der IVöB haben die Kantone den Begriff der «umfangreichen Beschaffungen» konkretisiert.⁹²

46. Für die **Belieferung von festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung durch Verteilnetzbetreiber** als Sektorenauftraggeber (oben, Rz 15 ff.) gilt im Staatsvertragsbereich ein Schwellenwert von 700 000 Franken.⁹³ Aufgrund der Vorgaben in Art. 5 Abs. 2 BGBM haben auch Verteilnetzbetreiber im Staatsvertragsbereich Strombeschaffungen für den Weiterverkauf an die grundversorgten Endkunden **ab einem Auftragswert von 250 000 Franken** öffentlich auszuschreiben.⁹⁴

⁸³ Vgl. z. B. Schreiben des WEKO-Sekretariats vom 12.12.2019 an den Gemeinderat der Stadt Bern, Einschätzung des beabsichtigten Beschaffungsmodells bei der Stromversorgung von BERNMOBIL (zit. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019), 12 f. und 15 f.; www.weko.admin.ch > Themen > Binnenmarkt > Beschaffungen > WEKO (1.3.2021).

⁸⁴ Vgl. Art. II Ziff. 6 GPA 2012; Art. 15 Abs. 2 IVöB 2019; Art. 15 Abs. 2 BöB; Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 50 f.

⁸⁵ Vgl. Art. 15 Abs. 4 IVöB 2019; Art. 15 Abs. 4 BöB; Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 50 f.

⁸⁶ Vgl. Art. II Ziff. 8(b) GPA 2012; Art. 15 Abs. 5 IVöB 2019; Art. 15 Abs. 5 BöB.

⁸⁷ Vgl. Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 51.

⁸⁸ Vgl. Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 13.

⁸⁹ Vgl. Mitteilung INÖB vom 11.12.2019 betreffend Schwellenwerte INÖB für die Jahre 2020/2021; https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/konkordate/ivoeb/Schwellenwerte/D_Rundschreiben_Schwellenwerte_2020_und_2021.pdf (1.3.2021).

⁹⁰ Vgl. die Schwellenwerte in Annex 1-3 zu Anhang I des GPA 2012; Art. 9 Ziff. 4(a) GPA 2012; Art. 12 IVöB. Für **kantonale** öffentliche Auftraggeber im Geltungsbereich des GPA gilt Art. 1 zum Anhang 1 der IVöB; für **kommunale** öffentliche Auftraggeber im Geltungsbereich des BAöB ist Art. 2 zum Anhang 1 der IVöB massgeblich (oben, Rz 11). Der Schwellenwert von 350 000 Fr. bleibt auch nach dem Beitritt eines Kantons zur IVöB 2019 unverändert; vgl. Bst. a und b zu Anhang 1 der IVöB 2019.

⁹¹ Vgl. Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBl 2017 1851 ff., 1864.

⁹² Vgl. THOMAS M. FISCHER; in: Handbuch Beschaffungsrecht (Fn 55), Art. 16 Rz 6.

⁹³ Vgl. Art. 1 von Anhang 1 der IVöB; Bst. a von Anhang 1 der IVöB 2019.

⁹⁴ Im Ergebnis ebenso: VSE, Q&E (Fn 73), 2, wonach Strombeschaffungen zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung öffentlich auszuschreiben sind.

5.2 Relevanz der Vorgaben im Stromversorgungsrecht für die Berechnung des Auftragswerts beim Strombezug von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch

47. Öffentliche Auftraggeber, welche den Lieferanten für den Stromeinkauf frei wählen können, befinden sich im Geltungsbereich des Beschaffungsrechts und des BGBM (oben, Rz 30). Ob ein Recht auf Netzzugang besteht, ist aufgrund der Vorgaben in der Stromversorgungsgesetzgebung zu beurteilen. Freie Endkundinnen und Endkunden mit einem jährlichen Stromverbrauch von mindestens 100 MWh können den Strom auf dem freien Markt einkaufen. Falls ein öffentlicher Auftraggeber diese Obergrenze nicht erreicht, wird er als gebundener Endkunde vom für ihn zuständigen Verteilnetzbetreiber in der Grundversorgung beliefert und es findet keine öffentliche Ausschreibung statt; auf die Festlegung des Auftragswerts kann in diesem Fall verzichtet werden. Falls die Obergrenze von 100 MWh überschritten wird, ist der Auftragswert zur Bestimmung der Verfahrensart anhand einer pflichtgemässen Schätzung des öffentlichen Auftraggebers zu ermitteln.⁹⁵

48. Da das Recht auf Netzzugang von der Höhe des Verbrauchs abhängt, stellt sich die Frage, anhand welcher Kriterien sich der Verbrauch eines öffentlichen Auftraggebers, auf den das Beschaffungsrecht anwendbar ist, im Sinne der stromversorgungsrechtlichen Vorgaben bestimmen lässt. Als *freie* Endverbraucher gelten Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh *pro Verbrauchsstätte*⁹⁶; abzustellen ist auf den innerhalb der letzten 12 Monate vor der letzten Ablesung ausgewiesene Jahresverbrauch.⁹⁷ Weiter haben *Zusammenschlüsse zum Eigenverbrauch* mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh die Möglichkeit, den Strom im freien Markt zu beziehen; diese werden als *ein* Endkunde betrachtet.⁹⁸ Eine Verbrauchsstätte ist eine Betriebsstätte eines Endkunden, die eine *wirtschaftliche und örtliche Einheit* bildet und einen tatsächlichen *eigenen* Jahresverbrauch aufweist, *unabhängig davon, ob sie über einen oder mehrere Ein- bzw. Ausspeisepunkte verfügt* (Art. 11 Abs. 1 StromVV). Eine *wirtschaftliche* Einheit liegt bei einer Endkundin oder einem Endkunden mit *rechtlich* eigenständigen Strukturen (*eigene Rechtspersönlichkeit*) vor. Ein loser Zusammenschluss verschiedener Organisationsformen zum Zwecke des Einkaufs von Elektrizität (*«Bündelkunden»*) genügt nicht. Das Kriterium der örtlichen Einheit verlangt, dass die zu einer Verbrauchsstätte gehörenden Gebäude und Anlagen in *räumlicher Nachbarschaft* liegen.⁹⁹

49. Dies führt mit Blick auf die stromversorgungsrechtlichen Rahmenbedingungen zum Schluss, dass für die Beurteilung, ob der Schwellenwert überschritten ist, öffentliche Auftraggeber mit *eigener Rechtspersönlichkeit* bei der Bestimmung des Stromverbrauchs *separat* zu betrachten sind. Der Verbrauch von rechtlich *unselbstständigen* Organisationsformen, die sich in *derselben wirtschaftlichen Einheit* befinden, ist zusammenzuzählen. Dies bedeutet, dass beispielsweise der Stromverbrauch von mehreren Ämtern der Zentralverwaltung, die sich in separaten Gebäuden in unmittelbarer Nachbarschaft befinden, zu addieren ist.

5.3 Kauf an einer Warenbörse als Ausnahme von der Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung

50. Ausnahmsweise kann auf die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung verzichtet und ein Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben werden, falls die Beschaffung über eine *funktionierende* Warenbörse abgewickelt wird; der Strompreis muss *unter Berücksichtigung des vorhandenen Angebots und der Nachfrage zum gewünschten Zeitpunkt* gebildet werden. Der Grund für die Zulässigkeit des freihändigen Vergabeverfahrens liegt in der *plattformimmanenten* Verwirklichung des Wettbewerbsgrundsatzes. Es entspricht den Grundprinzipien des Vergaberechts, wenn sich der Preis für eine Ware im Wettbewerb an einem *transparenten* Markt bildet, zu dem *möglichst viele* Marktteilnehmer Zugang haben.¹⁰⁰ Dieser Ausnahmetatbestand wird im GPA und neuerdings auch in der IVöB 2019 ausdrücklich genannt.¹⁰¹

51. Der **Einkauf an einer Strombörse** kann ohne öffentliche Ausschreibung erfolgen, falls der Leistungserbringer die Börsengeschäfte *tatsächlich* für den öffentlichen Auftraggeber vornimmt *sowie physisch* an diesen liefert und der öffentliche Auftraggeber hierfür den *unter Wettbewerbsbedingungen* zu Stande gekommenen Börsenpreis zu bezahlen hat.¹⁰² In einer solchen Konstellation sind die im Zusammenhang mit dem Börsenkauf *gegen Entgelt erfolgenden Dienstleistungen* des Leistungserbringer, die den Börsenpreis übersteigen, öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert erreicht wird.¹⁰³

52. In der Praxis werden von den öffentlichen Auftraggebern nach wie vor zahlreiche Strombezugsgeschäfte ausserhalb einer Strombörse getätigt. Mit **«OTC-Handel»** (Over the Counter, über die Ladentheke) ist der direkte, *ausserbörsliche* Handel von Strom ohne zwischengeschaltete Instanzen oder Clearingstellen gemeint. Auf eine öffentliche Ausschreibung kann in einer solchen Konstellation ausnahmsweise verzichtet werden, falls *sämtliche* Anforderungen für den Ausnahmetatbestand des Kaufs von Gütern an einer Warenbörse erfüllt sind. Hierfür wäre etwa vorausgesetzt, dass das Stromgeschäft *anonymisiert* über eine *Plattform* abläuft, ohne dass die potenziellen Vertragspartner wissen, wer hinter dem Angebot bzw. der Nachfrage steht.¹⁰⁴ Weiter müssten bspw. die für Börsen geltenden Transparenzvorgaben eingehalten werden. Um diese Vorgaben zu

⁹⁵ Vgl. Art. II Ziff. 2(c) GPA 2012; Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 50.

⁹⁶ Vgl. Art. 13 Abs. 1 sowie Art. 6 Abs. 2 und 6 StromVG.

⁹⁷ Vgl. Art. 11 Abs. 1 StromVV.

⁹⁸ Vgl. Art. 18 Abs. 1 des Energiegesetzes vom 30.9.2016 (EnG; SR 730.0).

⁹⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf der StromVV vom 27.6.2007, 7.

¹⁰⁰ Vgl. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019 (Fn 83), 7.

¹⁰¹ Vgl. Art. XV Ziff. 1(h) GPA 1994 und Art. 13 Ziff. 1(e) GPA 2012; Art. 21 Abs. 2 Bst. g IVöB 2019.

¹⁰² Vgl. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019 (Fn 83), 7 f.

¹⁰³ Vgl. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019 (Fn 83), 15 ff.

¹⁰⁴ VSE, Q&A (Fn 73), 6, Sachverhalt 5.

gewährleisten, müsste darüber hinaus insbesondere auch sichergestellt werden, dass möglichst viele Marktteilnehmer auf die Plattform Zugang haben und *effektiv* daran partizipieren; nur unter solchen Voraussetzungen könnte von einem *unter Wettbewerbsbedingungen* zu Stande gekommenen Strompreis gesprochen werden. Die Begründungs- und Dokumentationspflicht für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands liegt beim öffentlichen Auftraggeber.¹⁰⁵

5.4 Publikationspflicht

53. Im offenen und im selektiven Verfahren haben die öffentlichen Auftraggeber die Vorankündigung, die Ausschreibung, den Zuschlag sowie den Abbruch des Verfahrens auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen zu veröffentlichen.¹⁰⁶ Praxisgemäss erfolgen solche Publikationen auf *simap.ch*.

54. Auch Beschaffungen, für die ein freihändiges Vergabeverfahren durchgeführt werden darf, erfolgen nicht nach Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Vielmehr ist das freihändige Verfahren ebenfalls regelbasiert und es sind die für dieses massgeblichen Vorgaben des internationalen und nationalen Beschaffungsrechts einzuhalten.¹⁰⁷ Insbesondere sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Zuschläge, die im Staatsvertragsbereich freihändig erteilt wurden, zu publizieren.¹⁰⁸ Insofern müssen *freihändig* erteilte Zuschläge für Strombeschaffungen, die in den Geltungsbereich des GPA 2012 fallen (oben, Rz 10 ff.), veröffentlicht werden, wenn der Schwellenwert des offenen oder selektiven Verfahrens erreicht wird.¹⁰⁹ Dies ermöglicht es allfälligen Konkurrenzbieterinnen auch, dagegen Beschwerde zu führen.

6 Ausnahmetatbestände vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts

55. Im BöB und der IVöB ist ein inhaltlich identischer Katalog von Konstellationen enthalten, die vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen sind. Es handelt sich dabei um eine *abschliessende* Aufzählung. Alle Ausnahmen sind bereits im Staatsvertragsrecht enthalten oder ergeben sich aus einem Vorbehalt der Schweiz anlässlich ihres Beitritts zum jeweiligen Übereinkommen.¹¹⁰ Da die ausnahmsweise Zulassung der freihändigen Auftragsvergabe eine Möglichkeit zur Umgehung der Ausschreibungspflicht schafft, darf eine solche Ausnahmesituation nicht leichthin angenommen werden. Es ist eine *restriktive* Auslegung der Ausnahmetatbestände angebracht.¹¹¹ Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Verankerung im BöB und in der IVöB besteht für die öffentlichen Auftraggeber auf kantonaler und kommunaler Ebene generell eine Pflicht zur Aktenführung, Begründung und Rechenschaftsablage. Durch die Dokumentation muss insbesondere auch nachvollziehbar sein, aus welchen Gründen ein Ausnahmetatbestand vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts einschlägig war.¹¹² Nachfolgend werden diejenigen Ausnahmetatbestände kurz dargestellt, die für Strombeschaffungen relevant sein können.

6.1 Inhouse-Vergabe

56. Von einer «Inhouse-Beschaffung» ist die Rede, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine dem Vergabericht unterstellte Beschaffung *hausintern* – d. h. inner-

halb *derselben* juristischen Person oder Gebietskörperschaft – tätigt, der öffentliche Auftraggeber und der Leistungserbringer mithin ein- und derselben rechtlichen Einheit zugehören. In einer solchen Konstellation wird die *Leistung vollständig innerhalb der Staatsphäre* erbracht und es erfolgt kein tatsächlicher Kauf am Markt.¹¹³ Diese Ausnahmekonstellation wird neuerdings im BöB und in der IVöB 2019 ausdrücklich geregelt.¹¹⁴ Sie wurde allerdings bereits zuvor von der Lehre und Rechtsprechung anerkannt.¹¹⁵

57. Insofern kommen die Regeln des Beschaffungsrechts bspw. nicht zur Anwendung, wenn ein rechtlich unselbständiges Gemeindewerk für die Kommune die Stromversorgung vornimmt.

6.2 Quasi-Inhouse-Vergabe

58. Nicht in den Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts fallen zudem die sog. «Quasi-Inhouse-Vergaben». Neuerdings befindet sich im BöB und in der IVöB 2019 eine ausdrückliche Grundlage für diesen Ausnahmetatbestand.¹¹⁶ Gemäss den Ausführungen in der Musterbotschaft kodifiziert diese Regelung die wesentlichen Voraussetzungen und Entscheidungsgründe der Praxis, die vom EuGH in einer Reihe von Entscheidungen weiterentwickelt wurde.¹¹⁷ In Orientierung an der Gesetzgebung der EU¹¹⁸ und der Rechtsprechung des EuGH seit dem sog. «Teckal»-Urteil¹¹⁹ müssen nach der herrschenden Vergaberechtslehre und -praxis in der

¹⁰⁵ Der öffentliche Auftraggeber hat über jeden freihändig vergebenen Auftrag über dem massgeblichen Schwellenwert des freihändigen Verfahrens eine Dokumentation zu verfassen. Diese muss insbesondere eine Darlegung der Gründe und Umstände enthalten, die einen Verzicht auf ein offenes oder selektives oder ein Einladungsverfahren begründen; vgl. Art. Artikel XIII Ziff. 2 GPA 2012; Art. 21 Abs. 3 IVöB 2019; Musterbotschaft IVöB 2019 (Fn 26), 58.

¹⁰⁶ Vgl. Art. VII Abs. 1 GPA 2012; Art. 48 Abs. 1 S. 1 IVöB 2019.

¹⁰⁷ Vgl. Musterbotschaft IVöB 2019 (Fn 26), 52.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 48 Abs. 1 S. 2 IVöB 2019.

¹⁰⁹ PHILIP WALTER, in: Handbuch Beschaffungsrecht (Fn 54), Art. 48 N 5.

¹¹⁰ Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBl 2017 1851 ff., 1903.

¹¹¹ Vgl. zum Bundesrecht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1570/2015 vom 7.10.2015, E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. hierzu auch das Urteil des EuGH C-337/05 vom 8.4.2008, Rz 57 ff., *Kommission/Italienische Republik*.

¹¹² FELIX TUCHSCHMID, in: Handbuch Beschaffungsrecht (Fn 54), Art. 10 N 35.

¹¹³ DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 95; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 250 f.; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 1145 ff., 1151 f.; Musterbotschaft IVöB 2019 (Fn 26), 40; RPW 2014/4, 788 Rz 29, *Gutachten eOperationsSchweiz*.

¹¹⁴ Vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. c IVöB 2019; vgl. hierzu auch Anhang I, Annex 7, Ziff. 1(b) GPA 2012; MARTIN BEYELER, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergabericht, in: Jusletter vom 22.12.2014, Rz 36 ff., Rz 54 und 56 ff.

¹¹⁵ Vgl. z. B. BVGE 2011/17, E. 2; Urteil VGer ZH VB.2006.00145 vom 5.4.2006, insb. E. 1.2; MARTIN BEYELER, Inhouse & Co.: Zuhause ist es am schönsten, in: Kriterium Nr. 39 / Juni 2015, 2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 250 f.

¹¹⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 3 Bst. c BöB und Art. 10 Abs. 2 Bst. d IVöB 2019.

¹¹⁷ Die weiteren Entwicklungen der EU-Rechtsprechung seien für die Auslegung der Bestimmung nicht bindend, sollten aber nicht vernachlässigt werden; vgl. Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 40.

¹¹⁸ Vgl. Art. 12 RL 2014/24/EU (EU-Vergaberechtsrichtlinie) und Art. 28 RL 2014/25/EU (EU-Sektorenrichtlinie).

¹¹⁹ Urteil des EuGH C-107/98 vom 11.11.1999, Rz 50, *Teckal*, bestätigt im Urteil des EuGH C-553/15 vom 8.12.2016, Rz 6, *Undis Servizi*.

Schweiz für das Vorliegen einer «Quasi-Inhouse-Vergabe» *kumulativ drei* Voraussetzungen erfüllt sein:¹²⁰

- 1) Der öffentliche Auftraggeber kontrolliert die Leistungserbringerin *alleine* wie seine eigene Dienststelle, indem er sie über seine Beteiligung kapitalmässig oder personell beherrschen kann («Kontrollkriterium»).
- 2) Die Leistungserbringerin ist im Wesentlichen für den sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber tätig («Tätigkeitskriterium»).
- 3) An der Leistungserbringerin dürfen neben dem Staat *keine Privaten* beteiligt sein.

59. Im Kontext mit Strombezügen wird eine solche Ausnahmekonstellation wohl eher selten vorkommen, da es meist nur schon am erforderlichen *Tätigkeitskriterium* fehlen wird. Staatlich beherrschte EVU werden in der Regel nicht einen bestimmten öffentlichen Auftraggeber *im Wesentlichen* mit Strom versorgen.

6.3 Instate-Vergabe

60. Im GPA 2012 wird eine weitere Ausnahme vom Geltungsbereich des Abkommens für sog. «Instate-Vergaben» vorgesehen. Demnach ist das GPA 2012 nicht anwendbar, falls der jeweilige Leistungserbringer selbst als öffentlicher Auftraggeber subjektiv dem Beschaffungsrecht untersteht. Weitere Bedingungen werden nicht an die Ausnahme geknüpft.¹²¹ Den Mitgliedstaaten des GPA steht es frei, strengere Voraussetzungen für solche «Instate-Vergaben» festzulegen.

61. Die Schweiz hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Gemäss dem per 1. Januar 2021 in Kraft getretenen BöB und der IVöB 2019 findet das Beschaffungsrecht keine Anwendung bei *rechtlich selbstständigen* Auftragnehmern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit sie diese Leistungen *nicht im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen* erbringen.¹²² Voraussetzung für den Wegfall der Ausschreibungspflicht ist insofern, dass der *Wettbewerb nicht verfälscht* wird und das Instate-Geschäft *wettbewerbsneutral* abgewickelt werden kann.¹²³

62. Sollte es sich bspw. so verhalten, dass ein EVU, welches selber als öffentlicher Auftraggeber in den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts fällt, als Stromlieferant eines öffentlichen Auftraggebers *gleichzeitig* auch *private* Kundinnen und Kunden zu *Marktkonditionen* mit Elektrizität beliefert, liegt demnach keine vergabefreie Instate-Beschaffung vor.

7 Empfehlungen

64. Zusammenfassend kommt die Wettbewerbskommission gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

A. Empfehlungen zur Einhaltung der Vorgaben im BGBM sowie im internationalen und kantonalen Beschaffungsrecht hinsichtlich der Ausschreibungspflicht von Stromlieferungen

A-1. Geltungsbereich des BGBM und des Beschaffungsrechts im Kontext mit Stromlieferungen

Strombezüge von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch sowie von Verteilnetzbetreibern

zur Endkundenversorgung unterstehen als öffentliche Lieferaufträge dem BGBM sowie dem internationalen und nationalen Beschaffungsrecht.

A-2. Strombezüge von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch

Strombezüge von zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene, einschliesslich der Einrichtungen des öffentlichen Rechts, der Sektorenauftraggeber sowie von privaten Trägern öffentlicher Aufgaben zum Eigenverbrauch, insbesondere für Verwaltungsgebäude und öffentliche Verkehrsmittel, sind öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert von 250 000 Franken erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

A-3. Strombezüge von Verteilnetzbetreibern zur Endkundenversorgung

Strombezüge zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung sind von den von den Kantonen bezeichneten Verteilnetzbetreibern öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert von 250 000 Franken erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

A-4. Publikation von beabsichtigten freihändigen Vergaben

Strombeschaffungen im Geltungsbereich des GPA 2012, die freihändig durchgeführt werden sollen, obwohl der Auftragswert den Schwellenwert für das selektive oder das offene Verfahren erreicht, sind vor dem Vertragsabschluss auf simap.ch zu veröffentlichen.

Kopien an:

Behörden und Behördenzusammenschlüsse:

Energiedirektorenkonferenz
Schweizerischer Gemeindeverband
Kantonale Gemeindeverbände
Städteverband
Generalsekretariat UVEK
Eidgenössische Elektrizitätskommission
Preisüberwacher

Berufsverbände:

Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen
Dachverband Schweizer Verteilnetzbetreiber
Ausgewählte Energieversorgerverbände

¹²⁰ Vgl. zum Ganzen ausführlich: Beyeler, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 1145 ff. und 1222 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 252 f.; Urteil des EuGH C-340/04 vom 11.5.2006, Rz 36 und 38, *Carbotermo und Consortio Alisei*; VGer AG, WBE.2012.159 vom 1.7.2013, E. II/2.1 f.; VGer VD GE.2007.0013 vom 6.11.2009, E. 3a; VGer VD MPU.2011.020 vom 16.3.2012, E. 6b; VGer AG WBE 2012.159 vom 1.7.2013, E. 2.1 und 2.2; KGer VS, A1 09 163 vom 3.12.2009, E. 4.2 f.; RPW 2014/4, 788 Rz 29, *Gutachten eOperationsSchweiz*.

¹²¹ Vgl. Anhang I, Annex 7 B, Ziff. 1 GPA 2012.

¹²² Vgl. Art. 10 Abs. 3 Bst. b BöB und Art. 10 Abs. 2 Bst. b IVöB 2019.

¹²³ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 256; FELIX TUCHSCHMID, in: Handkommentar Beschaffungsrecht (Fn 55), Art. 10 Rz 38.

B 2.8	3. Recommandation du 22 mars 2021 concernant l'application du droit des marchés publics et de la loi fédérale sur le marché intérieur à l'acquisition d'électricité à l'intention des directions de l'énergie des cantons et de certaines communes
-------	---

Recommandation du 22 mars 2021 en matière de recommandation au sens de l'art. 8, al. 3, LMI concernant l'application du droit des marchés publics et de la loi fédérale sur le marché intérieur à l'acquisition d'électricité (621-00004) à l'intention des directions de l'énergie des cantons et de certaines communes

Table des matières

1	Contexte	3
2	Compétence de la COMCO en matière de droit du marché intérieur	5
3	Exigences du droit des marchés publics concernant l'achat d'électricité par des adjudicateurs cantonaux ou communaux	6
3.1	Prescriptions de droit international public	6
3.1.1	Acquisition d'électricité par les adjudicateurs pour leur consommation propre	6
3.1.2	Acquisition d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution en vue de l'approvisionnement des consommateurs finaux	8
3.2	Dispositions de droit interne	9
3.2.1	Prise en considération des prescriptions du droit international public dans l'application du droit	9
3.2.2	Champ d'application objectif	10
3.2.3	Champ d'application subjectif	12
3.3	Synthèse	12
4	Relation entre la législation sur l'approvisionnement en électricité et les dispositions de la LMI et du droit des marchés publics	13
4.1	Problématique	13
4.2	Interprétation	14
4.3	Synthèse	16
5	Calcul de la valeur du marché en vue de déterminer le type de procédure d'adjudication et obligation de publication	16
5.1	Généralités concernant le calcul de la valeur du marché et les valeurs seuils	16
5.2	Pertinence des dispositions de la législation sur l'approvisionnement en électricité pour le calcul de la valeur du marché s'agissant de l'électricité achetée par des adjudicateurs pour leurs propres besoins	18

5.3	Possibilité de déroger à l'obligation d'organiser un appel d'offres public en cas d'achat sur une bourse de marchandises	19
5.4	Obligation de publication	20
6	Exceptions à l'application du droit des marchés publics	20
6.1	Adjudication de marchés <i>in-house</i>	20
6.2	Adjudication de marchés quasi <i>in-house</i>	21
6.3	Adjudication de marchés <i>in-state</i>	22
7	Recommandations	23

1 Contexte

1. La présente recommandation, qui relève du droit du marché intérieur, porte sur deux volets de **l'approvisionnement en électricité**: d'une part, l'achat d'électricité par les organismes assumant des tâches publiques pour leurs propres besoins et, d'autre part, l'achat d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution en vue d'approvisionner les consommateurs finaux. La production d'électricité et la gestion de réseau ne sont pas abordées ici.

2. *Jusqu'ici, l'achat d'électricité pour l'approvisionnement des organismes assumant des tâches publiques* (ci-après « établissements publics ») a été géré *de manière très hétérogène* par les instances décisionnelles des cantons et des communes¹. Dans ce contexte, il est question *en particulier* de l'approvisionnement en électricité des bâtiments administratifs; toutefois, les considérations ci-après sont également pertinentes pour ce qui est de l'achat de courant destiné aux transports publics, par exemple. La base de données de simap.ch ne recense que très peu d'appels d'offres publics relatifs à l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics, ce qui porte à croire que, dans bon nombre de cantons et de communes, les achats de courant par les pouvoirs publics ne font pas l'objet d'appels d'offres publics, quand bien même la valeur des marchés dépasse les valeurs seuils. Manifestement, par le passé, plusieurs cantons et communes considéraient, sur la base du droit en vigueur jusqu'à fin 2020, qu'ils pouvaient renoncer à publier un appel d'offres, en dépit des dispositions du droit des marchés publics et de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)², et faire alimenter

¹ Cf. également NICOLAS DIEBOLD/MARTIN LUDIN, *Öffentliche Beschaffungen von Strom im teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt*, Schriften zum Energierecht, vol. 8, Zurich/Saint-Gall 2018 (cit. DIEBOLD/LUDIN), no 54.

² Loi fédérale du 6.10.1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02).

les établissements publics en électricité aux conditions de l'approvisionnement de base par le gestionnaire de réseau de distribution de la zone de desserte (ci-après « *gestionnaire de réseau de distribution* compétent »)³.

3. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI)⁴ en 2008, l'**approvisionnement des consommateurs finaux** fait l'objet d'une libéralisation partielle. Ainsi, les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh (soit env. 20 à 25 ménages)⁵ disposent d'un **droit d'accès au réseau** et peuvent choisir s'ils souhaitent acheter leur électricité sur le **marché libre** auprès d'un fournisseur de leur choix ou dans le cadre de l'**approvisionnement de base** auprès du gestionnaire de réseau de distribution compétent. À l'inverse, les consommateurs finaux captifs dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh sont fournis par le gestionnaire de réseau de distribution compétent, lequel est alors en situation de monopole⁶.

4. Conformément à l'art. 6, al. 1, LApEI, les gestionnaires de réseau de distribution désignés par les cantons sont tenus, dans le cadre de l'approvisionnement de base, de fournir aux consommateurs captifs et aux autres consommateurs finaux de leur zone de desserte qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau la quantité d'électricité qu'ils désirent au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables⁷. Il convient de noter que l'**approvisionnement de base** en électricité fait partie du service public et, partant, est une **tâche publique**⁸. Les tarifs de l'approvisionnement de base sont fixés *unilatéralement* par les gestionnaires de réseau de distribution et soumis à la surveillance de la Commission fédérale de l'électricité (EiCom)⁹. Par ailleurs, certains gestionnaires concluent des contrats de fourniture d'électricité avec des consommateurs finaux, des fournisseurs en amont et des fournisseurs finaux sur le **marché libre**. Se pose donc la question de savoir si l'**acquisition d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution pour approvisionner les consommateurs finaux** dans le cadre de la libéralisation partielle prévue par la loi doit faire l'objet d'un appel d'offres public et, le cas échéant, à quelles conditions.

5. À la suite de la révision de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics adoptée en 2012 (ci-après « AMP 2012 »), en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2021¹⁰, les législations fédérale et cantonales ont dû être adaptées. Ainsi, la Confédération et les cantons ont mené un **projet commun de révision** de leurs bases juridiques en matière de marchés publics afin de coordonner autant que possible le calendrier et le contenu des modifications. La nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (LMP)¹¹ et la nouvelle ordonnance sur les marchés publics (OMP)¹² sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Par ailleurs, l'*accord intercantonal* sur les marchés publics adopté fin novembre 2019 (ci-après « AIMP 2019 ») est harmonisé avec la législation fédérale susmentionnée¹³. La LMI a également été modifiée au 1^{er} janvier 2021. Aujourd'hui, les dispositions révisées de la LMP, de l'AIMP 2019 et de la LMI concordent dans une large mesure.

6. Il s'agit maintenant d'examiner, à l'aune des nouvelles prescriptions, si l'achat d'électricité par les cantons, les

communes et les autres organes assumant des tâches publiques pour leur **consommation propre**, d'une part, et l'acquisition d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution pour **approvisionner les consommateurs finaux** dans le cadre de l'ouverture partielle du marché prévue par la loi, d'autre part, doivent faire l'objet d'appels d'offres publics et, le cas échéant, à quelles conditions.

³ Il ressort p. ex. d'un communiqué de presse paru en décembre 2018 que l'approvisionnement en électricité des immeubles du **canton de Thurgovie** ne fait pas l'objet d'appels d'offres publics; www.tg.ch/news/news-detailseite.html/485/news/35766 (1.3.2021).

Dans le **canton de Bâle-Ville**, les bâtiments administratifs disposant d'un droit d'accès au réseau ont toujours été fournis en électricité dans le cadre de l'approvisionnement de base par les Services industriels bâlois (Industrielle Werke Basel, IWF), juridiquement indépendants du canton, mais entièrement détenus par celui-ci; www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100389/00000389349.pdf?t=155381515420190329001914; <https://primenews.ch/articles/2019/03/basler-regierung-hat-keine-lust-auf-tiefere-strompreise> (1.3.2021).

En avril 2014, le gouvernement du **canton de Schwyz** a déclaré, dans sa réponse à une question posée à ce sujet par un membre du parlement cantonal, que l'achat d'électricité sur le marché pour les immeubles disposant d'un droit d'accès au réseau faisait l'objet d'un *examen* continu. Il a toutefois ajouté que les immeubles du canton continueraient d'être approvisionnés par les fournisseurs d'énergie « locaux », majoritairement détenus par des communes et des districts; www.sz.ch/public/upload/assets/2633/KA_5_15_Strommarktpreise1429866587009.pdf (1.3.2021).

Jusqu'à fin 2020, dans le **canton de Fribourg**, l'acquisition d'électricité destinée aux bâtiments administratifs du canton ne donnait pas lieu à des appels d'offres publics; www.parlinfo.fr.ch/dl.php/de/ax-5fabb66f488ff/de_RCE_Q_2020-CE-164_Commande_lectricit_V01_def.pdf (1.3.2021).

En revanche, c'était le cas dans le **canton de Zurich**; www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2018/663/RRB-2018-0663.pdf (1.3.2021).

De même, la **ville de Lucerne** semble procéder à la publication d'appels d'offres lorsque la valeur seuil de 250 000 francs est dépassée pour les immeubles communaux disposant d'un droit d'accès au réseau; www.stadtluern.ch/_docus/2234231/Strombeschaffung_im_li_beralisierten_Markt.pdf (1.3.2021).

⁴ Loi du 23.3.2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI; RS 734.7).

⁵ D'après les données de la Commission fédérale de l'électricité (EiCom), un ménage classique (catégorie H4: appartement de 5 pièces équipé d'une cuisinière électrique et d'un sèche-linge, sans chauffe-eau électrique) consomme environ 4500 kWh par an; cf. Rapport d'activité de l'EiCom 2019, p. 12; www.elcom.admin.ch > Documentation > Rapports d'activité (1.3.2021).

⁶ Cf. art. 3, al. 1 et 6, et art. 13 LApEI.

⁷ Cf. art. 5 et 6, al. 1, LApEI.

⁸ Arrêt du TF 4A_305/2017 du 18.1.2018 consid. 5.2.

⁹ Cf. art. 22, al. 2, let. a et b, LApEI.

¹⁰ Accord de l'OMC du 15.4.1994 sur les marchés publics, révisé conformément au ch. 1 du prot. du 30.3.2012 (RS 0.632.231.422). Tous les États parties à l'accord sont tenus de transposer ses amendements dans leur droit interne.

¹¹ Loi fédérale du 21.6.2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1).

¹² Ordonnance du 12.1.2020 sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11).

¹³ L'entrée en vigueur de l'AIMP 2019 requiert l'adhésion préalable de deux cantons. Des procédures d'adhésion ayant déjà été engagées avant fin 2020, il faut s'attendre à ce que ce concordat entre en vigueur dans le courant de l'année 2021 et à ce que tous les cantons finissent par y adhérer. Un aperçu de l'avancement des procédures d'adhésion à l'AIMP 2019 est disponible sous la forme d'une carte sur le site de la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP); www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019 (1.3.2021).

2 Compétence de la COMCO en matière de droit du marché intérieur

7. Conformément à l'art. 8, al. 1, LMI¹⁴, la COMCO veille entre autres à ce que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques (entités privées, p. ex.) respectent la législation sur le marché intérieur. À cet effet, elle a par exemple la possibilité de formuler des recommandations (cf. art. 8, al. 2 et 3, LMI), qui peuvent porter sur des normes générales et abstraites relevant de tous les niveaux étatiques, législation intercantonale comprise¹⁵. La COMCO peut se fonder non seulement sur les critères de la LMI, mais aussi sur ceux des normes de droit international pertinentes¹⁶. Les recommandations peuvent également concerner, comme dans le cas présent, des questions liées à la mise en œuvre d'actes législatifs¹⁷. Enfin, elles sont utilisées à l'appui de recours déposés par les personnes concernées ou la COMCO (cf. ci-dessous, ch. 9).

8. L'art. 5 LMI prévoit des **exigences minimales pour les marchés publics effectués par les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales**, lesquelles s'appliquent en plus de l'AIMP¹⁸ et du droit cantonal des marchés publics. Elles comprennent par exemple le droit à un accès **non discriminatoire** aux marchés publics cantonaux et l'**obligation de publication** pour les marchés publics **de grande importance**¹⁹. La présente recommandation de la COMCO concerne les achats d'électricité par des adjudicateurs publics au sens de l'art. 5 LMI. Au *niveau fédéral*, ces achats étant régis non pas par la LMI, mais par la LMP, ils n'entrent pas dans le domaine de compétence de la COMCO (p. ex. s'agissant des achats effectués par Swissgrid SA en qualité de société responsable du réseau de transport de l'électricité, afin de remplir les tâches qui lui incombent en vertu de la législation sur l'approvisionnement en électricité). En revanche, les considérations ci-après relatives aux dispositions et à la primauté du droit *international* des marchés publics (cf. ci-dessous, ch. 10 à 22) sont également importantes pour les adjudicateurs au niveau fédéral.

9. Conformément à l'art. 9 LMI, les restrictions de la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet d'une décision sujette à recours devant une autorité indépendante de l'administration. La LMI accorde un droit de recours tant aux personnes concernées par une potentielle restriction d'accès au marché qu'à la COMCO²⁰. Ainsi, cette dernière peut déposer un recours contre toute acquisition **qui restreint indûment la liberté d'accès au marché intérieur**²¹. L'interdiction de discrimination inscrite à l'art. 5, al. 1, LMI prohibe aux entités adjudicatrices qui y sont soumises de pénaliser des personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse²². L'exemple typique de violation de l'art. 5 LMI est l'adjudication d'un marché public sans appel d'offres sur la base d'une exception invoquée à tort. De même, le manquement à l'un des principes du droit des marchés publics, tel que l'interdiction de discrimination ou l'exigence de transparence, peut également constituer une violation de cet article, notamment lorsque l'adjudicateur n'a pas choisi la procédure d'adjudication qui convient et n'a pas publié d'appel d'offres²³.

3 Exigences du droit des marchés publics concernant l'achat d'électricité par des adjudicateurs cantonaux ou communaux

3.1 Prescriptions de droit international public

3.1.1 Acquisition d'électricité par les adjudicateurs pour leur consommation propre

10. Pour les marchés publics relevant du champ d'application de l'Accord de l'OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après « AMP 1994 »)²⁴, la Suisse s'est engagée à lancer des appels d'offres publics, ainsi qu'à autoriser les entreprises ayant leur siège social dans tout État membre de l'Accord à présenter une offre et à ne pas les pénaliser²⁵. Le but de cet accord est notamment de permettre l'*ouverture* des marchés et de garantir un accès *non discriminatoire* aux marchés²⁶.

11. Le **champ d'application subjectif** de l'AMP 1994, qui a été en vigueur en Suisse jusqu'en décembre 2020, considère comme des entités contractantes (adjudicateurs) les unités administratives centrales et décentralisées de l'administration fédérale (Appendice I, Ann. 1) ainsi que, **au niveau cantonal**, les *unités administratives* et les *établissements cantonaux de droit public* (Appendice I, Ann. 2). Dans les relations avec l'UE, les marchés publics sont régis par l'accord bilatéral sur les marchés publics (ci-après « accord Suisse-UE »)²⁷. Cet accord étend le champ d'application de l'AMP 1994, dans le cadre des *relations avec les États membres de l'UE*, aux marchés passés par les unités administratives

¹⁴ Loi fédérale du 6.10.1995 sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur, LMI; RS 943.02).

¹⁵ Cf. « Recommandations selon l'art. 8, al. 2, LMI de la COMCO du 17.4.2000 concernant la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) (Adaptation aux accords bilatéraux CH-CE) destinées à la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement », DPC 2000/2, p. 281, no 1 ss.

¹⁶ Cf. art. 5, al. 2, LMI; VINCENT MARTENET, dans: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (éd.), Commentaire romand, *Droit de la concurrence*, 2e éd., Bâle 2011, no 10 s. ad art. 8 LMI.

¹⁷ Cf. « Empfehlung vom 27.2.2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxiendienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur », DPC 2012/2, p. 438, no 1 ss.; « Empfehlung vom 26.9.2016 betreffend Verwaltungspraxis des Kantons Bern bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Regierungsrat des Kantons Bern », DPC 2016/3, p. 795, no 1 ss.

¹⁸ Accord intercantonal du 25.11.1994/15.3.2001 sur les marchés publics (AIMP).

¹⁹ Cf. art. 5 LMI; concernant l'obligation de publier les projets de marchés publics, cf. ci-dessous, ch. 53 s.

²⁰ Cf. art. 9, al. 1 et 2^{bis}, LMI.

²¹ Message du 15.2.2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (cit. message sur la révision de la LMP), FF 2017 1695, ici 1824 s.

²² Cf. art. 5, al. 1, LMI.

²³ ATF 141 II 113 consid. 3.1.5.

²⁴ RO 1996 609; FF 1994 IV 1.

²⁵ Cf. art. VII AMP 1994.

²⁶ Cf. message type concernant la révision de l'accord intercantonal du 15.11.2019 sur les marchés publics (AIMP), version 1.0 du 16.1.2020 (cit. message type sur l'AIMP 2019), p. 7 s.; www.bpk.ch/fr/dtapp/cordats/aimp/aimp-2019019 (1.3.2021).

²⁷ Accord du 21.6.1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68; ci-après « accord Suisse-UE »), entré en vigueur le 1.6.2002.

des **districts** et des **communes** et les **entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels** dans les domaines des télécommunications, du transport ferroviaire et de l'approvisionnement énergétique (à noter que l'approvisionnement en électricité est soumis à l'AMP; cf. ci-dessous, ch. 15). L'accord Suisse-UE s'applique également aux **entités privées assurant un service au public**²⁸.

12. La Suisse a inscrit les notes suivantes dans l'Appendice I, Ann. 1 et 2, AMP 1994: « *Le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par les entités énumérées dans cette annexe et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau portable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications.* » L'interprétation de ces notes est controversée, dans la doctrine comme dans la jurisprudence: la question est de savoir si les marchés passés par les entités contractantes dans les secteurs cités sont **par définition** exclus du champ d'application de l'accord²⁹ ou si, dans les **secteurs** concernés, les entités adjudicatrices doivent **se conformer aux règles fixées à l'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994** (cf. ci-dessous, ch. 15 ss.). Dans ce dernier cas, l'acquisition d'électricité par une entité adjudicatrice en Suisse pourrait être exemptée à condition qu'il s'agisse d'une **entité adjudicatrice opérant sur des marchés sectoriels**³⁰ qui soit elle-même active dans le domaine de l'approvisionnement énergétique³¹. En 2014, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a indiqué en *obiter dictum* que les notes figurant à l'Appendice I, Ann. 1, AMP 1994 ne signifiaient *pas forcément* que l'achat d'électricité était exclu du champ d'application de l'accord³². Autrement dit, les entités adjudicatrices cantonales et communales étaient soumises à l'AMP 1994, en vigueur jusqu'à fin 2020, s'agissant de l'achat d'électricité pour leur consommation propre. Toutefois, certaines autorités, perpétuant une pratique en vigueur depuis de nombreuses années, ont manifestement déduit des formulations choisies à l'Appendice I, Ann. 1 et 2, AMP 1994 que *l'ensemble* des achats d'électricité effectués par des entités adjudicatrices pour leurs propres besoins n'était pas régi par le droit des marchés publics³³.

13. L'**AMP 2012** est entré en vigueur en Suisse le 1^{er} janvier 2021, dans le sillage de la révision totale de la LMP (cf. ci-dessus, ch. 5). Il s'applique aux entités adjudicatrices de la Confédération (Appendice I, Ann. 1) et des **cantons** (Appendice I, Ann. 2, ch. 1). Conformément à cet accord, les entités adjudicatrices du niveau des **districts** et des **communes** sont tenues d'adresser leurs appels d'offres au moins à tous les États membres de l'UE et de l'Association européenne de libre-échange (AELE) (cf. Appendice I, Ann. 2, ch. 2, et Ann. 7, ch. 1.1, let. a, AMP 2012)³⁴. L'AMP 2012 n'est *pas applicable* aux achats de biens et de services qui ne peuvent être effectués qu'auprès d'établissements disposant d'un **droit exclusif**, c'est notamment le cas de l'**acquisition d'énergie**³⁵. Selon le message sur l'AMP 2012, cette nouvelle formule **remplace** les notes de l'Appendice I, Ann. 1 et 2, AMP 1994³⁶. Elle indique clairement que, pour l'acquisition de prestations dans le secteur de l'approvisionnement énergétique, les entités adjudicatrices soumises à l'AMP ne sont **pas globalement exemptées** de l'application de l'AMP 2012. Une excep-

tion peut être invoquée uniquement lorsque la prestation concernée doit impérativement être fournie par un monopoleur en raison des conditions-cadre réglementaires.

14. Par conséquent, en application des dispositions de l'AMP 2012, l'**achat d'électricité par les adjudicateurs cantonaux ou communaux pour leurs propres besoins** doit faire l'objet d'un appel d'offres public dans la mesure où l'établissement public à alimenter est un consommateur final qui **peut** choisir **librement** son fournisseur d'électricité sur le marché. Comme évoqué ci-dessus, l'AMP 2012 ne s'applique pas aux adjudicateurs qui, en tant que consommateurs finaux captifs, sont fournis dans le cadre d'un *monopole d'approvisionnement*.

²⁸ Cf. art. 2, al. 1, et art. 3 de l'accord Suisse-UE.

²⁹ Dans ce sens: arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2000.00406 du 6.6.2001 consid. 4a; d'un autre avis: DIEBOLD/LUDIN (note 1), no 38.

³⁰ L'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994 régit l'assujettissement *subjectif* des entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels. D'après cette annexe, les entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels peuvent être des autorités, des établissements de droit *public* et des entreprises *publiques* de tous niveaux étatiques. Les explications figurant à l'Ann. 3, par. 2, AMP 1994 précisent que le *domaine de l'électricité* comprend les entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels qui disposent d'un *droit d'expropriation* en vertu de la loi fédérale du 24.6.1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (loi sur les installations électriques, LIE; RS 734) ou qui *produisent* de l'énergie électrique conformément à la loi fédérale du 22.12.1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (loi sur les forces hydrauliques, LFH; RS 721.80) ou à la loi du 21.3.2003 sur l'énergie nucléaire (LENu; RS 732.1). Le droit d'expropriation est réglé à l'art. 43 ss. LIE.

³¹ DIEBOLD/LUDIN (note 1), no 52, sont notamment en faveur de cette interprétation. Du même avis: Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts: Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Zurich 2012 (cit. BEYELER, *Geltungsanspruch*), nos 969 et 984.

³² Arrêt du TAF B-4288/2014 du 25.9.2014 consid. 3.6.2

³³ C'est le cas, p. ex., du canton de Fribourg, qui, jusqu'à fin 2020, ne lançait pas d'appels d'offres publics pour l'approvisionnement en électricité des immeubles lui appartenant et concourant à l'exécution de tâches publiques (cf. note 3): dans sa réponse à la question 2020-CE-164 posée le 1.9.2020 par les députés Francine Defferard et Hubert Dafflon (« Commande d'électricité par des collectivités publiques et marchés publics »), le Conseil d'État explique que la situation juridique relative aux exceptions au champ d'application de l'AMP 1994 n'est pas claire et que cette incertitude sera levée à l'entrée en vigueur de l'AMP 2012; cf. également les autres pratiques cantonales et communales évoquées dans la note 3, lesquelles ne s'expliquent, compte tenu des obligations de droit international public à respecter, que par une telle interprétation du champ d'application de l'AMP 1994.

³⁴ Conformément à l'Appendice I, Ann. 2, ch. 2, AMP 2012, la Suisse s'engage à ce que ses autorités ou unités administratives centrales ou décentralisées du niveau des *districts* et des *communes* respectent les exigences de l'accord. Dans l'Appendice I, Ann. 7, ch. 1.1, let. a, elle *limite* le champ d'application de l'AMP 2012 aux entités adjudicatrices du niveau des *districts* et des *communes* qui font partie des *États membres de l'UE, des États de l'AELE ou de l'Arménie*.

³⁵ Cf. Appendice I, Ann. 7, ch. 2.1, let. b, AMP 2012.

³⁶ Cf. message du 15.2.2017 relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC (cit. message sur l'AMP 2012), FF 2017 1899, ici 1947.

3.1.2 Acquisition d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution en vue de l'approvisionnement des consommateurs finaux

15. Selon l'Appendice I, Ann. 3, AMP, on entend par « **entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels** » les autorités, établissements de droit *public* et entreprises *publiques* de tous les niveaux étatiques. Par contre, l'AMP ne s'applique pas à l'acquisition d'électricité par des entreprises *privées* opérant sur des marchés sectoriels³⁷. Conformément à la LApEI, les gestionnaires de réseau de distribution sont chargés de l'approvisionnement de base en électricité des consommateurs finaux captifs de leur zone de desserte³⁸. En leur qualité de fournisseurs finaux, ils sont également autorisés à alimenter en électricité les consommateurs finaux libres, car le droit fédéral ne contient aucune réglementation sur la séparation juridique des activités monopolistiques d'une entreprise d'approvisionnement en électricité (EAE) verticalement intégrée de ses autres activités. Les **gestionnaires de réseau de distribution** font donc partie des entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels au sens de l'AMP. Comme indiqué plus haut, l'accord Suisse-UE étend le champ d'application de l'AMP aux entités privées assurant un service au public dans le cadre des relations entre les États membres de l'UE et la Suisse (cf. ci-dessus, ch. 11). Toutefois, l'acquisition d'électricité étant soumise à l'AMP, elle est exclue du champ d'application de l'accord Suisse-UE³⁹.

16. Jusqu'à fin 2020, *l'ensemble* des adjudicateurs ont joui d'une exception prévue à l'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994, selon laquelle l'accord ne s'appliquait pas aux marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers dans des **conditions de concurrence** dans le cadre d'une **activité exercée dans l'un des secteurs visés**. Toutefois, cette exception était applicable uniquement si l'entité adjudicatrice ne bénéficiait d'**aucun droit spécial ou exclusif** pour vendre ou louer l'objet de ces marchés et si d'autres entités pouvaient librement le vendre ou le louer aux mêmes conditions que l'entité adjudicatrice⁴⁰. En Suisse, la fourniture de courant aux consommateurs finaux dans le cadre de l'approvisionnement de base est facturée selon des tarifs *administrés par l'État* et basés sur *les prix de revient*⁴¹. La revente ne s'opère par conséquent pas dans des conditions de concurrence, une des exigences requises pour invoquer l'exception. Les **adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels** n'étaient cependant pas soumis à l'AMP, en vertu de l'**exception générale prévue à l'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994** relative à la passation de marchés concernant l'acquisition de courant (cf. ci-dessus, ch. 12). Ainsi, les marchés passés par ces adjudicateurs en matière d'approvisionnement énergétique, et donc les achats d'électricité effectués par les gestionnaires de réseau de distribution pour approvisionner les consommateurs finaux, **n'entraient pas dans le champ d'application de l'AMP jusqu'à fin 2020**.

17. Les **exceptions** applicables selon l'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994 **aux achats d'électricité par des adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels** ne figurent plus dans l'AMP 2012. Elles ont été remplacées,

dans le cas de la Suisse, par une nouvelle clause dérogatoire, prévue à l'Ann. 3 de la Suisse, selon laquelle les marchés attribués par les entités adjudicatrices dans le cadre d'une activité énumérée dans cette annexe sont *exclus* du champ d'application de l'AMP 2012, lorsque ladite activité est exposée à la **pleine concurrence** du marché. Conformément à l'AMP 2012, les gestionnaires de réseau de distribution sont donc tenus d'appliquer le droit des marchés publics lorsqu'ils achètent de l'électricité en vue d'approvisionner des consommateurs finaux **sans droit d'accès au réseau**, car ils agissent alors en tant que monopoleurs, et les activités concernées ne sont pas exposées à la pleine concurrence⁴².

18. En revanche, les achats de biens destinés à la vente ou à la revente **dans le commerce** ne relèvent en **général** pas du champ d'application de l'AMP 2012⁴³. Ainsi, seule l'acquisition d'électricité par des gestionnaires de réseau de distribution destinée **uniquement** à la revente à des consommateurs finaux **libres** est exclue du champ d'application de l'AMP 2012, cette exception étant justifiée par la pression de la concurrence sur le marché en aval⁴⁴.

3.2 Dispositions de droit interne

3.2.1 Prise en considération des prescriptions du droit international public dans l'application du droit

19. L'art. 5, al. 4, de la Constitution (Cst.)⁴⁵ dispose que la Confédération et les *cantons* doivent respecter le droit international. La Suisse faisant partie des États de tradition moniste, le droit international y est *directement* applicable, sans qu'il soit nécessaire de le transposer dans l'ordre juridique interne⁴⁶. Une disposition de droit international est *directement* applicable (*self-executing*) lorsqu'elle se rapporte aux droits et obligations des particuliers et qu'elle est justiciable, c'est à dire suffisamment précise pour servir de fondement dans une décision relative à un cas d'espèce. Si elle s'adresse également aux autorités *chargées d'appliquer le droit*, alors ces dernières peuvent l'appliquer *directement*. À l'inverse, les dispositions de nature *programmative* ou destinées

³⁷ Cf. Appendice I, Ann. 3, AMP 1994, dans lequel il n'est question que d'entités *publiques* opérant sur des marchés sectoriels.

³⁸ Cf. art. 6, al. 1, LApEI.

³⁹ Cf. art. 3, al. 7, et ann. VIII, let. f, de l'accord Suisse-UE.

⁴⁰ Cf. Appendice I, Ann. 3, note 2, AMP 1994.

⁴¹ Cf. art. 6 et 22, al. 2, let. a et b, LApEI et art. 4 de l'ordonnance du 14.3.2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEI; RS 734.71).

⁴² L'appréciation de l'exposition à la pleine concurrence d'une activité incombe non pas aux entités adjudicatrices, mais au Conseil fédéral; cf. art. 7 AIMP 2019; message sur l'AMP 2012 (note 36), FF 2017 1899, ici 1949.

⁴³ Cf. art. II, par. 2, al. a)ii), AMP 2012.

⁴⁴ Message sur la révision de la LMP (note 21), FF 2017 1695, ici 1748.

⁴⁵ RS 101.

⁴⁶ ATF 127 II 177 consid. 2c.

à l'État dans son ensemble *ne sont pas d'application directe (non self executing)*. Elles doivent être *transposées* par le *législateur national* (en général, par le Parlement), avant de pouvoir créer des droits et obligations pour des entités privées⁴⁷.

20. En principe, le droit international public prime le droit interne. Les autorités nationales doivent, dans la mesure du possible, interpréter les dispositions de droit interne *conformément au droit international*⁴⁸. Cette obligation, qui incombe à *tous* les organes étatiques de la Confédération, des cantons et des communes⁴⁹, concerne aussi bien le droit fédéral que le droit cantonal ou le droit communal⁵⁰.

21. État partie à l'AMP 2012, la Suisse a dû adapter sa législation aux dispositions de l'accord révisé⁵¹. L'AIMP 2019 met en œuvre les obligations découlant des accords internationaux sur les marchés publics et tient compte des modifications liées à la révision du droit fédéral et de l'AMP 2012. Plusieurs cantons ont d'ores et déjà engagé leur procédure d'adhésion à ce concordat. L'entrée en vigueur de l'AIMP 2019 requiert l'adhésion d'au moins deux cantons⁵². La version antérieure de l'AIMP reste applicable dans les cantons n'ayant pas adhéré au nouveau texte⁵³. Il y a lieu de supposer que les cantons finaliseront rapidement leur adhésion à l'AIMP 2019, d'autant qu'ils l'ont adopté à *l'unanimité* en novembre 2019⁵⁴.

22. Les dispositions de l'AMP 2012 concernant le *champ d'application* objectif et subjectif (art. II) et la procédure d'*appel d'offres* (art. VII) s'adressent *directement* aux *entités adjudicatrices*. Comme ces normes sont directement applicables⁵⁵, les entités adjudicatrices des cantons et des communes doivent d'ores et déjà s'y conformer, **avant même l'adhésion des cantons à l'AIMP 2019** et la transposition des nouvelles règles dans les ordres juridiques cantonaux et communaux. Le champ d'application du droit interne des marchés publics aux niveaux fédéral et cantonal ne peut pas être *plus restreint* que celui de l'AMP 2012. En revanche, la Confédération et les cantons ont toute la latitude pour *l'élargir*, sur le plan tant personnel que matériel, par rapport à celui des accords internationaux.

3.2.2 Champ d'application objectif

23. La doctrine et la jurisprudence suisses, de même que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁵⁶, considèrent **l'achat d'électricité** par un adjudicateur comme un **marché de fournitures**⁵⁷. Les marchés de fournitures, aussi bien au niveau fédéral qu'au niveau cantonal, sont soumis au droit des marchés publics⁵⁸, la LMP étant applicable aux marchés au niveau fédéral et la LMI, à ceux passés aux niveaux cantonal et communal⁵⁹. L'art. 5, al. 2, LMI prévoit que les **marchés publics de grande importance** portant sur des fournitures, des services ou des travaux *doivent* faire l'objet d'**appels d'offres**; il interdit la discrimination des soumissionnaires **ayant leur siège en Suisse** dans le cadre de ces procédures.

24. D'un point de vue matériel, l'art. 5 LMI s'applique à *tous* les biens susceptibles de faire l'objet d'un marché public. La notion d'« öffentliche Beschaffung » de la LMI coïncide avec celle d'« öffentlicher Auftrag » (« marché

public » dans les deux cas); c'est ce qui ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) et a été inscrit explicitement dans la LMP et l'AIMP 2019⁶⁰. Selon ces actes législatifs, il y a « marché public », lorsque les pouvoirs publics agissent en tant qu'acheteur sur le marché libre afin d'acquérir les ressources nécessaires à l'exécution de tâches publiques en contrepartie du paiement d'un prix ou d'une autre forme de compensation⁶¹. La LMI ne prévoit pas d'exception pour l'achat de courant en tant que marché public de fournitures. Le champ d'application matériel et personnel de l'art. 5 LMI est donc *plus large* que celui de l'AMP 1994. Par conséquent, la doctrine et la jurisprudence considèrent, selon le droit en vigueur jusqu'à fin 2020, que l'achat de courant était d'ores et déjà soumis à l'obligation de publier un appel d'offres en application de l'art. 5, al. 2, LMI, *indépendamment d'une éventuelle exception prévue par l'AMP 1994* (cf. ci-dessus, ch. 12)⁶².

25. L'AIMP et le droit cantonal doivent tenir compte des prescriptions du droit fédéral. En tant que *marché public de fournitures*, l'achat d'électricité entre dans le champ d'application de l'AIMP et de l'AIMP 2019⁶³. L'AIMP prévoit lui aussi que les marchés de fournitures qui atteignent les valeurs seuils doivent faire l'objet d'appels d'offres publics⁶⁴. Comme dans l'AMP 2012, seule,

⁴⁷ *La relation entre droit international et droit interne*, rapport du Conseil fédéral du 5.3.2010 en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 16.10.2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20.11.2008 (cit. *La relation entre droit international et droit interne*), FF 2010 2067, ici 2089; ATF 145 I 308 consid. 3.4.1; 140 II 185, consid. 4.2; 136 I 297 consid. 8.1; 133 I 286 consid. 3.2.

⁴⁸ Cf. art. 5, al. 3 et 4, Cst.; *La relation entre droit international et droit interne*, FF 2010 2067, ici 2090.

⁴⁹ *La relation entre droit international et droit interne*, FF 2010 2067, ici 2106.

⁵⁰ *La relation entre droit international et droit interne*, FF 2010 2067, ici 2108.

⁵¹ Cf. art. XXII, par. 4, AMP 2012.

⁵² Cf. art. 65, al. 1, AIMP 2019.

⁵³ Cf. art. 65, al. 2, AIMP 2019.

⁵⁴ Communiqué de presse de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) du 18.11.2019; www.bpuk.ch/fr/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019 (1.3.2021).

⁵⁵ Message sur la révision de la LMP (note 21), FF 2017 1695, ici 1704 s.; message sur l'AMP 2012 (note 36), FF 2017 1899, ici 1947 s.; sur la question de l'applicabilité directe des dispositions de l'AMP 1994 et de l'AMP 2012, cf. URS SAXER, « Einführung in den internationalen Kontext », dans: Hans Rudolf Trüb (éd.), *Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2020 (cit. *Handbuch Beschaffungsrecht*), no 16 ss.

⁵⁶ Arrêt de la CJUE C-393/92 du 27.4.1994, *commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, pt 28; arrêt de la CJUE C-448/01 du 4.12.2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH contre Republik Österreich*.

⁵⁷ BEYELER, *Geltungsanspruch* (note 31), nos 969 et 984; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd., Zurich 2013 (cit. GALLI/MOSER/LANG/STEINER), no 219; arrêt du TAF B-8141/2015 du 30.8.2016 consid. 3.3.2.

⁵⁸ Cf. art. 8, al. 2, let. b, LMP; art. 6, al. 1, let. b, et art. 8, al. 2, let. b, AIMP.

⁵⁹ Cf. art. 5, al. 1, 1re phrase, LMI.

⁶⁰ Cf. art. 8, al. 1, LMP et art. 8, al. 1, AIMP 2019.

⁶¹ ATF 135 II 49 consid. 4; 125 I 209 consid. 6b.

⁶² DIEBOLD/LUDIN (note 1), no 61 ss.; BEYELER, *Geltungsanspruch* (note 31), nos 987, 996 et 997 ss.

⁶³ Cf. art. 6, al. 1, let. b, AIMP; art. 8, al. 2, let. b, AIMP 2019.

⁶⁴ Cf. art. 6, al. 1, let. b, art. 7, et ann. 1 et 2 AIMP; art. 8, al. 2, let. b, et ann. 1 et 2 AIMP 2019.

l'acquisition de prestations destinées à être vendues ou revendues **dans le commerce** est exclue du champ d'application de l'AIMP⁶⁵. La doctrine considère que bien que ce concordat ne le mentionne pas expressément, le droit *cantonal* doit également tenir compte de l'exclusion des **adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels** du champ d'application du droit des marchés publics, conformément à l'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994 (cf. ci-dessus, ch. 15)⁶⁶. Cette exception ayant été supprimée par l'AMP 2012, il est juridiquement établi que, depuis le 1^{er} janvier 2021, les adjudicateurs cantonaux ou communaux ne doivent plus la prendre en considération dans le cadre de l'application du droit des marchés publics. Par ailleurs, l'AIMP ne s'applique pas lorsqu'un adjudicateur acquiert des prestations auprès d'un *fournisseur* disposant d'un **droit exclusif** de vendre lesdites prestations⁶⁷. Cette exclusion du champ d'application objectif existe d'ailleurs déjà dans l'AMP 2012 (cf. ci-dessus, ch. 13).

26. Il ressort de ce qui précède que les *achats d'électricité* effectués par un adjudicateur qui, en tant que *consommateur final*, peut choisir son fournisseur d'électricité sur le marché, relèvent du champ d'application objectif du droit des marchés publics et de la LMI (pour plus d'informations sur la relation entre les dispositions du droit des marchés publics et celles de la législation sur le marché intérieur et sur le libre choix du fournisseur accordé par la LAPeI aux consommateurs finaux ayant un droit d'accès au réseau: cf. ci-dessous, ch. 32 à 41). En outre, conformément à l'art. 5, al. 2, LMI et à l'AIMP, les *achats d'électricité* effectués par les gestionnaires de réseau de distribution *en vue d'assurer l'approvisionnement de base aux consommateurs finaux captifs* (qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur) doivent faire l'objet d'appels d'offres publics.

3.2.3 Champ d'application subjectif

27. Le champ d'application subjectif de la LMI couvre les cantons, les communes et d'autres organes assumant des tâches cantonales et communales (cf. ci-dessus, ch. 8). Celui de l'art. 5 LMI doit être déterminé en fonction du droit international (AMP) et intercantonal (AIMP) des marchés publics⁶⁸. L'AIMP distingue les marchés « soumis aux accords internationaux » de ceux « non soumis aux accords internationaux ». S'agissant des *marchés soumis aux accords internationaux*, les *autorités* ainsi que les *unités administratives* centrales et *décentralisées* du niveau des **cantons**, des **districts** et des **communes**, y compris les *établissements de droit public*⁶⁹, sont soumises à l'AIMP pour autant qu'elles **n'exercent pas d'activités à caractère commercial ou industriel**. De même, sont soumises à ce concordat les autorités et les entreprises agissant en tant qu'**entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels** dans le cadre d'achats relevant de leur activité principale, comme l'approvisionnement énergétique, ainsi que d'autres entités adjudicatrices sur la base des accords internationaux correspondants⁷⁰. Par ailleurs, l'AIMP est applicable à des **entités privées assurant un service au public**. Outre les obligations découlant des accords internationaux, les cantons et communes doivent respecter les dispositions de la LMI. S'agissant des *marchés non soumis aux accords internationaux* (régis exclusivement par le droit interne), l'AIMP est applicable,

d'une part, aux autres organes assumant des tâches cantonales et communales dans le cadre de leurs activités non commerciales et, d'autre part, aux biens et services dont plus de 50 % des coûts totaux sont subventionnés par des fonds publics⁷¹.

28. Ainsi, les cantons, les communes, les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels et les organes cantonaux et communaux assumant des tâches publiques qui achètent du courant pour leurs *propres besoins* font également partie du champ d'application subjectif du droit cantonal des marchés publics et de la LMI. Il en va de même des gestionnaires publics et privés de réseau de distribution chargés de l'approvisionnement de base dans leur zone de desserte, l'approvisionnement de base étant une tâche *publique*⁷². Enfin, les gestionnaires de réseau de distribution du secteur de l'approvisionnement énergétique sont considérés comme des entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels.

3.3 Synthèse

29. L'achat d'électricité est soumis, à titre de marché public de fournitures, aux accords internationaux sur les marchés publics, au droit interne des marchés publics et à l'art. 5 LMI.

30. Dès lors que les autorités cantonales ou communales, les unités administratives centrales ou décentralisées et les entités privées agissant en tant qu'organes assumant des tâches publiques sont en mesure d'acheter du courant pour leurs **propres besoins** sur le **marché libre**, elles sont considérées comme des entités adjudicatrices et sont donc *tenues*, pour leurs **achats d'électricité**, de **lancer un appel d'offres public**, conformément au droit international et interne des marchés publics ainsi qu'à l'art. 5 LMI. Les modifications apportées au droit interne à la suite de l'adoption de l'AMP 2012, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021, *clarifient la situation juridique* en ce qu'elles permettent de conclure que les achats d'électricité effectués par des adjudicateurs pour leurs propres besoins doivent *incontestablement* faire l'objet d'appels d'offres publics si la valeur seuil pertinente selon le droit des marchés publics est

⁶⁵ Cf. art. 10, al. 1, let. a, AIMP 2019.

⁶⁶ BEYELER, *Geltungsanspruch* (note 31), no 571.

⁶⁷ Ce cas de figure est depuis peu explicitement prévu à l'art. 10, al. 2, let. a, AIMP 2019. Dans le droit en vigueur jusqu'à fin 2020, cette exception était déduite par la doctrine de l'art. 3, al. 3, LMI; cf. DIEBOLD/LUDIN (note 1), no 58.

⁶⁸ Cf. art. 5, al. 1, 1^{re} phrase, LMI.

⁶⁹ Selon la **définition figurant à l'Appendice I, Ann. 3, AMP 2012**, le terme « **établissement de droit public** » désigne tout organisme: (i) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial; (ii) doté d'une personnalité juridique, et (iii) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

⁷⁰ Cf. art. 8, al. 1, AIMP et art. 4, al. 1 à 3, AIMP 2019.

⁷¹ Cf. art. 8, al. 2, AIMP et art. 4, al. 4, AIMP 2019.

⁷² ATF 144 III 111 consid. 5.2.

atteinte et si aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte. Le droit des marchés publics est applicable dès lors que le courant destiné aux consommateurs finaux concernés peut être acheté sur le marché *libre* et sert à l'exercice d'activités **non commerciales**. En revanche, il ne s'applique pas aux adjudicateurs qui ne disposent pas d'un droit d'accès au réseau en vertu de la LApEI. Dans ce cas, les consommateurs finaux en question sont fournis par le gestionnaire de réseau de distribution compétent, aux conditions de l'approvisionnement de base (pour plus de détails, cf. ci-dessous, ch. 32 à 41).

31. Par ailleurs, d'après le droit international et interne des marchés publics ainsi que l'art. 5 LMI, les **gestionnaires de réseau de distribution (publics comme privés)** ont l'*obligation* de publier un appel d'offres pour leurs **achats d'électricité destinés à la revente aux consommateurs finaux captifs dans le cadre de l'approvisionnement de base**. L'accord Suisse-UE étend le champ d'application de l'AMP 2012 aux gestionnaires *privés* de réseau de distribution dans les relations entre la Suisse et les États membres de l'UE. Seule l'électricité destinée à la revente à des consommateurs finaux sur le **marché libre** peut être achetée sans lancer d'appel d'offres⁷³. Par conséquent, le droit interne impose aux gestionnaires de réseau de distribution de lancer un appel d'offres lorsqu'ils achètent du courant en vue d'assurer l'approvisionnement de base des consommateurs finaux captifs, pour autant que la valeur seuil pertinente selon le droit des marchés publics soit atteinte et qu'aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte.

4 Relation entre la législation sur l'approvisionnement en électricité et les dispositions de la LMI et du droit des marchés publics

4.1 Problématique

32. Les paragraphes qui suivent exposent plus en détail la relation entre, d'une part, les dispositions du droit international et interne des marchés publics et de la LMI et, d'autre part, les dispositions de la législation sur l'approvisionnement en électricité. En vertu de l'AMP 2012, de l'art. 5, al. 2, LMI et de l'AIMP, les adjudicateurs des cantons et des communes sont tenus de procéder à des appels d'offres publics lorsqu'ils achètent de l'électricité pour leur consommation propre, dès lors que la valeur du marché atteint la valeur seuil pertinente selon le droit des marchés publics (cf. ci-dessous, ch. 45) et qu'aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte (cf. ci-dessous, ch. 55 à 62). En revanche, les consommateurs finaux libres dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh ont, en vertu de la législation sur l'approvisionnement en électricité, le *droit de choisir* s'ils veulent continuer à bénéficier de l'approvisionnement de base ou s'ils souhaitent acheter leur courant auprès d'un fournisseur de leur choix sur le marché⁷⁴.

33. Se pose donc la question de savoir si, *malgré l'obligation, prévue aussi bien par le droit international et le droit interne des marchés publics que par la LMI, de lancer des appels d'offres pour les achats de courant en tant que marchés publics de fournitures*, un adjudicateur

disposant d'un droit d'accès au réseau est également autorisé, en vertu de l'art. 6 LApEI, à se fournir auprès du gestionnaire de réseau de distribution compétent, dans le cadre de l'*approvisionnement de base*, et s'il n'est pas forcément tenu de procéder à un appel d'offres public lorsqu'il achète du courant pour sa consommation propre. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si le *droit de choisir* dont bénéficient les consommateurs finaux libres en vertu de la LApEI prime l'obligation de lancer un appel d'offres public prévue par le droit des marchés publics.

4.2 Interprétation

34. Le but du droit des marchés publics est que l'État fasse ses achats de biens, de services et de travaux dans un environnement *concurrentiel*. Ainsi, la LMP et l'AIMP 2019 visent une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables, la transparence des procédures d'adjudication, l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires et, enfin, une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires⁷⁵. Contrairement aux acteurs économiques privés, l'État n'est pas exposé à la pression de la concurrence lorsqu'il acquiert des biens et des services sur le marché. Il est donc possible que l'État fonde son choix sur des considérations inopportunes plutôt que sur des critères économiques. Les instruments du droit des marchés publics compensent dans une certaine mesure l'absence de pression concurrentielle en obligeant l'État à lancer des appels d'offres publics pour ses achats. L'objectif de cette procédure est de garantir que le marché soit attribué à l'entreprise la plus efficace⁷⁶.

35. Dans certains cas de figure, les grandes villes et les cantons, qui ont souvent des parts dans une ou plusieurs EAE locales, ne sont pas incités, en tant qu'adjudicateurs, à se présenter *d'eux-mêmes* comme des consommateurs finaux sur le marché libre, sachant que les coûts de l'électricité servant à alimenter les établissements publics sont financés par l'argent des contribuables. En général, pour les consommateurs finaux bénéficiant d'un droit d'accès au réseau, l'électricité est plus chère dans le cadre de l'approvisionnement de base que sur le marché. Cette différence de prix vient souvent gonfler les bénéfices des gestionnaires de réseau de distribution et des fournisseurs historiques, notamment des EAE dans lesquelles les adjudicateurs ont des parts ou qui leur sont proches politiquement. Des

⁷³ L'Association des entreprises électriques suisses (AES) est aussi d'avis que le droit des marchés publics s'applique aux achats effectués par les gestionnaires de réseau de distribution pour l'approvisionnement de base de leurs consommateurs finaux captifs, à tout le moins à partir du 1.1.2021; cf. AES, « Q&A öffentliches Beschaffungsrecht in der Energiebranche », 24.2.2020 (cit. AES, FAQ), p. 2; http://nbild.dsvnet.ch/gallery/130221104004831985/VSE_FAQ-Beschaffungsrecht_in_der%20Energiebranche_Stand_24022020.pdf (1.3.2021).

⁷⁴ Cf. art. 6 et 13 LApEI et art. 11, al. 2, OApEI; arrêt du TF 2C_739/2010 du 6.7.2011 consid. 2.3.

⁷⁵ Cf. art. 2 LMP et art. 2 AIMP 2019.

⁷⁶ Cf. « Empfehlung vom 30.6.2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM) », DPC 2014/2, p. 446, no 26; DIEBOLD/LUDIN (note 1), no 30; cf. également AES, FAQ (note 73), p. 1.

EAE détenues en partie par des adjudicateurs pourraient donc verser à leurs propriétaires des dividendes résultant de livraisons de courant acheté avec l'argent des contribuables dans des conditions non conformes au marché. Cela irait à l'encontre des objectifs visés par le droit des marchés publics et serait contre-productif s'agissant du développement de la concurrence dans le domaine de l'approvisionnement en électricité.

36. Aux termes de son art. 1, al. 1, la LApEI a pour objectif de créer les conditions propres à assurer un approvisionnement en électricité sûr ainsi qu'un *marché de l'électricité axé sur la concurrence*. Le message relatif à la LApEI, qui date de fin 2004, indique que le but de la LApEI est d'assurer l'approvisionnement de base et la sécurité de l'approvisionnement, y compris dans un *contexte libéralisé*, avec une sécurité juridique pour les investissements. Il précise que des *incitations à une intensification de la concurrence* doivent être créées au titre de la sécurité de l'approvisionnement⁷⁷. Le message ne contient pas d'autre motif justifiant la mise en place de l'approvisionnement de base. Dans le projet de loi de l'administration, l'approvisionnement de base destiné aux consommateurs finaux captifs ne disposant pas d'un accès au réseau était limité aux *ménages*⁷⁸, ce qui était probablement lié au fait que l'approvisionnement de base visait à garantir que les petits ménages, dont la consommation est proportionnellement faible et qui sont donc moins intéressants pour le marché (en particulier dans les régions périphériques), ait au moins un fournisseur pour les alimenter en électricité à des conditions raisonnables (aspect de la sécurité de l'approvisionnement). En revanche, il y a lieu de supposer que les entités adjudicatrices trouveront toujours un tel fournisseur d'électricité aux conditions du marché, même sans que l'approvisionnement de base ne le leur garantisse, notamment en raison de leur solvabilité généralement très bonne et des parts qu'elles peuvent détenir dans des EAE (directement ou via des filiales). *Par conséquent, les entités adjudicatrices n'ont pas besoin de la protection offerte par l'approvisionnement de base.*

37. Les autorités cantonales et communales sont également tenues d'interpréter le droit cantonal et communal en conformité avec le droit international (cf. ci-dessus, ch. 20). Les adjudicateurs bénéficiant d'un *droit d'accès au réseau* qui achètent du courant pour leurs propres besoins ont ainsi l'obligation de publier des appels d'offres en vertu de dispositions *directement applicables* de l'AMP 2012, en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2021 (cf. ci-dessus, ch. 22). Dans le cas où une interprétation conforme au droit international serait impossible, ces prescriptions de droit international public primeraient la règle interne fixée à l'art. 6 LApEI (cf. ci-dessus, ch. 19). Ni le droit interne ni le droit international des marchés publics ne prévoient d'exclusion du champ d'application du droit des marchés publics lorsque l'adjudicateur peut acheter de l'électricité destinée à l'exercice d'activités non commerciales sur le marché libre (cf. ci-dessus, ch. 10 ss. et 23 ss.). L'art. 6 LApEI donne aux consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh la *possibilité* de s'approvisionner en courant auprès d'un fournisseur de leur choix. Par contre, *aucune disposition de la*

LApEI ne dispense les adjudicateurs publics disposant d'un droit d'accès au réseau de l'obligation de publier des appels d'offres. Ainsi, le droit international public et interne des marchés publics et la législation sur l'approvisionnement en électricité peuvent être appliqués en parallèle.

38. Si l'*Assemblée fédérale* vient à déroger **intentionnellement** au droit international public, cette décision est contraignante pour le TF en vertu de la « jurisprudence Schubert », pour des raisons de séparation des pouvoirs⁷⁹. Si, lors de la transposition des dispositions de l'AMP dans le droit interne, le législateur fédéral avait voulu permettre aux adjudicateurs qui *peuvent* acheter l'électricité sur le marché libre sur la base de la LApEI de se fournir auprès du gestionnaire de réseau de distribution compétent sans organiser d'appel d'offres public, dans le cadre de l'approvisionnement de base, il l'aurait inscrit expressément dans la loi, ou aurait tout du moins abordé la question lors des délibérations parlementaires ayant précédé le vote sur l'adoption de la LMP révisée et l'approbation de l'AMP 2012. Tel n'a toutefois pas été le cas. Une interprétation de l'art. 6 LApEI conforme au droit international est donc possible; les entités adjudicatrices chargées d'appliquer le droit dans les cantons et les communes *ont l'obligation* d'interpréter le droit interne conformément au droit international (cf. ci-dessus, ch. 19 s.).

39. Par ailleurs, il serait en soi *contradictoire* que le libre choix accordé par la LApEI aux adjudicateurs en tant que consommateurs finaux disposant d'un droit d'accès au réseau prime le droit international et interne des marchés publics. Cela créerait de *mauvaises incitations* pour le marché de l'électricité *axé sur la concurrence*. En cas de primauté de la LApEI, un adjudicateur ayant antérieurement *fait usage* de son droit d'accès au réseau en tant que consommateur final pourrait être soumis à l'obligation de publier des appels d'offres, car la LApEI ne permet pas aux consommateurs finaux de revenir à l'approvisionnement de base après avoir accédé au marché libre (principe « *once free, always free* »)⁸⁰. À l'inverse, un consommateur final libre, qui bénéficie de l'approvisionnement de base depuis 2008 après avoir renoncé à son droit d'accès au réseau, ne pourrait *pas* être forcé d'acheter sur le marché. Cette interprétation aboutirait à un résultat insatisfaisant, car elle reviendrait à récompenser les adjudicateurs qui, après l'entrée en vigueur de la LApEI, ont choisi de continuer à se fournir dans le cadre de l'approvisionnement de base, à un prix généralement plus élevé que celui du marché libre, en leur permettant d'échapper à l'obligation de lancer des appels d'offres pour leurs achats d'électricité.

⁷⁷ Message du 3.12.2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (cit. message relatif à la LApEI), FF 2005 1493, ici 1500.

⁷⁸ Message relatif à la LApEI (note 77), FF 2005 1493, ici 1529; arrêt du TF 2C_739/2010 du 6.7.2011 consid. 2.4.

⁷⁹ Font exception certaines normes de droit international public relatives aux droits fondamentaux, comme celles figurant dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH; RS 0.101).

⁸⁰ Cf. art. 11, al. 2, LApEI et arrêt du TF 2C_739/2010 du 6.7.2011 consid. 4.5.

40. DIEBOLD/LUDIN sont aussi d'avis que le libre choix prévu par la LApEI n'a aucune incidence sur l'obligation des adjudicateurs de publier des appels d'offres pour leurs achats de courant. Ils considèrent que la LApEI et le droit des marchés publics ne s'excluent pas mutuellement et que, au contraire, le droit des marchés publics complète la LApEI, dans la mesure où celui-ci garantit que la *concurrence créée par la législation sur l'approvisionnement en électricité se concrétise également dans le domaine des marchés publics*. De plus, cette interprétation est étayée par le fait que la LApEI elle-même ne contienne aucune disposition spéciale relative aux marchés publics. D'après ces auteurs, l'ouverture partielle du marché prévue par la LApEI a pour but de créer un marché entre les fournisseurs d'électricité et les gros clients, et l'obligation faite aux gestionnaires de réseau de distribution de leur garantir un accès au réseau favorise la concurrence entre les fournisseurs. La LApEI ne va ainsi à l'encontre du droit des marchés publics que dans la mesure où elle *interdit* aux consommateurs finaux *captifs* d'accéder au réseau⁸¹. Par ailleurs, ZUFFEREY/SEYDOUX estiment également que le droit des marchés publics impose aux pouvoirs publics de lancer un appel d'offres dès lors que l'adjudicateur est un consommateur final *disposant d'un droit d'accès au réseau* en vertu de la LApEI, car c'est (uniquement) dans ce cas qu'il existe une situation de concurrence. Dans ce contexte, ils considèrent le *droit des marchés publics* comme une *lex specialis* par rapport à la LApEI, en ce qui concerne le choix accordé aux consommateurs finaux libres⁸².

4.3 Synthèse

41. Le libre choix du fournisseur prévu à l'art. 6 LApEI permet aux consommateurs finaux disposant d'un droit d'accès au réseau de continuer d'acheter leur électricité dans le cadre de l'approvisionnement de base auprès du gestionnaire de réseau de distribution compétent. Toutefois, il ne saurait dispenser les adjudicateurs de leur *obligation, conformément au droit international et interne des marchés publics et à la LMI, de procéder à des appels d'offres lorsqu'ils achètent de l'électricité pour leur consommation propre*, si la valeur seuil pertinente est atteinte et qu'aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte.

5 Calcul de la valeur du marché en vue de déterminer le type de procédure d'adjudication et obligation de publication

5.1 Généralités concernant le calcul de la valeur du marché et les valeurs seuils

42. S'agissant de l'achat de courant, il convient de se demander si l'entité adjudicatrice est autorisée à **diviser le marché**, notamment en passant des marchés distincts pour chacune des prestations à acquérir (électricité grise, plus-value écologique, autres services liés à l'acquisition d'électricité, p. ex.). Cette question doit être examinée au cas par cas⁸³. Si plusieurs **marchés** sont **du même type** et nécessairement liés, par exemple en cas de subdivision du marché en lots, la valeur du marché est déterminée sur la base de la **valeur totale cumulée**, étant donné qu'un marché public ne peut être fractionné afin de contourner l'applicabilité d'une procédure d'adjudication de niveau supérieur ou de rester en

deçà de la valeur seuil pertinente (**interdiction du « saucissonnage »**). Le fractionnement du marché peut être illicite même sans intention de l'adjudicateur; il suffit qu'il ait pour effet d'échapper aux valeurs seuils⁸⁴.

43. Souvent, les **contrats de fourniture d'électricité** conclus par les adjudicateurs ont une **durée de plusieurs années**. Il arrive que des adjudicateurs soient approvisionnés en électricité depuis de nombreuses années par le même fournisseur, avec lequel ils entretiennent des relations juridiques ou politiques étroites. Dans le cas d'un contrat de **durée déterminée**, la valeur du marché correspond à la somme des paiements à effectuer pendant la période contractuelle convenue, même si le contrat prévoit la possibilité d'une résiliation anticipée⁸⁵. Dans le cas d'un contrat de durée indéterminée, elle est obtenue en multipliant par 48 la rémunération mensuelle estimée⁸⁶. En principe, le contrat ne peut pas être conçu de manière à exclure excessivement longtemps les autres fournisseurs du marché. Par conséquent, les prestations contractuelles devraient faire l'objet d'une nouvelle procédure d'adjudication à la fin de l'échéance du contrat, mais **au plus tard après 48 mois**. Du point de vue du droit des marchés publics, la conclusion de contrats de durée indéterminée doit rester l'exception⁸⁷.

44. S'agissant des **valeurs seuils** applicables aux **marchés non soumis aux accords internationaux**, de nombreux actes normatifs cantonaux renvoient au tableau figurant à l'ann. 2 AIMP. Une partie des cantons et des communes ont fixé des valeurs seuils *inférieures* à celles fixées à l'ann. 2 AIMP pour les marchés passés par tout ou partie des adjudicateurs situés sur leur territoire. Conformément aux valeurs seuils de l'AIMP, **l'achat d'électricité effectué par un adjudicateur pour ses propres besoins peut** faire l'objet d'une procédure de gré à gré si la valeur du marché est inférieure à 100 000 francs et d'une procédure sur invitation si la valeur du marché est comprise entre 100 000 et 250 000 francs. Il doit faire l'objet d'un appel d'offres dès lors que la valeur du marché est supérieure à 250 000 francs. Dans l'AIMP 2019, la valeur seuil permettant le recours à la procédure de gré à gré pour les marchés de fournitures a été relevée de 100 000 à 150 000 francs afin de

⁸¹ DIEBOLD/LUDIN (note 1), no 27 ss.

⁸² Cf. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/MATTHIEU SEYDOUX, « Commande d'électricité par les collectivités publiques: assujettissement au droit des marchés publics ? », DC 4/2020, p. 181 ss., p. 182 s.

⁸³ Cf. p. ex. courrier du Secrétariat de la COMCO adressé le 12.12.2019 au Conseil municipal de la ville de Berne, « Einschätzung des beabsichtigten Beschaffungsmodells bei der Stromversorgung von BERNMOBIL » (cit. courrier du Secrétariat de la COMCO à la ville de Berne), pp. 12 s. et 15 s.; www.comco.admin.ch > Jurisprudence > Jurisprudence Marché intérieur > Marchés publics > COMCO (1.3.2021).

⁸⁴ Cf. art. II, par. 6, AMP 2012; art. 15, al. 2, AIMP 2019; art. 15, al. 2, LMP; message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 50 s.

⁸⁵ Cf. art. 15, al. 4, AIMP 2019; art. 15, al. 4, LMP; message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 50 s.

⁸⁶ Cf. art. II, par. 8, al. b), AMP 2012; art. 15, al. 5, AIMP 2019; art. 15, al. 5, LMP.

⁸⁷ Cf. message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 51.

l'aligner sur la valeur seuil applicable au niveau fédéral en vertu de la LMP⁸⁸. L'applicabilité de cette nouvelle valeur seuil requiert l'*adhésion* à l'AIMP 2019⁸⁹.

45. Les **achats d'électricité par les adjudicateurs publics pour leur consommation propre** sont incontestablement soumis à l'AMP 2012 (cf. ci-dessus, ch. 30). Pour les marchés de fournitures soumis aux accords internationaux, la valeur seuil à partir de laquelle les cantons et les communes ont l'obligation de lancer un appel d'offres public s'élève à 350 000 francs⁹⁰. Conformément à l'art. 5, al. 2, LMI, qui prescrit l'obligation de publier les projets de **marchés publics de grande importance** portant sur des fournitures, des services ou des travaux, les cantons lancent des appels d'offres publics dès que la **valeur du marché atteint au moins 250 000 francs**, comme dans le cas des marchés régis exclusivement par le droit interne⁹¹. En fixant, dans l'AIMP, des valeurs seuils inférieures à celles des accords internationaux, les cantons ont concrétisé la notion de « marchés publics de grande importance »⁹².

46. S'agissant de l'**acquisition d'électricité effectuée par des gestionnaires de réseau de distribution**, en tant qu'adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels, pour assurer l'**approvisionnement de base des consommateurs finaux captifs**, la valeur seuil applicable aux marchés soumis aux accords internationaux est de 700 000 francs (cf. ci-dessus, ch. 15 ss.)⁹³. Selon l'art. 5, al. 2, LMI, les gestionnaires de réseau de distribution soumis aux accords internationaux sont tenus d'organiser des appels d'offres publics pour les achats d'électricité destinés à l'approvisionnement de base des consommateurs finaux, dès lors que la **valeur du marché est égale ou supérieure à 250 000 francs**⁹⁴.

5.2 Pertinence des dispositions de la législation sur l'approvisionnement en électricité pour le calcul de la valeur du marché s'agissant de l'électricité achetée par des adjudicateurs pour leurs propres besoins

47. Les adjudicateurs pouvant choisir librement leur fournisseur d'électricité sont soumis au droit des marchés publics et à la LMI (cf. ci-dessus, ch. 30). L'existence d'un droit d'accès au réseau doit être appréciée à l'aune des dispositions de la législation sur l'approvisionnement en électricité. Les consommateurs finaux libres, dont la consommation annuelle d'électricité est égale ou supérieure à 100 MWh, peuvent s'approvisionner sur le marché libre. Si leur consommation de courant n'atteint pas ce seuil, les adjudicateurs sont fournis, comme les autres consommateurs finaux captifs, par le gestionnaire de réseau compétent dans le cadre l'approvisionnement de base; comme il n'y a pas d'appel d'offres public dans ce cas, déterminer la valeur du marché n'est pas nécessaire. Si le seuil des 100 MWh est atteint, l'adjudicateur doit calculer la valeur du marché au moyen d'une estimation consciencieuse en vue de déterminer le type de procédure applicable⁹⁵.

48. Étant donné que le droit d'accès au réseau dépend de la quantité d'électricité consommée, il s'agit d'identifier les critères qui, conformément à la législation sur l'approvisionnement en électricité, s'appliquent à la consommation d'un adjudicateur soumis au droit des marchés publics. Sont réputés *libres* les consommateurs

finaux utilisant au moins 100 MWh d'électricité *par site de consommation*⁹⁶. Le calcul doit être basé sur la consommation annuelle des douze mois précédant le dernier relevé effectué⁹⁷. En outre, les *regroupements dans le cadre de la consommation propre* dont la consommation annuelle est supérieure à 100 MWh ont aussi la possibilité d'acheter leur électricité sur le marché libre; ils sont considérés comme *un seul* consommateur final⁹⁸. Un site de consommation désigne le lieu d'activité d'un consommateur final qui constitue une *unité économique et géographique* et qui présente sa *propre* consommation annuelle effective, *indépendamment du nombre de ses points d'injection et de soutirage* (art. 11, al. 1, OApEI). Il y a *unité économique* lorsqu'un consommateur final a plusieurs structures *juridiquement indépendantes (personnalité juridique propre)*. Un regroupement *arbitraire* de différents organismes dans le but d'acheter de l'électricité (« *client multisite* ») n'est pas suffisant. Le critère de l'unité géographique exige le voisinage des différents bâtiments et installations du site de consommation⁹⁹.

49. En conclusion, pour déterminer si la valeur seuil est atteinte, il y a lieu, compte tenu de la législation sur l'approvisionnement en électricité, de comptabiliser *séparément* la consommation d'électricité des adjudicateurs dotés d'une *personnalité juridique propre*. À l'inverse, il convient d'additionner la consommation des organismes juridiquement dépendants faisant partie de la *même unité économique*, tels que plusieurs offices de l'administration centrale qui occupent différents bâtiments situés à proximité immédiate.

⁸⁸ Cf. message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 13.

⁸⁹ Cf. AiMp, « Communication: valeurs seuils AIMP pour les années 2020/2021 », 11.11.2019; www.bpu.ch/fileadmin/Dokumente/bpu/public/fr/konkordate/ivoeb/Schwellenwerte/F_Rundschreiben_Schwellenwerte_2020_und_2021.pdf (1.3.2021).

⁹⁰ Cf. valeurs seuils figurant à l'Appendice I, Ann. 1 à 3, AMP 2012; art. 9, par. 4, al. a), AMP 2012; art. 12 AIMP. L'ann. 1, art. 1, AIMP est applicable aux adjudicateurs **cantonaux** soumis à l'AMP et l'ann. 1, art. 2, AIMP aux adjudicateurs **communaux** relevant du champ d'application de l'accord Suisse-UE (cf. ci-dessus, ch. 11). L'adhésion d'un canton à l'AIMP 2019 n'a aucune incidence sur la valeur seuil de 350 000 francs; cf. ann. 1, let. a et b, AIMP 2019.

⁹¹ Cf. message sur la révision de la LMP (note 21), FF 2017 1695, ici 1708.

⁹² Cf. THOMAS M. FISCHER; dans: Handbuch Beschaffungsrecht (note 55), no 6 ad art. 16.

⁹³ Cf. ann. 1, art. 1, AIMP; ann. 1, let. a, AIMP 2019.

⁹⁴ Cf. également AES, FAQ (note 73), p. 2, selon laquelle les achats d'électricité en vue de l'approvisionnement de base des consommateurs finaux captifs doivent faire l'objet d'un appel d'offres.

⁹⁵ Cf. art. II, par. 2, al. c), AMP 2012; message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 50.

⁹⁶ Cf. art. 13, al. 1, et art. 6, al. 2 et 6, LApEI.

⁹⁷ Cf. art. 11, al. 2, OApEI.

⁹⁸ Cf. art. 18, al. 1, de la loi du 30.9.2016 sur l'énergie (LEne; RS 730.0).

⁹⁹ Cf. rapport explicatif du 27.6.2007 sur le projet de l'OApEI soumis à la consultation (en allemand uniquement), p. 7.

5.3 Possibilité de déroger à l'obligation d'organiser un appel d'offres public en cas d'achat sur une bourse de marchandises

50. Il est exceptionnellement possible de se passer d'un appel d'offres public et d'attribuer un marché de gré à gré si l'acquisition est effectuée par l'intermédiaire d'une bourse de marchandises *efficace*; le prix de l'électricité doit être fixé *en tenant compte de l'offre et de la demande au moment voulu*. L'admissibilité de la procédure d'adjudication de gré à gré tient au fait qu'une *plateforme de négoce* respecte *par définition* le principe de concurrence. En effet, une bourse de marchandises est conforme aux principes fondamentaux du droit des marchés publics, selon lesquels le prix d'une marchandise doit être formé par le jeu de la concurrence sur un marché *transparent* et ouvert au *plus grand nombre possible* d'acteurs économiques¹⁰⁰. Cette exception est explicitement mentionnée dans l'AMP et, plus récemment, dans l'AIMP 2019¹⁰¹.

51. Les **achats par l'intermédiaire d'une bourse de l'électricité** peuvent être effectués sans appel d'offres public à condition, d'une part, que les transactions soient *effectivement* réalisées par le prestataire pour le compte de l'adjudicateur et qu'elles débouchent sur une livraison *physique* et, d'autre part, que l'adjudicateur paie le prix du marché boursier, déterminé *dans des conditions de concurrence*¹⁰². Dans une telle situation, les *services fournis à titre onéreux* par le prestataire en lien avec l'achat en bourse et dont la valeur dépasse le prix du marché boursier doivent faire l'objet d'un appel d'offres public si la valeur seuil est atteinte¹⁰³.

52. En pratique, les adjudicateurs continuent, pour leurs achats de courant, de conclure de nombreuses transactions sans passer par une bourse de l'électricité. Par « **commerce de gré à gré** » (*over-the-counter, OTC*), on entend le commerce direct, *hors bourse*, sans instance intermédiaire ni service de clearing. Dans ce contexte, l'adjudicateur peut exceptionnellement renoncer à lancer un appel d'offres public si *toutes* les conditions de l'exception permettant passer par une bourse de marchandises sont remplies. Il faut, entre autres, que l'achat d'électricité s'effectue sur une *plateforme de négoce*, de manière *anonyme*, sans que les partenaires contractuels potentiels ne connaissent l'identité de l'autre partie¹⁰⁴, et que les exigences de transparence applicables aux bourses soient respectées. Afin de remplir les conditions requises, il faudrait également assurer qu'un maximum d'agents économiques aient accès à la plateforme et y participent *effectivement*. Ces exigences doivent impérativement être réunies pour que le prix de l'électricité puisse être considéré comme fixé *dans des conditions de concurrence*. L'obligation de motiver et de documenter l'exception incombe à l'adjudicateur qui en fait usage¹⁰⁵.

5.4 Obligation de publication

53. Dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sur une plateforme internet pour les marchés publics exploitée conjointement par la Confédération et les cantons¹⁰⁶. En pratique, ces informations sont publiées sur simap.ch.

54. Le recours à la procédure de gré à gré n'est pas laissé à la discrétion de l'entité adjudicatrice. Il est, au contraire, régi par des règles précises; les prescriptions pertinentes du droit international public et du droit interne doivent être respectées¹⁰⁷. Les adjudicateurs sont notamment tenus de publier les adjudications *de gré à gré* des marchés soumis aux accords internationaux¹⁰⁸. S'agissant de l'acquisition d'électricité soumise à l'AMP 2012 (cf. ci-dessus, ch. 10 ss.), les marchés adjudgés de gré à gré doivent être publiés lorsque la valeur seuil de la procédure ouverte ou sélective est atteinte¹⁰⁹, afin de permettre aux concurrents potentiels de l'adjudicataire de déposer un recours.

6 Exceptions à l'application du droit des marchés publics

55. La LMP comme l'AIMP énumèrent les cas de figure dans lesquels le droit des marchés publics ne s'applique pas. Ces listes sont matériellement identiques et *exhaustives*. Toutes les exceptions sont aussi prévues par les accords internationaux en matière de marchés publics ou résultent d'une réserve émise par la Suisse lors de son adhésion à ces derniers¹¹⁰. Étant donné que la procédure de gré à gré permet de contourner l'obligation de publier un appel d'offres, la décision d'y recourir ne doit pas être prise à la légère et doit rester l'exception. Il convient dans ce cas de procéder à une *interprétation restrictive*¹¹¹. Même si la LMP et l'AIMP ne le prévoient pas expressément, les adjudicateurs des cantons et des communes sont soumis à l'obligation générale d'établir une documentation, de motiver leurs décisions et d'établir des comptes. La documentation doit notamment permettre de comprendre les raisons justifiant le recours à une exception au champ d'application du droit des marchés publics¹¹². Les exceptions potentiellement pertinentes pour les achats d'électricité sont brièvement présentées ci-après.

¹⁰⁰ Cf. courrier du Secrétariat de la COMCO à la ville de Berne (note 83), p. 7.

¹⁰¹ Cf. art. XV, par. 1, al. h), AMP 1994 et art. 13, par. 1, al. e), AMP 2012; art. 21, al. 2, let. g, AIMP 2019.

¹⁰² Cf. courrier du Secrétariat de la COMCO à la ville de Berne (note 83), p. 7 s.

¹⁰³ Cf. courrier du Secrétariat de la COMCO à la ville de Berne (note 83), p. 15 ss.

¹⁰⁴ AES, FAQ (note 73), p. 6, « Sachverhalt 5 ».

¹⁰⁵ Pour chaque marché passé de gré à gré, l'adjudicateur est tenu de dresser un procès-verbal dès que la valeur du marché dépasse la valeur seuil applicable à la procédure de gré à gré. Il doit notamment indiquer les circonstances et conditions justifiant le recours à la procédure de gré à gré plutôt qu'à une procédure ouverte, sélective ou sur invitation; art. XIII, par. 2, AMP 2012; art. 21, al. 3, AIMP 2019; message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 59.

¹⁰⁶ Cf. art. VII, par. 1, AMP 2012; art. 48, al. 1, 1^{re} phrase, AIMP 2019.

¹⁰⁷ Cf. message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 52.

¹⁰⁸ Cf. art. 48, al. 1, 2^e phrase, AIMP 2019.

¹⁰⁹ PHILIP WALTER, dans: *Handbuch Beschaffungsrecht* (note 54), no 5 ad art. 48.

¹¹⁰ Cf. message sur la révision de la LMP (note 21), FF 2017 1695, ici 1748 ss.

¹¹¹ Concernant le droit fédéral: cf. arrêt du TAF B-1570/2015 du 7.10.2015 consid. 2.1 et les références; cf. également arrêt de la CJUE C-337/05 du 8.4.2008, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, pt 57 ss.

¹¹² FELIX TUCHSCHMID, dans: *Handbuch Beschaffungsrecht* (note 54), no 35 ad art. 10.

6.1 Adjudication de marchés in-house

56. On parle de « marché *in-house* » lorsqu'un adjudicateur public attribue un marché soumis au droit des marchés publics *en interne*, c'est-à-dire au sein de la même personne juridique ou collectivité publique (en d'autres termes, l'adjudicateur et l'adjudicataire appartiennent à une seule et même entité juridique). Dans ce cas, la prestation est *entièrement fournie au sein de la sphère étatique* et il n'y a pas d'achat sur le marché¹¹³. Si ce cas particulier est depuis peu explicitement mentionné dans la LMI et l'AIMP 2019¹¹⁴, il était d'ores et déjà reconnu par la doctrine et la jurisprudence¹¹⁵.

57. Ainsi, le droit des marchés publics ne s'applique pas lorsqu'un établissement juridiquement dépendant d'une autorité communale assure l'approvisionnement de cette commune en courant.

6.2 Adjudication de marchés quasi in-house

58. L'adjudication de marchés « quasi *in-house* » ne relève pas du champ d'application du droit des marchés publics. Cette exception est désormais explicitement prévue, tant par la LMP que par l'AIMP 2019¹¹⁶. Selon le message type sur l'AIMP 2019, cette règle codifie les principaux éléments et considérants de cette pratique, qui a été précisée par la CJUE dans une série d'arrêts¹¹⁷. Se fondant sur la législation de l'UE¹¹⁸ et la jurisprudence de la CJUE depuis l'arrêt Teckal¹¹⁹, la doctrine et la jurisprudence dominantes de la Suisse en matière de droit des marchés publics considèrent que *trois conditions* doivent être *cumulativement* réunies pour qu'un marché soit considéré comme quasi *in-house*¹²⁰:

- 1) L'adjudicateur exerce *seul* sur l'adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, dans la mesure où sa participation lui permet de le contrôler sur le plan du capital ou du personnel (« critère du contrôle »).
- 2) L'activité essentielle de l'adjudicataire s'exerce au profit de l'adjudicateur (« critère de l'activité »).
- 3) *Aucune entité privée* n'est autorisée à détenir des parts dans l'adjudicataire; cette prérogative est réservée aux pouvoirs publics.

59. Dans le cas des achats d'électricité, cette exception ne peut guère être invoquée, dans la mesure où, le plus souvent, le *critère de l'activité* (pour ne citer que celui-là) n'est pas rempli. En effet, les EAE contrôlées par l'État ne fournissent généralement pas l'essentiel de leur courant à un adjudicateur donné.

6.3 Adjudication de marchés in-state

60. L'AMP 2012 prévoit une exception pour l'adjudication de marchés *in-state*: il n'est pas applicable lorsque l'adjudicataire entre lui-même dans le champ d'application subjectif du droit des marchés publics (en tant qu'adjudicateur). Cette exception n'est assortie d'aucune autre condition¹²¹. Les États parties à l'AMP sont libres de soumettre ce type d'adjudication à des exigences plus strictes.

61. La Suisse a fait usage de cette possibilité. Conformément à la LMP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021 et à l'AIMP 2019, le droit des marchés publics ne

s'applique pas lorsqu'un adjudicataire *juridiquement indépendant* entre dans le champ d'application subjectif de la loi ou du concordat et fournit des prestations pour lesquelles il n'est *pas en concurrence avec des fournisseurs privés*¹²². Pour pouvoir déroger à l'obligation de lancer un appel d'offres, il faut que *la concurrence ne soit pas faussée* et que le marché *in-state* puisse être conclu dans le respect de la neutralité concurrentielle¹²³.

62. Par exemple, si une EAE soumise au droit des marchés publics en qualité d'adjudicateur fournit de l'électricité à un adjudicateur *tout en vendant du courant* à des clients *privés aux conditions du marché*, l'exception du marché *in-state* n'est pas applicable.

7 Recommandations

64. En résumé et sur la base des considérants qui précèdent, la Commission de la concurrence parvient aux conclusions suivantes:

¹¹³ DIEBOLD/LUDIN (note 1), no 95; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 56), no 250 s.; BEYELER, Geltungsanspruch (note 31), nos 1145 ss. et 1151 s.; message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 40; « Expertise du 1.12.2014 à l'intention de l'Office fédéral de la justice relative au projet «Operations Schweiz», DPC 2014/4, p. 788, no 29.

¹¹⁴ Cf. art. 10, al. 2, let. c, AIMP 2019; cf. également Appendice I, Ann. 7, ch. 2.1, let. a, AMP 2012; MARTIN BEYELER, « Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht », *Jusletter* du 22.12.2014, nos 36 ss., 54 et 56 ss.

¹¹⁵ Cf. p. ex. ATAF 2011/17, consid. 2; arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2006.00145 du 5.4.2006, en particulier consid. 1.2; MARTIN BEYELER, « Inhouse & Co.: Zuhause ist es am schönsten », *Kriterium*, no 39, juin 2015, p. 2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 56), no 250 s.

¹¹⁶ Cf. art. 12, al. 3, let. c, LMI et art. 10, al. 2, let. d, AIMP 2019.

¹¹⁷ Bien que les développements ultérieurs de la jurisprudence de l'UE ne soient pas contraignants s'agissant de l'interprétation de la disposition, ils ne doivent pas pour autant être négligés; cf. message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 40.

¹¹⁸ Cf. art. 12 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et art. 28 de la directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

¹¹⁹ Arrêt de la CJUE C-107/98 du 18.11.1999, Teckal, pt 50, confirmé par l'arrêt de la CJUE C-553/15 du 8.12.2016, *Undis Servizi Srl contre Comune di Sulmona*, pt 6.

¹²⁰ Cf. à ce sujet BEYELER, Geltungsanspruch (note 31), nos 1145 ss. et 1222 ss.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 56), no 252 s.; arrêt de la CJUE C-340/04 du 11.5.2006, *Carbotermo Spa et Consortio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, pts 36 et 38; arrêt du Tribunal administratif d'Argovie WBE.2012.159 du 1.7.2013 consid. III/2.1 s.; arrêt du Tribunal cantonal vaudois GE.2007.0013 du 6.11.2009 consid. 3a; arrêt du Tribunal cantonal vaudois MPU.2011.0020 du 16.3.2012 consid. 6b; arrêt du Tribunal administratif d'Argovie WBE.2012.159 du 1.7.2013 consid. 2.1 et 2.2; arrêt du Tribunal cantonal du Valais A1 09 163 du 3.12.2009 consid. 4.2 s.; « Expertise du 1.12.2014 à l'intention de l'Office fédéral de la justice relative au projet «Operations Schweiz», DPC 2014/4, p. 788, no 29.

¹²¹ Cf. Appendice I, Ann. 7, ch. 2.1, let. a, AMP 2012.

¹²² Cf. art. 10, al. 3, let. b, LMP et art. 10, al. 2, let. b, AIMP 2019.

¹²³ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 56), no 256; FELIX TUCHSCHMID, dans: *Handkommentar Beschaffungsrecht* (note 55), no 38 ad art. 10.

A. Recommandations sur le respect des dispositions de la LMI et du droit international et cantonal des marchés publics s'agissant de l'obligation de procéder à un appel d'offres pour l'acquisition d'électricité

A-1. Champ d'application de la LMI et du droit des marchés publics dans le contexte de l'acquisition d'électricité

Les achats d'électricité par les adjudicateurs pour leur consommation propre ainsi que ceux effectués par les gestionnaires de réseau de distribution pour l'approvisionnement des consommateurs finaux sont soumis, en tant que marchés publics de fournitures, à la LMI et au droit international et interne des marchés publics.

A-2. Achats d'électricité par les adjudicateurs pour leur consommation propre

Les achats d'électricité effectués par les unités administratives centrales et décentralisées du niveau des cantons, des districts et des communes, y compris les établissements de droit public, par les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels et par les organes privés assumant des tâches publiques pour leurs propres besoins, en particulier pour alimenter les bâtiments administratifs et les transports publics, doivent faire l'objet d'appels d'offres publics si la valeur seuil de 250 000 francs est atteinte et aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte.

A-3. Achats d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution pour l'approvisionnement des consommateurs finaux

Les achats d'électricité visant à approvisionner les consommateurs finaux captifs dans le cadre de l'approvisionnement de base doivent faire l'objet d'appels d'offres publics par les gestionnaires de réseau de distribution désignés par les cantons si la valeur seuil de 250 000 francs est atteinte et aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte.

A-4. Publication des procédures de gré à gré envisagées

Les achats d'électricité relevant du champ d'application de l'AMP 2012 qu'il est prévu de réaliser de gré à gré bien que la valeur du marché atteigne la valeur seuil applicable à la procédure sélective ou ouverte doivent être publiés sur simap.ch avant la conclusion du contrat.

Copies à:

Autorités et regroupements d'autorités:

Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie
Association des communes suisses
Associations des communes cantonales
Union des villes suisses
Secrétariat général du DETEC
Commission fédérale de l'électricité
Surveillant des prix

Associations professionnelles:

Association des entreprises électriques suisses
Association faîtière des gestionnaires suisses des réseaux de distribution d'énergie
Diverses associations de distributeurs d'énergie

B 2.8

4. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. August 2021 in Sachen WEKO gegen Gemeinde Dachsen und A AG, betreffend Submission

Urteil VB.2021.00095 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 1. Abteilung/1. Kammer vom 26. August 2021 in Sachen Wettbewerbskommission (WEKO), Beschwerdeführerin, gegen Gemeinde Dachsen, Beschwerdegegnerin, und A AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Am 10. November 2020 lud die von der Gemeinde Dachsen beauftragte Firma B im Rahmen eines Einladungsverfahrens im Zusammenhang mit der Beschaffung der Badewasseraufbereitung für das Schwimmbad C in Dachsen die A AG, Schwimmtechnik als eine von vier Anbietenden per E-Mail zur Angebotseinreichung ein.

II.

Mit Eingabe vom 29. Januar 2021 gelangte die Wettbewerbskommission WEKO an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, es sei – unter Kostenfolgen – festzustellen, dass die Einladung vom 10. November 2020 von der Beschwerdegegnerin an die A AG (Mitbeteiligte) zur Einreichung eines Angebots für den Auftrag «BKP 359 Badewasseraufbereitung» den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränke und einen Verstoß gegen Art. 5 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM) darstelle. Eventualiter, sofern für die Beurteilung erforderlich, sei die Mitwirkung durch die Firma B respektive D einerseits bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens seitens der Beschwerdegegnerin und andererseits bei der Ausarbeitung der Offerte seitens der Mitbeteiligten durch das Verwaltungsgericht weiter abzuklären.

Mit Beschwerdeantwort vom 15. Dezember 2021 beantragte die Gemeinde Dachsen, die Beschwerde sei, soweit darauf eingetreten werden könne, abzuweisen, unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin. Mit Replik vom 16. März 2021 hielt die Wettbewerbskommission WEKO an ihren Rechtsbegehren fest. Am 31. März 2021 duplizierte die Gemeinde Dachsen, wobei auch sie an ihren Rechtsbegehren festhielt.

Die Kammer erwägt:

1.

1.1 Gemäss Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM kann die WEKO Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.

Nach Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG sind Behörden, denen ein Bundesgesetz ein Beschwerderecht einräumt, zur Beschwerde in öffentlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht legitimiert. Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM stellt eine derartige spezialgesetzliche Ermächtigung dar (BGE 141

II 113 E. 1.5; vgl. BGr, 13. Februar 2006, 2A.325/2006, E. 2). Art. 111 Abs. 2 BGG sieht vor, dass Bundesbehörden, die zur Beschwerde ans Bundesgericht berechtigt sind, auch die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren beteiligen können.

Die WEKO kann somit gegen kantonale und kommunale Submissionsverfügungen direkt Beschwerde vor den kantonalen Instanzen führen. In diesem Rahmen kann sie gemäss Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung wegen unzulässiger Verletzung des Zugangs zum Markt, nicht jedoch einen kassatorischen oder einen reformatorischen Beschwerdeentscheid beantragen.

1.2

1.2.1 Angefochten ist die – im Rahmen eines vergaberechtlichen Einladungsverfahrens ergangene, per E-Mail erfolgte – Einladung der Mitbeteiligten durch die ausdrücklich im Auftrag der Beschwerdegegnerin handelnde Firma B zur Einreichung eines Angebots für den Auftrag «BKP 359 Badewasseraufbereitung».

1.2.2 Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 141 II 233 E 3.1 m. w. H.). Wie in der Lehre überzeugend dargetan wird, stellen Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit indes kein Begriffselement der Verfügung dar, sondern sind vielmehr eine Folge der Qualifikation als Verfügung (ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich, etc. 2017, Rz. 31).

1.2.3 Bei der genannten E-Mail handelt es sich um eine Verfügung der Beschwerdegegnerin:

- Die Firma B steht in einem vertraglichen Verhältnis zur Beschwerdegegnerin. Dieses Rechtsverhältnis fusst auf dem zwischen den genannten Parteien abgeschlossenen «Planer-/Bauleitervertrag» vom 30. September 2020, mit dem ausdrücklich die «Gesamtleitung und Fachplanung Badetechnik, Beckenanlagen, Umgebung Beckenumgänge, ohne Bauleistung» vereinbart wurde. Er wurde vom Gemeinderat Dachsen mit Beschluss vom 29. Oktober 2020 genehmigt. Darüber, dass es sich bei der Firma B um eine Verwaltungshelferin handelt, herrscht bei den sich im vorliegenden Verfahren beteiligenden Parteien Einigkeit. Handlungen einer Verwaltungshelferin werden dem Verwaltungsträger selbst zugerechnet (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 5 Rz. 10a; GRIFFEL, Rz 696). Insofern ist vorliegend von einer hoheitlichen Anordnung der Beschwerdegegnerin auszugehen.

- Bei der Einladung zur Einreichung eines Angebots handelt es sich im Übrigen um eine einseitige, individuell-konkrete Anordnung, die in Anwendung von Verwaltungsrecht (Art. 12^{bis} Abs. 2 i.V. m. Art. 12^{bis} und Anhang 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB]; § 11 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]) ergangen ist: Der Mitbeteiligten wird das Recht zugesprochen – innert der vorgegebenen Frist und unter Einhaltung der statuierten Voraussetzungen –, ein Angebot für den Auftrag einzureichen.

1.3 Das Anfechtungsrecht der WEKO gestützt auf Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM beschränkt sich nicht auf anfechtbare Verfügungen gemäss Art. 15 Abs. 1^{bis} IVöB. Jede Verfügung, die das BGBM – namentlich den Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 BGBM sowie die Publikationspflicht bzw. der Grundsatz der Transparenz gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM – verletzt, ist anfechtbar. Dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 5 BGBM kommt die Bedeutung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgebots zu (PETER GALLI et al. Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 55; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch, Kommentar Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 5 BGBM N.1). Das BGBM bleibt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erstens subsidiär für Fragen anwendbar, die das (inter-)kantonale Recht nicht beantwortet. Zweitens verbietet es, die im BGBM statuierten Mindeststandards zu unterschreiten. Drittens bleibt es als Mindestnorm neben den einschlägigen (inter-)kantonalen Normen anwendbar (BGE 141 II 113 E. 3.1.5). In der Literatur wird nachvollziehbar vertreten, dass – zumal das (inter-)kantonale Beschaffungsrecht die Grundsätze von Art. 5 BGBM konkretisiert – ein Verstoss gegen eine Beschaffungsrechtliche Vorschrift regelmässig zugleich einen Verstoss gegen die binnenmarktrechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung bzw. der Transparenz darstellt (NICOLAS F. DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, in: SJZ 109/2013, S. 177 ff., S. 184).

Da eine Verletzung von Ausstandspflichten zugleich eine Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung nach Art. 5 BGBM darstellen würde (vgl. etwa BGR, 12. Dezember 2002, 2P.152/2002, E. 2.3, wo das Bundesgericht ausführt, dass der Ausstandspflicht von als Mitbewerbern persönlich interessierten Behördenmitgliedern angesichts des Zweck des Submissionsverfahrens der «Sicherung einer diskriminierungsfreien, auf Öffnung des Marktes ausgerichteten Vergabungspraxis» eine besondere Bedeutung zukommt), ist die WEKO zur Anfechtung der strittigen Verfügung unter Verweis auf eine (angebliche) Verletzung der Ausstandspflicht berechtigt. Dasselbe gilt betreffend die Vorbefassung. Hier besteht ebenfalls ein enger Konnex zum Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. zum Gleichbehandlungsgebot (vgl. VGr, 28. November 2019, VB.2019.00261, E. 7.1.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, S. 475 Rz. 1043, mit Hinweisen). Ob eine Verletzung der Ausstandspflicht bzw. der Regeln über die Vorbefassung und damit zugleich eine Verletzung von Art. 5 BGBM vorliegt, ist nicht eine

Frage des Eintretens, sondern eine Frage der materiellen Beurteilung der Beschwerde.

2.

Die Beschwerdegegnerin führt die Beschaffung der Badewasseraufbereitung für das Schwimmbad C in Dachsen durch. In diesem Zusammenhang beauftragte sie die Firma B, eine Bestandesanalyse der Badeanstalt C zu erstellen sowie das Sanierungsprojekt auszuarbeiten. Nach Gutheissung des Sanierungsprojekts durch das Stimmvolk wurde die Firma B als Fachplanerin mit der Umsetzung des Sanierungsprojekts (unter anderem mit der Vorbereitung und Durchführung des Beschaffungsverfahrens) beauftragt. Dabei hatte sie weitgehende Kompetenzen. Sie war gemäss dem «Planer-/Bauleitungsvertrag» vom 30. September 2020 von der Beschwerdegegnerin ausdrücklich bevollmächtigt, «Weisungen an Dritte zu erteilen» und «mit Behörden zu verhandeln und Anträge an diese zu stellen».

Im Rahmen eines Einladungsverfahrens wurden von der im Auftrag der Beschwerdegegnerin handelnden Firma B vier Anbietende für die Badewasseraufbereitung zur Einreichung eines Angebots eingeladen, darunter die Mitbeteiligte. Die Eingabefrist ist abgelaufen und die Gemeindeverwaltung Dachsen hat ein Offertöffnungsprotokoll erstellt. Die Firma B stellte einen Vergabeantrag zugunsten der Mitbeteiligten. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Geschäftsführer der Firma B ist F. Im Zusammenhang mit dem Auftrag der Beschwerdegegnerin trat insbesondere sein Sohn D in Erscheinung. Geschäftsführer der Mitbeteiligten ist E, ebenfalls ein Sohn von F bzw. ein Bruder von D. D und E bilden zusammen zudem den Verwaltungsrat der Mitbeteiligten, wobei D als Verwaltungspräsident in Erscheinung tritt.

3.

3.1 Abgesehen davon, dass nach Art. 11 lit. d IVöB bei der Beachtung der Vergabe von Aufträgen der Grundsatz der Beachtung der Ausstandsregeln zum Tragen kommt, enthalten die Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, das Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentlich Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) sowie die Submissionsverordnung keine allgemeinen Ausstandsregeln. § 9 SubmV regelt immerhin, dass Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, sich am Verfahren nicht beteiligen dürfen. § 16 Abs. 4 SubmV statuiert, dass die Vergabebehörde nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Unternehmung, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen darf, die bei der Ausarbeitung der Spezifikation für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Es ist daher bezüglich der allgemeinen Ausstandsregeln auch im Submissionsrecht auf § 5a VRG abzustellen (vgl. VGr, 23. März 2017, VB.2016.00513, E. 3.1; 6. April 2001, VB.2000.0068, E. 3c [nicht publiziert]).

3.2

3.2.1 Nach § 5a Abs. 1 VRG treten Personen, die eine Anordnung zu treffen, dabei mitzuwirken oder sie vorzubereiten haben, in den Ausstand, wenn sie in der Sache persönlich befangen erscheinen, insbesondere: in der Sache ein persönliches Interesse haben (lit. a), mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Verlobung, eingetragene Partnerschaft, faktische Lebensgemeinschaft oder Kindesannahme verbunden sind (lit. b), Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren (lit. c).

Die Ausstandspflicht gilt auch für Hilfspersonen, soweit diese an einer Anordnung bzw. ihrer Vorbereitung mitwirken. Es geht beim Tatbestand der Vorbereitung um den faktischen Einfluss jener Personen, die beratend oder instruierend auf den Inhalt einer Anordnung Einfluss nehmen können (Regina Kiener in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 5a Ziff. 10). Zieht eine Behörde juristische Personen als Expertinnen oder Experten bei, handelt es sich um eine Mitwirkung, bei der die in der Sache tätigen natürlichen Personen die Anforderungen an die Unparteilichkeit erfüllen müssen (a.a.O., § 5a Ziff. 11; vgl. VGr, 28. August 2014, VB.2014.00300, E. 4.3).

3.2.2 Im vorliegenden Fall haben die – von der Beschwerdegegnerin als Verwaltungshelferin beigezogene (vgl. E. 1.2) – Firma B bzw. ihre Mitarbeitenden durch ihre Beauftragung zur Durchführung des Submissionsverfahrens (Vorbereitung, Zusammenstellung der Submittentenliste [freigegeben durch den Gemeinderat], Versand der Einladungen und der Submissionsunterlagen, Prüfung der eingegangenen Offerten, Stellen eines Vergabeantrags zugunsten der Mitbeteiligten; vgl. E. 2) zweifellos im von § 5a Abs. 1 VRG vorgesehenen Ausmass mitgewirkt.

Erstens erfüllte D als der – gemäss der vertraglichen Vereinbarung mit der Beschwerdegegnerin bei der Firma B – für die Gesamtleitung des Auftrags Zuständige dadurch, dass er zugleich als Verwaltungsratsvorsitzender der Mitbeteiligten tätig ist, für die er gar einen Zuteilungsantrag stellte (vgl. E. 2), zweifellos den Ausstandsgrund nach § 5a Abs. 1 lit. a VRG.

Zweitens wird die Firma B nach aussen von D's Vater F repräsentiert, während bei der Mitbeteiligten D und sein Bruder E als Verwaltungsräte fungieren und (als einzige) mittels Einzelunterschrift zeichnungsberechtigt sind. Es ist damit – zumal zwischen den führenden Personen der Firma B und der Mitbeteiligten Verwandtschaftsverhältnisse 1. und 2. Grades bestehen – auch der Ausstandsgrund nach § 5a Abs. 1 lit. b VRG gegeben.

3.2.3 Die Verletzung der Ausstandsregeln durch die Verwaltungshelferin Firma B bzw. ihre Mitarbeiter bzw. Repräsentanten D und F ist der Beschwerdegegnerin zuzurechnen.

4.

4.1 Im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung bezieht sich die Problematik der Vorbefassung regelmässig nicht auf Mitarbeitende bei der Vergabebehörde, sondern auf Mitarbeitende bei den anbietenden Firmen. Insoweit bedeutet Vorbefassung eine Beteiligung an der Vorbe-

reitung des Vergabeverfahrens. Eine solche Beteiligung kann sich auf den Anbieterwettbewerb auswirken und mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot problematisch sein (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, S. 475 Rz. 1043, mit Hinweisen). Dem entspricht die Regelung in der kantonalen Submissionsverordnung: Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, dürfen sich am Verfahren nicht beteiligen (§ 9 SubmV). Erfolgt von solchen Personen oder Unternehmen dennoch ein Angebot, so ist dieses grundsätzlich vom Vergabeverfahren auszuschliessen (Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N. 1052).

Nach der Rechtsprechung erstreckt sich der Ausschluss vom Verfahren nicht nur auf die unmittelbar mit der Vorbereitung befassten Personen und Unternehmungen, sondern auch auf solche, die mit ihnen eng verbunden sind (VGr, 28. November 2019, VB.2019.00261, E. 7.1.2; 8. Dezember 2004, VB.2004.00304, E. 3.3.1, E. 3.5). Dies ist der Fall, wenn eine Person, die für ein vorbefasstes Unternehmen tätig war, zugleich für ein weiteres sich am Verfahren beteiligendes Unternehmen in führender Stellung tätig ist oder dieses gar beherrscht.

4.2 Im vorliegenden Fall sind die Personen, die die Firma B beherrschen oder für dieses Unternehmen in der vorliegenden Sache tätig wurde sowie die Personen, die die Mitbeteiligte beherrschen bzw. in führender Stellung für sie tätig sind eng verbunden bzw. teilweise identisch (vgl. E. 2). Insbesondere zu nennen ist D, der bei der Durchführung des Vergabeverfahrens für die Firma B regelmässig – unter anderem als für die Gesamtleitung des Auftrags verantwortliche Person – in Erscheinung trat (vgl. E. 2) und zugleich Verwaltungsratspräsident der Mitbeteiligten ist. Die Art der Mitwirkung der Firma B – bzw. insbesondere von D – im Vergabeverfahren ist dergestalt, dass eine Beeinflussung zugunsten der Mitbeteiligten im Bereich des Möglichen ist. Am Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils der Mitbeteiligten bestehen aufgrund von D's Doppelrolle sodann keine Zweifel. Die Mitbeteiligte ist damit vorbefasst.

5.

Die Einladung der Mitbeteiligten durch die Beschwerdegegnerin erscheint nach dem Gesagten sowohl aufgrund der Verletzung der Ausstandspflicht der Beschwerdegegnerin nach § 5a Abs. 1 VRG als auch aufgrund der unzulässigen Vorbefassung der Mitbeteiligten im Sinn von § 9 SubmV als rechtswidrig.

Damit erging die Einladung der Mitbeteiligten zugleich in Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung nach Art. 5 Abs. 1 BGBM (vgl. E. 1.3). Dass eine Rechtfertigung für diese Beschränkung des freien Marktes nach Art. 3 BGBM bestehen würde, ist nicht ersichtlich; Entsprechendes wird von der Beschwerdegegnerin auch nicht behauptet.

Die Beschwerde ist damit gutzuheissen. Es ist festzustellen, dass die Einladung der Beschwerdegegnerin vom 10. November 2020 an die Mitbeteiligte zur Einreichung eines Angebots für den Auftrag «BKP 359 Badewasseraufbereitung» den Zugang zum Markt in unzuläs-

siger Weise beschränkt und einen Verstoss gegen Art. 5 BGBM darstellt.

6.

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Mitbeteiligte hat sich am Verfahren nicht beteiligt und hat keine Kosten zu tragen.

7.

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Bauleistungen nicht (Art. 52 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB]). Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass die Einladung der Beschwerdegegnerin vom

10. November 2020 an die Mitbeteiligte zur Einreichung eines Angebots für den Auftrag «BKP 359 Badewasseraufbereitung» den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt und einen Verstoss gegen Art. 5 BGBM darstellt.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr. 4'000.--; die übrigen Kosten betragen:

Fr. 180.-- Zustellkosten,

Fr. 4'180.-- Total der Kosten.

1. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
2. Gegen dieses Urteil kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung angerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
3. Mitteilung an ...

B 3 Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale

B 3 1. Urteil vom 30. September 2021 – Netzbaustrategie Swisscom – Anordnung vorsorglicher Massnahmen

Entscheid angefochten beim BGer

Urteil B-161/2021 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 30. September 2021 in Sachen Swisscom (Schweiz) AG, Beschwerdeführerin gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz und Init 7 (Schweiz) AG, vertreten durch [...], Beigeladene. Gegenstand: Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen.

Inhaltsverzeichnis:

Sachverhalt	973
Erwägungen	
I. Prozessvoraussetzungen	977
II. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes	978
III. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens	991
IV. Prüfungsvoraussetzungen	993
1) Grundlagen vorsorglicher Massnahmen im Kartellrecht	993
2) Grundlagen der aufschiebenden Wirkung	994
3) Vorsorgliche Massnahme und aufschiebende Wirkung	995
V. Erfolgsprognose	997
1) Allgemeines	997
2) Voraussetzungen der Missbrauchsvariante	997
3) Relevanter Markt	997
4) Marktbeherrschung	1001
5) Technische Entwicklung	1002
6) Einschränkung	1004
7) Rechtfertigung	1004
8) Wettbewerbsverfälschung	1031
9) Verschulden	1034
10) Ergebnis	1034
VI. Nachteilsprognose	1034
VII. Dringlichkeit	1039
VIII. Geeignetheit	1041

IX. Erforderlichkeit	1044
X. Zumutbarkeit	1045
XI. Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen	1053
XII. Zusammenfassung	1054
XIII. Verfahrenskosten und Parteientschädigung	1054
Dispositiv	1054

Hinweis: Bei allen im Urteil nachfolgend in geschwungenen Klammern aufgeführten Leerstellen, Ersetzungen oder Zahlenangaben handelt es sich um Anonymisierungen aufgrund von Geschäftsgeheimnissen der Parteien oder von Dritten.

Sachverhalt:

A. Gegenstand

A.a Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (nachfolgend auch: WEKO oder Weko) am 14. Dezember 2020 erlassene Verfügung (nachfolgend: angefochtene Verfügung) in Sachen Untersuchung Nr. 31-0598 betreffend Netzbaustrategie Swisscom (nachfolgend: Dossier). Damit wurde der Beschwerdeführerin bis zum Erlass einer Entscheidung in der Hauptsache vorsorglich untersagt, den weiteren Ausbau ihrer FTTH-Netze entsprechend ihrer Netzbaustrategie 2020 auf der Grundlage eines Einfaser-Modells mit Point-to-Multipoint-Topologie durchzuführen, weil dadurch die Gefahr der Verwirklichung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) bestehe, und statt dessen nach wie vor einen Layer 1-Zugang zu den FTTH-Netzen für andere Fernmeldeunternehmen zu gewährleisten.

B. Beschwerdeführerin

B.a Die Beschwerdeführerin ist eine schweizerische Gesellschaft mit Sitz in Ittingen/Kt. Bern. Sie ist eine Gruppengesellschaft der Swisscom-Gruppe (nachfolgend: Swisscom), deren Top-Holdinggesellschaft die Swisscom AG mit Sitz in Ittingen/Kt. Bern ist. Diese ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmensgesetz, TUG, SR 784.11), an der gemäss Art. 6 Abs. 1 TUG der Schweizerischen Eidgenossenschaft die Mehrheit am Aktienkapital und an den Stimmrechten zusteht.

B.b Der Zweck der Swisscom-Gruppe besteht im Wesentlichen in der Erbringung von Fernmelde- und Rund-

funkdiensten. Ihre Kerngeschäfte bilden die netzgebundene, die mobile und die Internetprotokoll-basierte Kommunikation. Sie betreibt in der ganzen Schweiz ein mobiles Funknetz und als Grundversorgungskonzessionärin ein im Anschlussnetz auf dem Kupferkabel basierendes Festnetz. Im Bereich der Transit- und Regionalnetze verfügt Swisscom über ein glasfaserbasiertes Netz.

C. Sonstige Unternehmen

C.a Die Init7 (Schweiz) AG (nachfolgend: Init7, Beigeladene oder Anzeigerin) ist eine schweizerische Gesellschaft mit Sitz in Winterthur. Der Zweck der Gesellschaft besteht in der Darbringung von EDV-, Internet-, Providing- und Kommunikationsdienstleistungen aller Art. Als Anzeigerin hat sie eigenständige Anträge im Kartellverfahren gestellt und nach Erlass der angefochtenen Verfügung hiergegen eine eigene Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht erhoben. Im vorliegenden Verfahren wird sie als beigeladene Partei behandelt.

C.b Die DANET Datennetzgesellschaft Oberwallis AG (nachfolgend: Danet) ist eine schweizerische Gesellschaft mit Sitz in Brig-Glis. Der Zweck der Gesellschaft besteht in der Planung, dem Bau, dem Betrieb, der Instandhaltung und dem Ausbau von Netzen für die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen, insbesondere eines Glasfasernetzes im Oberwallis. Danet erteilte der Vorinstanz Auskunft über die Ausgestaltung ihrer Glasfasernetze und Produkte.

C.c Die Swiss Fibre Net AG (nachfolgend: SFN) ist eine schweizerische Gesellschaft mit Sitz in Bern. Der Zweck der Gesellschaft besteht im Vertrieb von auf Telekommunikations- und insbesondere Glasfasernetzen basierenden Produkten in der Schweiz sowie der Erbringung von entsprechenden Beratungs- und Supportleistungen. SFN erteilte der Vorinstanz Auskunft über die Ausgestaltung ihrer Produkte.

C.d Die Salt Mobile SA (nachfolgend: Salt) ist eine schweizerische Gesellschaft mit Sitz in Renens. Der Zweck der Gesellschaft besteht in der Erbringung aller Arten von Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation in der Schweiz. Salt wird durch das vorliegende Verfahren insoweit tangiert, als Salt mit Swisscom eine Glasfaserkooperation eingegangen ist.

D. Gegenstand

D.a Den Gegenstand der angefochtenen Verfügung bilden die Wettbewerbsverhältnisse im Geschäftsbereich der Telekommunikation, wobei vorliegend der Ausbau von Glasfasernetzen und die damit verbundene Bereitstellung von Breitbandprodukten auf dem Gross- und Einzelhandelsmarkt von massgeblicher Bedeutung sind.

D.b Gemäss den Medienmitteilungen von Swisscom vom 4. Februar 2021 und vom 6. Februar 2020 sind folgende grundlegenden Daten für den Breitbandausbau mit Bezugspunkt Ende 2020 im weiteren Verlauf zu berücksichtigen: 4,4 Mio. oder 82% der Wohnungen und Geschäfte sind mit Ultrabreitband von mehr als 80 Mbit/s erschlossen. Hiervon sind rund 3,1 Mio. oder 59% mit mehr als 200 Mbit/s und immerhin 32% oder mindestens 1,5 Mio. Anschlüsse mit FTTH erschlossen. Bis zum

Jahr 2025 soll die Anzahl der FTTH-Anschlüsse um 1,5 Mio. auf bis zu 60% der Anschlüsse verdoppelt werden.

D.c Im Rahmen dieses Urteils werden verschiedene grundlegende Begriffe mit den nachfolgenden Inhalten zur Darstellung der relevanten Sachaspekte verwendet:

- Fernmeldeunternehmen: Unternehmen, die Fernmeldedienste anbieten.
- Fernmeldedienste: Dienstleistungen im Bereich der Übertragung von Informationen über Leitungen oder Funk mittels eines Telekommunikationsnetzes.
- Netzbauunternehmen/Netzbetreiber: Fernmeldeunternehmen, das ein Telekommunikationsnetz zur Übertragung von Informationen per Leitungen oder Funk oder Teilbereiche hiervon erstellt und betreibt, um entsprechende Dienstleistungen gegenüber Dritten anzubieten.
- Teilnehmeranschlussleitung: einzelne Leitung zwischen Anschluss-zentrale und Teilnehmeranschluss innerhalb eines Telekommunikationsnetzes. Kann vollständig oder teilweise aus Doppelader-Metalleitungen, umgangssprachlich auch als Kupferkabel bezeichnet, oder Glasfasern bestehen.
- Teilnehmeranschluss: Abschluss der Teilnehmeranschlussleitung auf Seiten des jeweiligen Kunden eines Fernmeldeunternehmens.
- Anschlusszentrale: Örtliche technische Anlage für den Übergang vom Transitnetz auf das Anschlussnetz innerhalb eines Telekommunikationsnetzes bzw. für den Abschluss der einzelnen Teilnehmeranschlussleitungen auf Seiten der Fernmeldeunternehmen und Übergabe auf das Transitnetz. Im Anschlussnetz werden alle Teilnehmeranschlussleitungen eines bestimmten Gebiets (ein Ort, Ortsteil oder Quartier oder mehrere Orte, Ortsteile oder Quartiere) zusammengefasst. Die jeweilige Grösse des an einer Anschlusszentrale angeschlossenen Gebiets ist regelmässig von der jeweiligen Anzahl der dort befindlichen Teilnehmeranschlüsse abhängig.
- Anschlussnetz: Teil eines Telekommunikationsnetzes zwischen Anschlusszentrale und Teilnehmeranschluss. Wird unterteilt in die Netzbereiche Stammnetz, Verteilnetz und Hausnetz. An den jeweiligen Übergabepunkten dieser Netzbereiche werden die verschiedenen Teilnehmeranschlussleitungen eines Gebietes zusammengeführt bzw. aufgeteilt.
- Stammnetz: Teil eines Anschlussnetzes zwischen Anschlusszentrale und den jeweiligen Strassenverteilern. Gegebenenfalls sind noch Quartierverteiler zwischengeschaltet.
- Verteilnetz: Teil eines Anschlussnetzes zwischen den Strassenverteilern und den jeweiligen Gebäudeübergabepunkten.
- Hausnetz: Teil eines Anschlussnetzes zwischen dem jeweiligen Gebäudeübergabepunkt sowie den einzelnen Teilnehmeranschlüssen und deren Verzweigungen in einem Gebäude.

- FTTH-Netz: Anschlussnetz, bei dem die gesamte Teilnehmeranschlussleitung zwischen Anschlusszentrale und Teilnehmeranschluss aus Glasfasern besteht.
- FTTB-Netz: Anschlussnetz, bei dem die Teilnehmeranschlussleitung zwischen Anschlusszentrale und Gebäudeübergabepunkt aus Glasfasern besteht.
- FTTS-Netz: Anschlussnetz, bei dem die Teilnehmeranschlussleitung zwischen Anschlusszentrale und Strassenverteiltern aus Glasfasern besteht.
- FTTC-Netz: Anschlussnetz, bei dem die Teilnehmeranschlussleitung zwischen Anschlusszentrale und Quartierverteiltern aus Glasfasern besteht.
- Kabelverteilerkasten: Oberirdische technische Anlage zur Aufteilung und/oder Weiterführung von einzelnen Leitungen zwischen Anschlusszentrale und Gebäudeübergabepunkt.
- Kanalschacht: Unterirdische technische Anlage zur Aufteilung oder Weiterführung von einzelnen Leitungen zwischen Anschlusszentrale und Gebäudeübergabepunkt.
- Kabelkanalisation: Unterirdisch verbaute Vorrichtungen zur Aufnahme der jeweiligen Leitungen innerhalb eines Anschlussnetzes.
- Micro-Can: Technische Einrichtung zur Überleitung von einer Glasfaserleitung auf eine Kupferkabelleitung.
- P2P-/Point-to-Point-Topologie: Ausgestaltung des Anschlussnetzes in einer Sternstruktur, bei der zwischen Anschlusszentrale und jedem Teilnehmeranschluss eine eigenständige, d.h. eine durchgehende einzelne physische Leitung besteht.
- P2MP-/Point-to-Multipoint-Topologie: Ausgestaltung des Anschlussnetzes in einer Baumstruktur, bei der die einzelnen Teilnehmeranschlussleitungen an bestimmten Punkten - regelmässig in den Strassenverteiltern als Übergang zwischen dem Verteil- und dem Stammnetz - zusammengeführt und dadurch im Stammnetz auf deutlich weniger Kabeln zusammengefasst werden.
- Farbentbündelung: Technische Ausgestaltung des Anschlussnetzes, bei der mit Hilfe des Wellenlängen-Multiplexverfahrens in Abhängigkeit von der Wellenlänge bzw. der Farbe des Laserlichts verschiedene Datenströme erzeugt werden (vgl. E. 433 ff.).
- Layer 1-Zugang: Umschreibung des Zugangs zu einem Telekommunikationsnetz für ein anderes Fernmeldeunternehmen mit der Möglichkeit, vom Netzbetreiber eine einzelne durchgehende Leitung zwischen Anschlusszentrale und Teilnehmeranschluss zur eigenen Übermittlung von Informationen anzumieten (vgl. E. 68). Die gleiche Bedeutung kommt dem Begriff Layer 1-Produkt zu.
- Layer 3-Zugang: Umschreibung des Zugangs zu einem Telekommunikationsnetz für ein anderes Fernmeldeunternehmen mit der Möglichkeit, vom Netzbetreiber eine Dienstleistung für die von diesem vorgenommene Übermittlung von Informationen zwischen Anschlusszentrale und Teilnehmeranschluss in Anspruch zu nehmen. Die gleiche Bedeutung kommt dem Begriff Layer 3-Produkt zu.
- Hochbreitband: Oberbegriff für die Bezeichnung von Telekommunikationsnetzen mit Übertragungsgeschwindigkeiten, die in einem FTTH-Netz erreichbar sind.
- TAL: Begriff des Fernmeldegesetzes für eine vollständig entbündelte Teilnehmeranschlussleitung, bei der bei einem Anschlussnetz mit Kupferkabeln eine eigenständige, d.h. eine einzelne durchgehende Kupferkabelleitung von der Anschlusszentrale bis zum Teilnehmeranschluss vom Netzbetreiber für die Nutzung durch ein anderes Fernmeldeunternehmen bereitgestellt wird.
- ALO: Produktbezeichnung von Swisscom für die Bereitstellung einer eigenständigen Glasfaser als Layer 1-Zugang für andere Fernmeldeunternehmen (vgl. E. 400).
- BBCS: Produktbezeichnung von Swisscom für die Bereitstellung bestimmter Dienstleistungen zur Übermittlung von Informationen als Layer 3-Produkt für andere Fernmeldeunternehmen (vgl. E. 401).
- C-ALO: Produktbezeichnung von Swisscom für die Bereitstellung von Dienstleistungen für andere Fernmeldeunternehmen zur Übermittlung von Informationen bei bis zu 64 bündelweise zusammengeführten Teilnehmeranschlussleitungen (vgl. E. 433 ff.).
- ALO on demand: Bezeichnung für die Möglichkeit zur Bereitstellung einer eigenständigen Glasfaser als Layer 1-Zugang für andere Fernmeldeunternehmen, bei der Reservefasern im Stammnetz mit der jeweiligen Glasfaserleitung eines Teilnehmeranschlusses des Verteilnetzes verknüpft werden.
- FTTH-on demand: Produktbezeichnung von Swisscom für die Bereitstellung einer FTTH-Leitung aufgrund einer Beauftragung des jeweiligen Eigentümers der dadurch angeschlossenen Liegenschaft (vgl. E. 714 f.).

E. Vorinstanzliches Verfahren

E.a Am 6. Februar 2020 stellte die Beschwerdeführerin im Rahmen einer Bilanzpressekonferenz die neue Strategie zum Ausbau des FTTH-Netzes von Swisscom bis Ende 2025 (nachfolgend: Netzbaustrategie 2020) vor. Der für das vorliegende Verfahren massgebliche Aspekt dieser Neuerung besteht darin, dass Swisscom beim Netzbau zukünftig statt des Vierfaser-Modells mit Punkt-zu-Punkt-Topologie (nachfolgend: P2P) wie bei FTTH-Netzen, die bislang in Baukooperationen errichtet werden, ein Einfaser-Modell mit Baumstruktur und Punkt-zu-Multipunkt-Topologie (nachfolgend: P2MP) bei FTTH-Netzen, die von Swisscom im Alleinbau errichtet werden, zum Einsatz bringen will.

E.b Daraufhin eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Vorabklärung.

E.c Mit Schreiben vom 26. Februar 2020 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, Auskünfte in Zusammenhang mit der Netzbaustrategie 2020 zu erteilen. Mit

Schreiben vom 19. März 2020, vom 5. Mai 2020 und vom 29. Mai 2020 kam es zu einem Informationsaustausch zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdeführerin in dieser Angelegenheit.

E.d Danet hat am 11. August 2020 ein Auskunftsbegehren des Sekretariats beantwortet. Auf die Ergebnisse dieser Stellungnahme ist - soweit sachdienlich - im Rahmen der Erwägungen einzugehen.

E.e Am 11. September 2020 hat Init7 beim Sekretariat eine Anzeige gegen die Beschwerdeführerin wegen einer unzulässigen Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG eingereicht und den Erlass vorsorglicher Massnahmen unter Entzug der aufschiebenden Wirkung von allfälligen Rechtsmitteln der Beschwerdeführerin eingereicht. Mit der Anzeige wurden insbesondere folgende Anträge gestellt: (i) die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin im Markt für Layer-1-Zugang zur letzten Meile der FTTH-Netze; (ii) die Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit der Verweigerung eines Layer-1-Zugangs; (iii) die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Bereitstellung eines Layer-1-Zugangs bei FTTH-Netzen.

E.f Am 1. Oktober 2020 fand ein Treffen zwischen Init7 und dem Sekretariat statt, bei dem Init7 ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken vortrug.

E.g Mit Schreiben vom 16. Oktober 2020 nahm die Beschwerdeführerin zu der ihr am 22. September übermittelten Anzeige von Init7 Stellung. Dabei stellte sie die Anträge, dass (i) das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen vollumfänglich abzuweisen sei, und (ii) weder eine Abklärung noch eine Untersuchung zu eröffnen sei, sowie (iii) das Dossier vollumfänglich und ohne Folgen einzustellen sei.

E.h Mit Schreiben vom 10. Dezember 2020 nahm die Beschwerdeführerin nach teilweise erstreckter Frist und Einsicht in die Akten des Dossiers Stellung zu der am 26. November übersandten Stellungnahme von Danet und zu den von der Anzeigerin beantragten vorsorglichen Massnahmen.

E.i Daraufhin eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit Zustimmung eines Mitglieds der Wettbewerbskommission am 14. Dezember 2020 ein Verfahren gemäss Art. 27 KG (BBI 2021 1).

E.j Am 14. Dezember 2020 erliess die Wettbewerbskommission die angefochtene Verfügung mit folgendem Dispositiv:

«1. Die Verfahrensanhträge von Swisscom werden abgewiesen.

2. Swisscom wird mit sofortiger Wirkung untersagt, ein Glasfasernetz FTTH in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach Layer-1-Angeboten verunmöglicht, ein Layer-1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen Privatkunden und/oder Geschäftskunden anzubieten.

3. Die weitergehenden Anträge von Init7 werden abgewiesen, soweit sie nicht in Dispositiv-Ziffer 2 enthalten sind.

4. Einer allfälligen Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

5. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.»

F. Beschwerdeverfahren

F.a Die Verfügung der Wettbewerbskommission wurde von der Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 13. Januar 2021 beim Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Sach- und Verfahrensanhträgen angefochten:

«1. Ziff. 2 des Dispositivs der Weko-Verfügung vom 14. Dezember 2020 (Netzbaustrategie Swisscom, Untersuchung 31-0598, Anordnung vorsorglicher Massnahmen) sei aufzuheben.

2. Ziff. 4 des Dispositivs der Weko-Verfügung vom 14. Dezember 2020 (Netzbaustrategie Swisscom, Untersuchung 31-0598, Anordnung vorsorglicher Massnahmen) sei aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde sei wiederherzustellen.

3. Über den Antrag gemäss Ziff. 2 sei vorab unverzüglich und ohne vorgängige Anhörung der Vorinstanz zu entscheiden.

4. Swisscom sei das Recht einzuräumen, die in dieser Beschwerdeschrift enthaltenen Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen, bevor diese allfälligen anderen Parteien oder Drittbeteiligten im Verfahren Netzbaustrategie Swisscom (Weko-Dossier 31-0598) offengelegt werden.

Alles unter Kostenfolge.»

F.b Die Beschwerdeführerin beantragt, die angefochtene Verfügung sei sowohl aus formellen als auch aus materiellen Gründen vollumfänglich aufzuheben. Im Einzelnen macht sie hierzu die im Rahmen der Erwägungen dargestellten Rügen und Einwände geltend.

F.c Mit Verfügung vom 15. Januar 2021 hat das Gericht den Antrag der Beschwerdeführerin auf superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt und der Vorinstanz die Gelegenheit eingeräumt, zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen.

F.d Die Vorinstanz hat am 25. Januar 2021 fristgerecht zum Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Stellung genommen. Dabei hält sie am Entzug der aufschiebenden Wirkung der angefochtenen Verfügung fest.

F.e Mit Verfügung vom 2. Februar 2021 wurde die Beschwerdeführerin zur Einzahlung des Kostenvorschusses aufgefordert und beiden Parteien Gelegenheit zu Einreichung weiterer Stellungnahmen eingeräumt sowie eine Instruktions- und Vergleichsverhandlung für den 25. März 2021 angesetzt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt.

F.f Die Beschwerdeführerin hat am 22. Februar fristgerecht zur Stellungnahme der Vorinstanz in Bezug auf den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Stellung genommen. Dabei hält sie an ihrem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde fest.

F.g Die Vorinstanz hat ihre Beschwerdeantwort fristgerecht am 5. März 2021 eingereicht, mit der sie die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge beantragt, soweit darauf einzutreten sei. Im Einzelnen macht sie hierzu die im Rahmen der Erwägungen dargestellten Aspekte geltend.

F.h Mit Verfügung vom 10. März 2021 wurde die Anzeigerin als fachkompetente Auskunftsperson zur Instrukti-

onsverhandlung eingeladen. Da die Anzeigerin durch den Streitgegenstand in ihren Rechten unmittelbar betroffen ist und keine Verfahrensvereinigung mit dem von der Anzeigerin erhobenen Beschwerdeverfahren erfolgt (vgl. SV H.a), wird sie im vorliegenden Beschwerdeverfahren als beigeladene Partei behandelt.

F.i Die Beschwerdeführerin reichte am 24. März 2021 per Mail unaufgefordert einen weiteren Schriftsatz mit umfangreichen Beilagen ein. Im Rahmen dieses Schriftsatzes legte die Beschwerdeführerin die Möglichkeit einer Umsetzung der sog. Farbentbündelung dar, wofür sie das Produkt C-ALO entwickelt habe, das auf dem Markt angeboten werden solle. Diese neue Entwicklung wurde von der Beschwerdeführerin dann auch an der tags darauf stattfindenden Instruktions- und Vergleichsverhandlung vorgestellt.

F.j Am 25. März 2021 fand eine Instruktions- und Vergleichsverhandlung statt. Die Parteien hielten dabei an ihren Anträgen fest. Im Rahmen der Verhandlung wurde der Anzeigerin die Gelegenheit zu eigenen Stellungnahmen hinsichtlich der vom Gericht gestellten Sachfragen und der von der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz hierzu abgegebenen Antworten eingeräumt.

F.k Im weiteren Verlauf des Verfahrens wurden am 4. April 2021 von der Vorinstanz und am 29. April von der Beschwerdeführerin weitere Schriftsätze jeweils unaufgefordert eingereicht.

F.l Am 29. April 2021 wurde von der Beschwerdeführerin per Medienmitteilung öffentlich bekannt gegeben, dass mit Salt eine Kooperationsvereinbarung im Sinne einer «Glasfaserpartnerschaft» getroffen worden sei. Die Grundlage dieser Kooperation bestünde in einem langfristigen Nutzungsrecht von Salt am Glasfasernetz von Swisscom, wobei Salt sich einerseits an den Investitionskosten beteiligen und andererseits einen Layer 1-Zugang erhalten würde. Mit Schriftsatz vom gleichen Tage hatte die Beschwerdeführerin auch das Gericht über diese Entwicklung informiert. Die Beschwerdeführerin machte dabei geltend, dass es ihr nicht möglich gewesen sei, auf diese Gesichtspunkte im Rahmen des Beschwerdeverfahrens im Allgemeinen sowie anlässlich der Instruktions- und Vergleichsverhandlung vom 25. März 2021 im Besonderen einzugehen, weil strikte vertragliche Geheimhaltungszusicherungen in Bezug auf die in den vorhergehenden Wochen geführten konkreten Vertragsverhandlungen bestanden hätten und es sich bei den entsprechenden Informationen um börsenrelevante Tatsachen handle.

F.m Mit Verfügung vom 6. Mai 2021 wurde der Vorinstanz und der Anzeigerin die Gelegenheit eingeräumt, zu dieser neuen Entwicklung Stellung zu nehmen.

F.n Die Anzeigerin hat mit Schriftsatz vom 25. Mai 2021 und die Vorinstanz hat nach Fristerstreckung mit Schriftsatz vom 30. Juni 2021 Stellung genommen.

F.o Die Beschwerdeführerin hat wiederum mit Schriftsatz vom 3. August 2021 auf diese Stellungnahmen erwidert.

F.p Mit Schreiben vom 3. September 2021 hat die Beschwerdeführerin unter Verweis auf die Swisscom belastenden Wirkungen der vorsorglichen Massnahme eine

Nachfrage nach der voraussichtlichen Dauer bis zu einem Entscheid durch das Gericht eingereicht.

G. Parallelverfahren

G.a Die Anzeigerin hat fristgerecht am 3. März 2021 ebenfalls Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 14. Dezember 2020 erhoben, die ihr von der Vorinstanz aufgrund der notwendigen Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen erst am 1. Februar 2021 zugestellt worden war.

G.b Mit Verfügung vom 10. März 2021 wurde die Anzeigerin in diesem Beschwerdeverfahren B-960/2021 (nachfolgend: Parallelverfahren) zum einen aufgefordert, den Kostenvorschuss einzubezahlen, und zum anderen wurde ihr Gelegenheit eingeräumt, allfällige formelle Unrichtigkeiten ihrer Beschwerde zu korrigieren.

G.c Mit Schriftsatz vom 17. März 2021 reichte die Anzeigerin eine Ergänzung ihrer Beschwerde ein, mit denen die formellen Unrichtigkeiten beseitigt wurden. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt.

G.d Mit Schriftsätzen vom 23. April 2021 haben die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz als Beschwerdegegnerinnen im Parallelverfahren ihre Beschwerdeantworten eingereicht.

G.e Mit Schriftsatz vom 25. Mai 2021 hat die Anzeigerin eine Replik nach Fristerstreckung eingereicht.

G.f Mit Schriftsätzen vom 7. und 9. Juli 2021 haben die Beschwerdegegnerinnen jeweils eine Duplik eingereicht.

H. Unterbliebene Verfahrensvereinigung

H.a Ungeachtet dessen, dass eine Vereinigung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens und des Parallelverfahrens angesichts des gleichen Anfechtungsobjekts, der gleichen Beteiligten und einer Überschneidung der Streitgegenstände grundsätzlich hätte vorgenommen werden können, wurde vor dem Hintergrund der Notwendigkeit einer schnellen Überprüfung der angefochtenen Verfügung wegen des unterschiedlichen zeitlichen Ablaufs und des zusätzlichen Aufwands, der mit einer Zusammenführung verbunden gewesen wäre, auf eine Vereinigung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens B-161/2021 und des Parallelverfahrens B-960/2021 von Seiten des Gerichts verzichtet (vgl. E. 734 f.).

I. Parteivorbringen

I.a Die Parteien haben bei ihren Vorbringen hinsichtlich verschiedener Sachaspekte wechselseitig auf ihre Stellungnahmen im jeweils anderen Verfahren verwiesen. Dadurch sollten angesichts der sachlichen Verbundenheit der beiden Verfahren vielfache Wiederholungen aus verfahrensökonomischen Gründen vermieden werden. Es ist daher angezeigt, die ergänzenden und zusätzlichen Vorbringen der Parteien des Parallelverfahrens auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I. PROZESSVORAUSSETZUNGEN

1. Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 7 Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) mit freier Kognition, ob die Pro-

zessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

2. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) zuständig zur Beurteilung von Beschwerden der betroffenen Unternehmen gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission zur Feststellung, Abwendung und Ahndung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens (BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009, Swisscom AG u.a. gg. Weko, zit. ADSL II, E. 2 ff.; BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Six Group AG u.a. gg. Weko, zit. DCC, E. 2 ff.).

3. Die Beschwerdefähigkeit der Beschwerdeführerin als im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft ist gemäss Art. 6 VwVG gegeben.

4. Die Beschwerdelegitimation ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ebenfalls gegeben, weil die Beschwerdeführerin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und als Verfügungsadressatin von der angefochtenen Verfügung besonders berührt wird, weshalb sie auch ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung aufweist.

5. Die angeordnete vorsorgliche Massnahme stellt eine selbständige Zwischenverfügung im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG in dem von der Vorinstanz eingeleiteten Kartellverfahren «Untersuchung betreffend Netzbaustrategie Swisscom» dar (BGE 134 I 83 E. 3.1; BGer, 19.12.2003, 2A.415/2003, EVD gg. Sellita Watch Co SA, ETA SA Manufacture u.a., publ. BGE 130 II 149, zit. Sellita, E. 1; UHLMANN FELIX/WALLE-BÄR SIMONE, in: Waldmann-Weissenberger [Hrsg.], VwVG, 2. Aufl. 2016, zit. WW-VwVG, Art. 45 Rn. 7).

6. Auf die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung ist dann einzutreten, wenn diese einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil bewirken könnte. Als nicht wieder gut zu machender Nachteil gilt ein schutzwürdiges tatsächliches oder rechtliches Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung, weil ein zumindest potentiell drohender Schaden auch im Falle eines günstigen Endentscheids nicht oder nicht vollständig behoben werden könnte (BVGer, 13.11.2013, A-3939/2013, Swisscom [Schweiz] AG gg. Init7 [Schweiz] AG und ComCom, E. 1.1 m.w.N.). Dabei ist es allerdings nicht erforderlich, dass der Schaden niemals wiedergutmacht werden kann (BVGer, 9.7.2017, B-4637/2013, upc cablecom GmbH u.a. gg. CT Cinetrade AG u.a., E. 1.3).

7. Der Beschwerdeführerin wird durch die vorsorgliche Massnahme verwehrt, dass sie beim Bau neuer Glasfasernetze oder beim Ausbau bestehender Glasfasernetze die von ihr hierzu vorgesehene Netzarchitektur in Form eines bestimmten Einfaser-Modells mit P2MP-Topologie verwenden kann. Dies führt dazu, dass sie entweder unmittelbar Mehraufwendungen für einen Ausbau gemäss Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie zu tragen hat oder auf einen solchen Neu- oder Ausbau bis zum Entscheid in der Hauptsache verzichten muss, mit der Folge, dass zum einen eine Abwanderung von aktuellen oder potentiellen Kunden eintreten kann und zum anderen sich zumindest auf längere Sicht gewisse Einnahmeausfälle ergeben können. Da erst im Hauptsachever-

fahren durch die Vorinstanz erstmalig über die Verwendung dieses Einfaser-Modells verbindlich entschieden wird, droht der Beschwerdeführerin die Möglichkeit, dass im Falle einer Bewilligung ihres Topologie-Modells die vorstehend genannten Beeinträchtigungen endgültig eintreten werden. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist daher eine potentiell nicht wiedergutmachende Beeinträchtigung eines schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführerin gegeben.

8. Die formalen Anforderungen an eine Beschwerde hinsichtlich Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG, Form und Inhalt gemäss Art. 52 VwVG, ordnungsgemässe Vertretung gemäss Art. 11 Abs. 2 VwVG sowie die fristgerechte Einzahlung des angeforderten Kostenvorschusses gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG sind erfüllt.

9. Da alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde einzutreten.

II. GELTUNGS- UND ANWENDUNGSBEREICH DES KARTELLGESETZES

10. Die angefochtene Verfügung hat ein marktmissbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG im Jahre 2020 zum Gegenstand. Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich ungeachtet ihres Aktionariats um ein Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG (BGer, 11.4.2011, 2C_343/2010 und 2C_344/2010, EVD gg. Swisscom (Schweiz) AG, publ. BGE 137 II 199, zit. Terminierung Mobilfunk, E. 3.1). Der personale, sachliche und zeitliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist demnach grundsätzlich gegeben, was von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten wird.

11. Die Beschwerdeführerin rügt allerdings, dass die Anwendung des Kartellgesetzes im Rahmen der angefochtenen Verfügung aufgrund eines Vorrangs des Fernmelderechts ausgeschlossen sei.

12. Auch in einem Verfahren zur Beurteilung der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme durch die Wettbewerbskommission sind deren Zuständigkeit und damit das Fehlen eines Anwendungsausschlusses des Kartellgesetzes aufgrund des Vorrangs eines anderen Gesetzes von Amtes wegen zu prüfen, zumal diese Fragen auch beim Bundesgericht angefochten werden können.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

13. Die Beschwerdeführerin erhebt verschiedene Einwände gegen die Anwendung des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt.

14. Die Beschwerdeführerin erhebt zunächst den Einwand, dass die massgebliche fernmelderechtliche Rahmenordnung als *lex specialis* dem Kartellgesetz zwingend vorgehe, weshalb die Wettbewerbskommission mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung Entscheidungskompetenzen und Interventionsbefugnisse beanspruche, welche ihr gar nicht zustehen würden. Daher verletze sowohl die Eröffnung einer entsprechenden Untersuchung als auch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen unter Missachtung des Grundsatzes der Gewaltenteilung die getroffene Wertungsentscheidung des Fernmeldegesetzgebers sowie die hierzu ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung. Zur Begründung hierfür bringt die Beschwerdeführerin verschiedene Aspekte vor.

15. Der Gesetzgeber habe mit der jüngsten Teilrevision des Fernmeldegesetzes die vom Bundesrat in der Botschaft vorgeschlagene Einführung einer technologie-neutralen Zugangsregulierung abgelehnt und damit die Ausweitung des in Art. 11 FMG statuierten fernmelderechtlichen Zugangsregimes auf neu gebaute oder neu zu bauende Glasfasernetze verworfen.

16. Aus der Entstehungsgeschichte dieser Teilrevision würde dabei klar und unzweideutig hervorgehen, dass die Mehrheit im National- und Ständerat durch einen bewussten Verzicht auf die Ausweitung der Netzzugangsregulierung auf neue Glasfasernetze die Investitionstätigkeit in Randregionen nicht habe gefährden wollen.

17. Insbesondere wird hierbei eine Aussage der damaligen Bundesrätin und zuständigen Departementsvorsteherin zur Begründung des Handlungsbedarfs für die Statuierung einer entsprechenden Zugangsregulierung herangezogen, wonach die Wettbewerbskommission und das Kartellgesetz bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Telekommunikationsbereich keine Rolle spielen würden, weil es keine Regulierung und damit keine gesetzliche Regelung gäbe (BR Leuthard, AB 2018 N 830). Mit der Ablehnung dieser vorgeschlagenen Zugangsregulierung durch das Parlament würde diese Aussage damit auch das heute noch geltende Verhältnis der sektorspezifischen Zugangsregulierung zur allgemeinen Wettbewerbsregulierung beschreiben.

18. Überdies erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, die höchstrichterliche Rechtsprechung habe anerkannt, dass das Primat des Gesetzgebers auch im Rahmen der Anwendung des Kartellgesetzes zu beachten sei. Da der Gesetzgeber selbst über die Öffnung der letzten Meile zu entscheiden habe und die diesbezüglichen Formen und Bedingungen festlegen müsse, könne nicht auf dem Umweg über die Auslegung des Kartellrechts auf eine Angebotspflicht im spezifischen Bereich der Interkonnektion erkannt werden.

19. Dementsprechend habe auch die Eidgenössische Kommunikationskommission als sektorspezifische Regulierungsbehörde ein Gesuch um einen Netzzugang in Form einer virtuellen Entbündelungsvariante (VULA, Virtual Unbundling Local Access), welche bei einer funktionalen Betrachtungsweise und entsprechender Ausgestaltung durchaus als Layer 1-Produkt eingeordnet werden könne, unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung abgelehnt. Wenn schon der sektorspezifischen Regulierungsbehörde verwehrt sei, infolge der gesetzgeberischen Wertungsentscheide einzugreifen, müsse dies umso mehr auch für die allgemeinen Wettbewerbsbehörden gelten.

20. Zudem erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die sehr tiefgreifenden und äusserst kostspieligen Ausbaupflichtungen für Layer 1-Angebote - wie von der Vorinstanz verlangt - und erst recht eine weitergehende Technologievorgabe - wie von der Anzeigerin gefordert - bereits aus institutionell-rechtlichen Gründen nicht auf der Grundlage der kartellrechtlichen Missbrauchsgesetzgebung erfolgen könnten, sondern ausschliesslich über eine sektorspezifische fernmelderechtliche Regulierung stattfinden müssten.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

21. Die Vorinstanz verneint einen Vorrang des Fernmeldegesetzes gemäss Art. 3 Abs. 1 KG. Unter Hinweis auf verschiedene Voten im Rahmen der parlamentarischen Beratungen schliesst sie es aus, dass der Gesetzgeber eine Einschränkung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im Rahmen der Revision des Fernmeldegesetzes vorgenommen habe. Vielmehr hätten die Debatten lediglich die Frage zum Gegenstand gehabt, ob eine sektorspezifische Regulierung im Sinne einer technologie-neutralen Regelung eingeführt werden soll, und nicht den Aspekt behandelt, ob der Telekommunikationsbereich ganz oder teilweise von der Anwendung des Kartellgesetzes ausgenommen werden soll. Dabei sei durch die Botschaft des Bundesrats die Einführung besonderer fernmelderechtlicher Eingriffsmöglichkeiten vorgestellt worden, die über eine Anwendung kartellrechtlicher Massnahmen hinausgehen würden, um in einer vorausschauenden Weise Wettbewerb zu ermöglichen.

(3) Würdigung durch das Gericht

22. Für das Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften sieht das Kartellgesetz in Art. 3 Abs. 1 KG einen Anwendungsausschluss zu Lasten des Kartellgesetzes gegenüber solchen Vorschriften vor, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen (nachfolgend: Produkte) nicht zulassen, insbesondere weil sie eine staatliche Preis- oder Marktordnung begründen oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

23. Der Zugang zu Telekommunikationsnetzen und das Verhältnis des Kartellgesetzes zum Fernmelderecht in Bezug auf den Zugang oder die Interkonnektion waren bereits in der Vergangenheit Gegenstand von verschiedenen Urteilen der Rechtsprechung (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 3.4; BGer, 30.4.2004, 2A.178/2004, Swisscom Fixnet AG gg. TDC Switzerland AG und ComCom, publ. BGE 131 II 13, zit. Office Connex; BGer, 3.10.2001, 2A.503/2000, Commcare AG gg. Swisscom AG, zit. Commcare II, E. 6c; BVGer, 14.09.2015, B-7633/2009, Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, zit. ADSL II, E. 38 ff.).

(a) Grundlage

24. Aufgrund der bestehenden Rechtsprechung gelangen die kartell- und die fernmelderechtlichen Regelungen und Verfahren nebeneinander zur Anwendung. Denn das Fernmeldegesetz bildet keine eigenständige staatliche Markt- oder Preisordnung, sondern stellt eine sektorielle Regelung dar, welche die anderen allgemeinen und bereichsspezifischen Regelwerke der Wirtschaftsordnung voraussetzt und ergänzt (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 3.4; BGer, 2A.503/2000, Commcare II, E. 6c). Demzufolge bildet auch das Interkonnektionsregime lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 3.4). Dem Fernmelderecht und somit auch dem Interkonnektionsregime kommt deshalb kein genereller Vorrang gegenüber dem Kartellgesetz zu.

25. Einschränkungen einer Anwendung der kartellgesetzlichen Regelungen können sich demzufolge allenfalls im Sinne einer Spezifizierung insofern ergeben, als die fernmelderechtlichen Vorschriften besondere Tatbestandselemente aufweisen, die im Rahmen einer Interpretation der kartellgesetzlichen Regelungen eine sachbedingte Berücksichtigung finden müssen (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 39 f.). Denn bei Anwendung des Kartellrechts kann die besondere sektorielle Regelung des Fernmeldegesetzes nicht völlig unbeachtet bleiben. Die beiden Regelungsbereiche stehen insoweit in einem engen Konnex und beeinflussen sich gegenseitig. Sinn macht daher nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führt (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 5, zum Verhältnis zwischen dem Merkmal des Erzwingens in Art. 7 KG und dem Verfahren in Art. 11a FMG zur Festlegung der Zugangsbedingungen).

26. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 14) kommt daher weder dem Fernmeldegesetz noch dem Interkonnektionsregime ein grundsätzlicher Vorrang zu, aus dem sich ein allgemeiner Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes ableiten liesse. Der entsprechende Einwand ist daher irrelevant. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin im Parallelverfahren ausdrücklich selbst festgestellt, dass die grundsätzliche Anwendbarkeit des Kartellgesetzes unbestritten sei.

27. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts ausdrücklich Vorgaben zur Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens im Bereich des Fernmelderechts bei der Beurteilung einer Anwendung des Kartellgesetzes entwickelt hat. Danach sei trotz der Gleichrangigkeit von Kartellgesetz und Fernmeldegesetz bei der Anwendung des Kartellgesetzes das Primat des Gesetzgebers zu respektieren. Dabei wurde im Hinblick auf die Gewährung eines Zugangs zur Nutzung des Kupferkabelnetzes vor Erlass des Interkonnektionsregimes in Art. 11 FMG eine Anwendung des Kartellgesetzes ausgeschlossen, weil der Gesetzgeber selber über die Öffnung der letzten Meile zu entscheiden und die diesbezüglichen Formen und Bedingungen festzulegen habe. Das Bundesgericht sah deshalb aufgrund seiner Erkenntnis eine zumindest stillschweigende Öffnung durch den Gesetzgeber nicht als gegeben an (BGer, 16.2.2007, Office Connex, E. 4).

28. Es bleibt daher abzuklären, ob sich aus der Revision des Fernmeldegesetzes für die Ausgestaltung des FTTH-Netzausbaus entsprechend dem Einwand der Beschwerdeführerin ein konkreter Wille des Gesetzgebers zum Ausschluss einer Anwendung des Kartellgesetzes auf den Ausbau und die Nutzung von Glasfasernetzen feststellen lässt.

(b) Revision des Fernmeldegesetzes

29. Vorliegend ist die Revision des Fernmeldegesetzes vom 19. März 2019 mit Wirkung zum 1. Januar 2021 zu berücksichtigen (Botschaft des Bundesrats zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6.6.2017, BBI 2017 6559, zit. Botschaft FMG 2021). Dabei hat der Gesetzgeber im Bereich der Zugangsregulierung zum einen eine Anpassung des Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG vorgenommen und zum anderen einerseits die Einführung einer neuen Re-

gulierungsvorschrift als Art. 11c FMG abgelehnt und andererseits eine besondere Informationsregelung zu Gunsten des Parlaments in Art. 3a FMG eingeführt.

30. Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG statuiert die Verpflichtung für eine marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten, anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten (nachfolgend im Hinblick auf das massgebliche Kartellrechtssubjekt jeweils: Fernmeldeunternehmen) auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen einen vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu gewähren. Diese Verpflichtung wurde im Rahmen der Revision dahingehend angepasst, dass nun ein vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss zwecks Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung gewährt werden muss.

31. Die Verpflichtung zur Gewährleistung einer vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung in Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG bestand nach unstrittiger Ansicht auch bislang nur für Doppelader-Metalleitungen. Die Anpassung erfolgte daher lediglich zur Klarstellung im Hinblick auf die vorgesehene Einführung einer besonderen Zugangsregulierung bei anderen Leitungen einschliesslich von Glasfaserleitungen durch Art. 11c FMG (Botschaft FMG 2021, 6614).

32. Mit Art. 11c FMG sollte eine neue, gegenüber Art. 11 FMG differenziertere Zugangsregelung bei anderen Leitungen unter Einschluss von Glasfaserleitungen eingeführt werden. Dabei war die Verpflichtung eines marktbeherrschenden Fernmeldeunternehmens vorgesehen, einen vollständig entbündelten Zugang für andere Fernmeldeunternehmen bei Glasfaserleitungen zu gewährleisten. Eine entsprechende Verpflichtung hätte dabei vom Bundesrat partiell oder gesamthaft in Kraft gesetzt werden können, soweit tatsächlich eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgetreten oder zumindest zu befürchten gewesen wäre.

33. Die vorgesehene Regelung sah keine örtliche oder sonstige Einschränkung auf bestimmte Regionen oder sonstige geographische Bereiche vor. Vielmehr wäre sie in allgemeiner Weise für die Nutzung von Breitbandnetzen eines marktbeherrschenden Fernmeldeunternehmens durch andere Fernmeldeunternehmen im gesamten Hoheitsgebiet der Schweiz zur Anwendung gelangt und nicht nur für den Ausbau und die Nutzung von Telekommunikationsnetzen in Randregionen. Daher hätte die Regelung insbesondere auch den Ausbau und die Nutzung von Glasfasernetzen in Agglomerationen einschliesslich der weiteren Nutzung von bereits bestehenden Glasfasernetzen erfasst.

34. Die Einführung von Art. 11c FMG wurde jedoch durch den Gesetzgeber nach kontroversen parlamentarischen Beratungen abgelehnt. Der wesentliche Grund für die Ablehnung bestand darin, durch einen bewussten Aufschub einer Ausweitung der Netzzugangsregulierung auf neue Glasfasernetze die Investitionstätigkeit in Randregionen nicht zu gefährden. Dies wird von der Beschwerdeführerin mit ihrem entsprechenden Einwand (vgl. E. 16) ausdrücklich bestätigt.

35. Ungeachtet dessen wurde aber die grundsätzliche Problematik vom Gesetzgeber erkannt. So wurde es in

der parlamentarischen Debatte einhellig als notwendig erachtet, bei Auftreten von konkreten tatsächlichen Problemen eine Regulierung vorzunehmen, um einen ausreichenden Wettbewerb auch für die Glasfasernetze sicherzustellen (Voten NR AEBISCHER, AB 2018 N 1986; NR GUHL, AB 2018 N 1703). Um den raschen Erlass entsprechender Massnahmen sicherzustellen, wurde vom Gesetzgeber mit Art. 3a FMG eine besondere Vorschrift statuiert, wonach der Bundesrat dem Parlament alle drei Jahre einen Evaluationsbericht über den Zustand des Netzausbaus einschliesslich des Netzwettbewerbs sowie über die Kosten und den Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen zu erstellen hat.

(c) Ausgangslage

36. Bei einer ersten Betrachtung der grundlegenden Aspekte des vorliegenden Sachverhalts ergibt sich die folgende Ausgangslage:

37. Eine Vorschrift zum Ausschluss der Anwendung des Kartellgesetzes wurde im Rahmen der Revision weder in das Fernmeldegesetz oder das Kartellgesetz aufgenommen noch hatte der vom Bundesrat vorgelegte Revisionsentwurf eine entsprechende Vorschrift vorgesehen. Eine ausdrückliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes von Seiten des Gesetzgebers liegt demzufolge nicht vor.

38. Daher könnte ein Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes nur aufgrund einer allfällig bestehenden impliziten Haltung des Gesetzgebers im Sinne eines qualifizierten Schweigens abgeleitet werden. Im Hinblick auf die Ableitung eines konkreten impliziten gesetzgeberischen Willens sind allerdings verschiedene grundlegende Aspekte zu berücksichtigen.

39. Für die Annahme eines qualifizierten Schweigens ist es zunächst zweifellos erforderlich, dass ein entsprechender gesetzgeberischer Wille mit Sicherheit nachvollzogen und begründet werden kann. Dies ist nur dann der Fall, wenn im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens entweder der entsprechende Wille ausdrücklich und eindeutig geäussert wurde oder zumindest solch bedeutsame konkrete Umstände gegeben sind, die einen eindeutigen Rückschluss auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zulassen.

40. Darüber hinaus ist auch der Gesetzgeber an die bestehende Rechtsordnung gebunden. Es kann und muss daher davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber Kenntnis von der Rechtsordnung hat und diese bei der Durchführung neuer gesetzgeberischer Massnahmen beachtet. Dies gilt insbesondere auch für allfällige Anwendungskonkurrenzen, die aufgrund der Einführung neuer oder der Anpassung vorhandener Regelungen im Verhältnis zu bereits bestehenden Vorschriften auftreten.

41. Massgebend für die Feststellung eines bestimmten impliziten Willens des Gesetzgebers sind die konkreten Umstände des jeweiligen Gesetzgebungsverfahrens. Vorliegend ist demnach die Revision des Fernmeldegesetzes im Jahre 2018 massgebend. Demzufolge müsste die eindeutige Feststellung getroffen werden können, dass der Gesetzgeber allein mit dem Verzicht auf die Statuierung einer besonderen Regulierung für das Glasfasernetz im Fernmeldegesetz eine Anwendung des

Kartellgesetzes für den Ausbau und die Nutzung von Glasfasernetzen vollständig ausschliessen wollte.

42. Für eine solche Ableitung ist jedoch bereits prinzipiell zu beachten, dass mit einer derartigen Argumentation letztlich jegliche Rechtsvorschriften in Zusammenhang mit dem FTTH-Netzausbau in der Schweiz ausgehebelt werden könnten.

43. So könnte zum Beispiel ein Netzbetreiber die Anwendung von unzulässigen Knebelverträgen mit einer Dauer von 25 Jahren mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer Amortisation der höheren Kosten für den Ausbau eines FTTH-Netzes in den Randregionen begründen. Dabei könnte in gleicher Weise ebenfalls argumentiert und gefolgert werden, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die erwünschte Herstellung eines FTTH-Netzes in Randregionen zu Gunsten dieses Netzbetreibers von einer Anwendung der jeweiligen Vorschriften des Obligationenrechts habe absehen wollen.

44. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass allein mit einem blossen Hinweis auf den Verzicht einer fernmelderechtlichen Regelung durch den Gesetzgeber die Anwendung sonstiger Vorschriften der Rechtsordnung einschliesslich des Kartellrechts für den Ausbau und die Nutzung des FTTH-Netzes in der Schweiz nicht ausgeschlossen werden kann.

45. Dies wird im Ergebnis denn auch von der Beschwerdeführerin selbst anerkannt. Denn sie hält im Parallelverfahren ausdrücklich selbst fest, dass die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich unbestritten sei und deshalb beispielsweise die missbräuchliche Erzwingung unangemessener Preise unterbunden und sanktioniert werden könne.

46. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde ein Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes weder ausdrücklich verlangt noch ausdrücklich festgestellt. Vielmehr wurde sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass mangels einer Regulierung das Verhältnis zum Kartellrecht offenbleibe und demnach das Kartellgesetz Anwendung finden könne (Votum SR SCHMID, AB 2018 S 829).

47. Angesichts dieser Sachverhaltskonstellation besteht kein Anlass, von einem Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes auszugehen. Vielmehr müsste aufgrund der sonstigen, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens angesprochenen Umstände eine sachliche Notwendigkeit bestehen, um einen Anwendungsausschluss des Kartellrechts aus einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ableiten zu können.

(d) Gesetzliche Zielsetzungen

48. Für die Beurteilung des gesetzgeberischen Verhaltens sind zunächst zwei wesentliche Ziele des Fernmelderechts in Erinnerung zu rufen und das sich daraus ergebende Verhältnis zwischen Fernmelde- und Kartellgesetz zu berücksichtigen.

(i) Zielsetzung der Landesversorgung

49. Das grundlegende Ziel des Fernmeldegesetzes besteht gemäss Art. 1 FMG darin, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hochstehende sowie national und international konkurrenzfähige

hige Fernmeldedienste angeboten werden. Dadurch wird die Gewährleistung einer landesweiten Versorgung mit Fernmeldediensten statuiert.

50. Demgegenüber kommt dem Kartellgesetz gemäss Art. 1 KG die Aufgabe zu, den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern und Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Dadurch wird die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs als Ziel statuiert.

51. Demnach weisen das Fernmelde- und das Kartellgesetz primär unterschiedliche Regelungszwecke auf. Dem Kartellgesetz liegt zwar die wirtschaftstheoretische Prämisse zugrunde, dass wirksamer Wettbewerb zu einer optimalen Versorgung des Landes mit Produkten jeglicher Art zu den günstigsten Preisen führt. Ihm kommt aber nicht die Funktion zu, eine ausreichende landesweite Versorgung mit einem bestimmten Produkt sicherzustellen. Die Funktion des Kartellgesetzes ist vielmehr ausschliesslich auf die Herstellung von wirksamem Wettbewerb ausgerichtet. Dabei ist es auf die Verhinderung und Beseitigung von Wettbewerbsabreden mehrerer Unternehmen sowie von Missbräuchen durch marktbeherrschende Unternehmen beschränkt. Diese Aufgabe kann von Seiten der Wettbewerbsbehörden nicht durch generalisierende Massnahmen, d.h. in allgemeiner Weise für alle Unternehmen, sondern nur im jeweiligen Einzelfall durch Massnahmen für ein konkretes wirtschaftliches Verhalten umgesetzt werden. Eine gesamthafte Regulierung eines bestimmten Wirtschaftsgebiets, wie des Telekommunikationsbereichs einschliesslich des Interkonnektionsregimes, kann auf der Grundlage des Kartellgesetzes demnach gar nicht vorgenommen werden. Insbesondere ergibt sich aus den kartellrechtlichen Vorschriften keine Verpflichtung zur Errichtung oder zur Ausgestaltung von Glasfasernetzen. Auf diese Aspekte wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen ausdrücklich hingewiesen (Voten BR LEUTHARD, AB 2018 N 1704; NR GROSSEN, AB 2018 N 170). Daher kann die Beschwerdeführerin ihre Rüge nicht mit dem Hinweis auf die sachlich zutreffenden Ausführungen der damaligen Bundesrätin (vgl. E. 17) begründen.

52. Demzufolge hat das Kartellgesetz aufgrund seiner Regelungen jedenfalls nicht sicherzustellen, dass die Schweiz landesweit mit Glasfasernetzen sowie darauf aufbauenden Telekommunikationsprodukten zu günstigen Preisen im Interesse der Endkunden versorgt ist. Dies gilt für sämtliche Landesgebiete einschliesslich von Randregionen. Vielmehr hat das Kartellgesetz ausschliesslich sicherzustellen, dass zu Gunsten aller Marktteilnehmer einschliesslich von Unternehmen und Endkunden auf den jeweiligen Märkten der Breitbandnetze und -produkte die Möglichkeit zur Teilnahme an einem wirksamen Wettbewerb sichergestellt ist.

53. Angesichts der unterschiedlichen Regelungszwecke von Fernmelde- und Kartellgesetz ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass mit dem Verzicht auf eine gesetzgeberische Massnahme im Rahmen des Fernmeldegesetzes jeweils ein Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes verbunden sein soll. Dieser Aspekt spricht deshalb gegen die Ableitung eines Anwendungsausschlusses des Kartellgesetzes aufgrund eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers.

(ii) Zielsetzung der Förderung des Wettbewerbs

54. Ein weiteres wesentliches Ziel des Fernmelderechts ist die Förderung des Wettbewerbs. Das Fernmeldegesetz statuiert im Rahmen seines Zweckartikels gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. c ausdrücklich die Aufgabe, einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu ermöglichen.

55. Die Gewährleistung und der Schutz des Wettbewerbs sind demnach eine dem Fernmelderecht inhärente Aufgabe. Alle gesetzgeberischen Massnahmen im Bereich des Fernmelderechts haben der Erfüllung dieser Aufgabe zu dienen. Soweit in den parlamentarischen Beratungen daher explizit auf die Förderung oder Sicherstellung des Wettbewerbs abgestellt wurde, betrifft dies unmittelbar das Fernmeldegesetz und nicht notwendigerweise auch das Kartellgesetz.

56. Dies wird auch durch einen weiteren Aspekt bestätigt. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde von Seiten der widerstrebenden Voten in Bezug auf die Notwendigkeit zur Einführung konkreter Regelungen für das Interkonnektionsregime beim Glasfasernetz darauf abgestellt, dass wettbewerbsichernde Regelungen erst bei Auftreten konkreter Fehlentwicklungen eingeführt werden sollen. Die Einführung neuer Regelungen kann sich aber von vornherein nur auf das Fernmeldegesetz bezogen haben, weil der Gesetzgeber im Hinblick auf das rechtsgültige Kartellgesetz keine weiteren Handlungen für dessen Anwendung vornehmen muss.

57. Der Aspekt der Wettbewerbsförderung als ausdrückliche gesetzliche Zielsetzung des Fernmeldegesetzes spricht deshalb ebenfalls gegen die Ableitung eines Anwendungsausschlusses des Kartellgesetzes aufgrund eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers.

(e) Ausnahmezulassung

58. Das Kartellrecht statuiert in den Art. 8 und 11 KG das Rechtsinstitut der bundesrätlichen Ausnahmezulassung. Danach kann der Bundesrat auf Antrag eines betroffenen Unternehmens ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten, das von der Wettbewerbskommission als Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert und untersagt wurde, dennoch zulassen, wenn es in Ausnahmefällen notwendig ist, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

59. Bei dem Rechtsinstitut der bundesrätlichen Ausnahmezulassung handelt es sich um ein besonderes Entscheidungsverfahren mit Ausnahmecharakter im Anschluss an ein Beschwerdeverfahren oder an Stelle eines Beschwerdeverfahrens (BR, 2.5.2007, Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband und Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., RPW 2007/2, 341, zit. Buchpreisbindung, Ziff. II/1; BR, n.b., Schweizer Verband der Musikalienhändler und Verleger, RPW 1998/3, 478, zit. SVMHV, Ziff. II/1; FREUND BENEDIKT, in: Zäch u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 2018, Art. 31 Rn. 3, 4, 8; MOECKLI DANIEL/DUDAR PATRIK, in: Zäch u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 2018, Art. 8 Rn. 5, 7, 24). Die Anwendung dieses Rechtsinstituts obliegt ausschliesslich dem Bundesrat und ist sowohl für die Wettbewerbskommission als auch für die Rechtsmittelgerichte ausgeschlossen.

60. Mit einer bundesrätlichen Ausnahmezulassung kann eine bestimmte wirtschaftliche Verhaltensweise trotz ihrer Wettbewerbswidrigkeit aus Gründen des Gemeinwohls dennoch für zulässig erklärt werden, um allfällig bestehende unerwünschte Effekte des Wettbewerbs korrigieren zu können. Als zu beachtende Gründe des Gemeinwohls kommen nur öffentliche Interessen mit einem hohen Stellenwert in der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Werteordnung in Betracht; hierzu zählen zum Beispiel die Versorgungssicherheit des Landes und die regionale Versorgung (BR, Buchpreisbindung, E. 59, Ziff. II/7; BR, SVMHV, E. 59, Ziff. II/6).

61. Das Kartellrecht weist demzufolge eine besondere Regelung zur Auflösung eines Anwendungskonflikts zwischen einer festgestellten Wettbewerbswidrigkeit und den konkreten Belangen eines Unternehmens auf. Soweit diesen Belangen eine vorrangige Bedeutung aufgrund von übergeordneten allgemeinen gesellschaftspolitischen Interessen zukommt, haben die festgestellte Wettbewerbswidrigkeit und die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs zurückzutreten.

62. Aufgrund dieser gesetzlich statuierten besonderen Auflösungsfunktion besteht bereits prinzipiell keine Notwendigkeit zu einem Anwendungsausschluss des Kartellrechts gegenüber sonstigen Rechtsgebieten oder einzelnen Rechtsvorschriften.

63. Dies gilt insbesondere auch für das Verhältnis zum Fernmelderecht. Soweit sich bestimmte Aspekte des Fernmelderechts einschliesslich des Ausbaus und der Nutzung von FTTH-Netzen als so bedeutsam erweisen, dass sie dem Regelungszweck des Kartellrechts in Form der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs vorgehen, hat die Wettbewerbswidrigkeit zurückzutreten. Die regionale Versorgung mit Hochbreitband könnte daher gegebenenfalls eine bundesrätliche Ausnahmezulassung begründen.

64. Diese Rechtslage ist Bestandteil der bestehenden Rechtsordnung und war demnach auch dem Gesetzgeber bekannt. Es bestand daher für ihn von vornherein keine Notwendigkeit, einen generellen Anwendungsausschluss des Kartellrechts ausdrücklich oder stillschweigend vorzusehen. Etwas regionalpolitische Aspekte der Landesversorgung mit Fernmeldediensten können in jedem Fall in einem besonderen ausserwettbewerblichen Verfahren vorrangige Berücksichtigung finden.

65. Dieser Aspekt spricht deshalb ebenfalls gegen die Ableitung eines Anwendungsausschlusses des Kartellgesetzes aufgrund eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers.

(f) Bestehen eines Glasfaserstandards für den Glasfaserausbau

66. Zwischen 2008 und 2012 wurde von der Eidgenössischen Kommunikationskommission unter Einbezug des Bundesamts für Kommunikation ein runder Tisch mit den wichtigsten Unternehmen aus den Netzindustrien einschliesslich der massgeblichen Fernmeldeunternehmen eingerichtet. Dieser Austausch diente dazu, einen unkoordinierten Ausbau von Glasfasernetzen in der Schweiz zu vermeiden. Vielmehr sollten die notwendigen Rahmenbedingungen für den Ausbau von FTTH-Netzen geschaffen werden, um zum einen kostenträchtige und

ineffiziente Doppelspurigkeiten zu vermeiden sowie zum anderen eine wettbewerbsneutrale, d.h. diskriminierungsfreie und möglichst breite Nutzung des Glasfasernetzes zu ermöglichen. Dadurch sollte eine Monopolisierung von FTTH-Netzen durch einzelne Unternehmen ausgeschlossen werden, um zu vermeiden, dass der spätere Zugang für andere Fernmeldeunternehmen erschwert und infolgedessen der Wettbewerb behindert oder sogar verhindert werden kann. Die zentralen Anliegen wurden durch die Festlegung von technischen und sonstigen Standards sowie die Ausgestaltung von Plattformen und Musterverträgen erreicht (COMCOM, Medienmitteilung 16.1.2012, www.comcom.admin.ch/comcom/de/home/themen/fest-netz/ftth.htm).

67. Zwischen den Behörden und den wichtigsten Industrieunternehmen konnte demzufolge ein übereinstimmendes Verständnis über die wesentlichen Rahmenbedingungen für den Ausbau und die Nutzung von FTTH-Netzen hergestellt werden. Damit wurde ein gewisser Industriestandard in Form eines besonderen Glasfaserstandards aufgrund einer behördlich initiierten freiwilligen Selbstbindung der massgeblichen Industrieunternehmen geschaffen. Der Zweck dieser Vereinbarung bestand ausdrücklich in der Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbs im Interesse der Versorgung des Landes mit Breitbandprodukten zu Gunsten aller Endkunden und aller aktuellen und potentiellen Fernmeldeunternehmen als sonstige Marktteilnehmer. Der Inhalt dieses Glasfaserstandards wurde von den massgeblichen Unternehmen der Fernmeldeindustrie unter Einschluss von Swisscom anerkannt.

68. Ein wesentliches Element dieses Glasfaserstandards stellt die Festlegung einer bestimmten Netzarchitektur dar. Danach erfolgt der Ausbau des FTTH-Netzes auf der Grundlage eines Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie. Dabei erfolgt die Einrichtung von vier unabhängigen Einzelfasern mit jeweils einer Punkt-zu-Punkt-Topologie von der örtlichen Anschlusszentrale bis zum Hausanschluss. Dadurch lässt sich jede einzelne Glasfaser zwischen Anschlusszentrale und dem jeweiligen Teilnehmeranschluss physisch identifizieren und in der Anschlusszentrale einem Fernmeldeunternehmen zuordnen. Infolgedessen wird für alle Fernmeldeunternehmen die Möglichkeit eines sog. Layer 1-Zugangs und damit eines unmittelbaren und singulären und deshalb entbündelten Zugangs zu allen Teilnehmeranschlüssen einer Anschlusszentrale gewährleistet. Die einzige Voraussetzung für diesen Zugang eines Fernmeldeunternehmens bildet die Anschlusspräsenz, die sowohl die Bereitstellung der notwendigen opto-elektronischen Geräte in der Anschlusszentrale zur Übernahme der einzelnen Teilnehmeranschlussleitungen vom Netzbetreiber als auch die Bereitstellung der notwendigen opto-elektronischen Geräte für den Endkunden zur Abnahme und Versendung der jeweiligen Daten am Teilnehmeranschluss umfasst.

69. Mit dieser Netzarchitektur wurde der Ansatz einer offenen Wettbewerbsmatrix zu Gunsten und im Interesse aller aktuell und potentiell vorhandenen Konkurrenten in diesem Wirtschaftsbereich verfolgt. Denn jeder Inhaber eines Teilnehmeranschlusses kann als Endkunde auf der Einzelhandelsstufe eine individuelle Auswahl des von ihm erwünschten Dienstleisters im Telekommunika-

tionsbereich allein auf der Grundlage von dessen eigenständig gestalteten Dienstleistungen vornehmen. Und das ausgewählte Fernmeldeunternehmen kann seine Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe eigenständig gestalten und gegenüber den einzelnen Endkunden uneingeschränkt und vorbehaltlos erbringen, weil ausser einer Anmietung der einzelnen Glasfaser für den jeweiligen Teilnehmeranschluss beim Netzbetreiber keine sonstigen Voraussetzungen für die Erbringung der eigenen Dienstleistungen bestehen.

70. Durch die offene Wettbewerbsmatrix wird die Monopolisierung eines FTTH-Netzes durch einzelne oder kooperativ agierende Netzbauunternehmen unterbunden und damit wirksamer Wettbewerb gewährleistet. Umgekehrt wird dadurch kostentreibenden Doppelspurigkeiten beim Bau von FTTH-Netzen die Notwendigkeit entzogen, weil kein Fernmeldeunternehmen ein zusätzliches FTTH-Netz errichten muss, um eigene Fernmeldedienste erbringen zu können.

71. Von Seiten Swisscom wurde die Festlegung dieser Netzarchitektur als Glasfaserstandard ausdrücklich anerkannt und begrüsst. Dies wird unter anderem durch ihre Medienmitteilung vom 9. Dezember 2008 zum Ausdruck gebracht. Im Hinblick auf die Verwendung des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie führte Swisscom aus:

«Mit der Verlegung mehrerer Glasfasern pro Wohnung steigen die Investitionen marginal, dafür wird auf der Technologie- und Service-Ebene Wettbewerb gewährleistet. Es wäre nicht sinnvoll, sich heute auf eine einzige Glasfaser pro Wohnung zu beschränken, da dieses die Marktdynamik und die technologische Innovation in der Telekommunikationsindustrie für die nächsten 30 bis 50 Jahre gefährden würde.»

72. Auf das Bestehen dieser Vereinbarungen des Runden Tisches und dessen grosse praktische Bedeutung wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen ausdrücklich hingewiesen (Voten BR LEUTHARD, AB 2018 N 1705, AB 2018 S 824). Der Gesetzgeber konnte unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch darauf vertrauen, dass der Glasfaserstandard im Rahmen des zukünftigen Netzausbaus durch die jeweiligen Fernmeldeunternehmen berücksichtigt und umgesetzt wird.

73. Soweit bekannt ist, verlief der tatsächliche Ausbau der bestehenden FTTH-Netze denn auch entsprechend den festgelegten Rahmenbedingungen.

74. Die Statuierung des Glasfaserstandards durch die behördlich initiierte freiwillige Selbstbindung der massgeblichen Industrieunternehmen hat sich offensichtlich bewährt. Der FTTH-Glasfaserausbau in der Schweiz nahm in der Folge unstrittig eine äusserst positive Entwicklung und die Schweiz nimmt bislang einen vorderen Platz beim Ausbau von Glasfasernetzen im internationalen Vergleich ein.

75. Aufgrund des Glasfaserstandards handelt es sich bei Ausbau und Nutzung des FTTH-Netzes trotz des Fehlens einer gesetzlichen Regulierung allerdings nicht mehr um einen Wirtschaftsbereich, bei dem den einzelnen Fernmeldeunternehmen eine völlige Gestaltungsfreiheit im Hinblick auf die von ihnen getätigten Investitionen in den Ausbau und die Nutzung des Glas-

fasernetzes zukommt. Vielmehr wurden dadurch konkrete und wesentliche Eckdaten des Ausbaus und der Nutzung von FTTH-Netzen für alle Fernmeldeunternehmen einheitlich vorgegeben.

76. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 18) entspricht die Sach- und Rechtslage bei Ausbau und Nutzung von FTTH-Netzen zwischen 2009 bis 2018 demzufolge offensichtlich nicht derjenigen des Ausbaus und der Nutzung des Kupferkabelnetzes vor Erlass des Interkonnektionsregimes gemäss Art. 11a FMG, weil im Hinblick auf das Kupferkabelnetz keine entsprechenden Vereinbarungen von Seiten der massgeblichen Fernmeldeunternehmen und der zuständigen Behörden abgeschlossen worden waren. Daher ist auch die hierzu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung zur Öffnung der letzten Meile nicht einschlägig.

77. Demzufolge stand der Gesetzgeber entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin im Rahmen der Revision des Fernmeldegesetzes im Jahr 2018 auch nicht vor der Wahl zwischen der Beibehaltung einer uneingeschränkten unternehmerischen Freiheit im Hinblick auf den Ausbau und die Nutzung von FTTH-Netzen oder der Einführung einer umfassenden neuen Regulierung hierfür. Vielmehr konnte ausschliesslich in Frage stehen, ob die mittels der freiwilligen Selbstbindung der Fernmeldeunternehmen bereits bestehenden Regelungen des Glasfaserstandards legislatorisch institutionalisiert und weiter detailliert werden sollten und mussten.

78. Vor dem Hintergrund der bis dahin positiven Entwicklung bestand für den Gesetzgeber dabei angesichts des bereits vorhandenen Glasfaserstandards keine Notwendigkeit, mit einer gesetzlichen Regulierung in diesen Sachbereich festlegend oder weiterführend einzugreifen (Votum NR HURTER, AB 2018 N 1693: «Ein Wettbewerb, der funktioniert, muss doch nicht reguliert werden»; Votum NR AMSTUTZ, AB 2018 N 1702: «Das hat die Nichtregulierung in den letzten zehn Jahren bewiesen»). Vielmehr ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber sich bei dieser Ausgangslage dazu entschloss, die bisher bestehende Rechtslage ohne legislatorische Anpassung oder Ergänzung fortbestehen zu lassen.

79. Umgekehrt kann aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber keine legislatorische Anpassung vorgenommen hat, allerdings nicht abgeleitet werden, dass dadurch der bestehende Glasfaserstandard hätte aufgehoben werden sollen. Dies wird im Übrigen auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. Denn der vorhandene Glasfaserstandard bildete gerade die Grundlage für den bisherigen erfolgreichen Ausbau des FTTH-Netzes. Es ist demzufolge auch kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber eine Aufhebung dieses Glasfaserstandards hätte vornehmen sollen, ohne gleichzeitig eine fernmelderechtliche Regulierung einzuführen und dadurch auf einen Rechtszustand vor Abschluss der Vereinbarungen des Runden Tisches zurückzufallen.

80. Infolgedessen ist auch nicht davon auszugehen, dass dem bereits eingeführten Glasfaserstandard für den weiteren Netzausbau keinerlei Bedeutung zukommen und er daher für die übrige Rechtsordnung unbeachtlich sein sollte. Vielmehr wird die (weitere) Anwen-

dung des Glasfaserstandards dadurch nicht in Frage gestellt.

81. Die Aspekte der Entwicklung, Vereinbarung und Anwendung des Glasfaserstandards sprechen deshalb ebenfalls gegen die Ableitung eines Anwendungsausschlusses des Kartellgesetzes aufgrund eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers.

(g) Bisherige Anwendbarkeit des Kartellgesetzes

82. Durch die Wettbewerbskommission war in den Jahren 2010 und 2011 eine Vorabklärung zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Kooperationsverträgen zwischen Swisscom und fünf regionalen Energieversorgungsunternehmen für den Aufbau von FTTH-Netzen in Basel, Bern, Luzern, St. Gallen und Zürich durchgeführt worden (WEKO, 5.9.2011, Glasfaser St. Gallen, Zürich, Luzern, Bern, Basel, RPW 2012/2, 209, zit. Glasfaserkooperationen). Ausgangspunkt von entsprechenden Meldungen war ein Treffen der potentiellen Kooperationspartner sowie der Eidgenössischen Kommunikationskommission und des Bundesamts für Kommunikation am 19. Mai 2010 (WEKO, RPW 2012/2, 209, Glasfaserkooperationen, Ziff. 18). Gegen den Ausbau des Glasfasernetzes in St. Gallen mittels der vorgesehenen Kooperation wurde zudem eine Anzeige von Swisscable als Verband der Kabelnetzbetreiber in der Schweiz eingereicht (WEKO, RPW 2012/2, 209, Glasfaserkooperationen, Ziff. 19 ff.).

83. Im Rahmen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission wurde eine Abklärung sowohl hinsichtlich des potentiellen Vorliegens von Wettbewerbsabreden als auch des allfälligen Bestehens von Marktmachtmissbräuchen vorgenommen (WEKO, RPW 2012/2, 209, Glasfaserkooperationen, Ziff. 96 ff.). Die notwendige Grundlage der Prüfung durch die Wettbewerbskommission bildete dabei zwangsläufig die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes.

84. Als Ergebnis der Prüfung wurden verschiedene Klauseln der Kooperationsverträge als wettbewerbswidrig qualifiziert (WEKO, RPW 2012/2, 209, Glasfaserkooperationen, Ziff. 436 ff.). In der Folge wurden die Kooperationsverträge von den Kooperationspartnern entsprechend den Feststellungen der Wettbewerbskommission abgeändert.

85. Die gleiche Prüfung wurde daneben gesondert für den Ausbau des FTTH-Netzes in Fribourg vorgenommen (WEKO, 16.2.2012, FTTH-Freiburg, RPW 2012/2, 171).

86. Demzufolge stand für die Kooperationspartner unter Einschluss von Swisscom und den Telekommunikationsbehörden als Beteiligte des Runden Tisches sowie Swisscable als Anzeigerin ausser Frage, dass das Kartellgesetz auf den Ausbau des FTTH-Netzes und die dabei vorgesehenen Kooperationsverträge Anwendung findet, weil ansonsten eine entsprechende Prüfung durch die Wettbewerbsbehörde nicht hätte initiiert, durchgeführt und befolgt werden müssen.

87. Wenn die Kooperationsverträge zum Ausbau des FTTH-Netzes zwischen Swisscom und den Energieversorgungsunternehmen der Anwendung des Kartellrechts

unterstehen, dann hat dies auch für Kooperationsverträge zum Ausbau des Glasfasernetzes zwischen Swisscom und anderen Fernmeldeunternehmen zu gelten. Denn ein sachlich begründetes Abgrenzungskriterium für eine Differenzierung zwischen derartigen Kooperationen ist nicht ersichtlich. Daher untersteht auch die Kooperation von Swisscom mit Salt, die im Laufe des vorliegenden Verfahrens bekannt gemacht wurde, einer Anwendung des Kartellgesetzes. Da eine Kooperation von zwei Fernmeldeunternehmen nicht automatisch und per se als wettbewerbskonform zu qualifizieren ist, bedarf sie einer behördlichen Überprüfung und bei Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens des Erlasses entsprechender Massnahmen zur Abhilfe der Wettbewerbswidrigkeit und gegebenenfalls einer Sanktionierung der fehlbaren Unternehmen.

88. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum zwar ein gemeinsamer Ausbau des Glasfasernetzes durch mehrere Unternehmen der Anwendung des Kartellgesetzes unterstehen sollte, nicht aber ein solitärer Ausbau durch ein einzelnes Unternehmen. Denn auch für eine solche Differenzierung ist ein sachlich begründetes Abgrenzungskriterium nicht ersichtlich, zumal auch ein einzelnes Unternehmen ein marktmissbräuchliches Verhalten gegenüber seinen Geschäftspartnern und Endverbrauchern an den Tag legen kann. Dies wird zum Beispiel durch das Verfahren ADSL II bestätigt, bei dem die missbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktstellung durch Swisscom festgestellt und höchstrichterlich bestätigt wurde (vgl. E. 256).

89. Während des Zeitraums von 2009 bis 2018 stand demnach eine Anwendung des Kartellgesetzes für allfällige Wettbewerbsbeschränkungen in Zusammenhang mit dem Ausbau und der Nutzung des FTTH-Netzes überhaupt nicht in Frage. Insbesondere hätte vor dem Jahr 2018 ein Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes angesichts der behördlich initiierten freiwilligen Selbstbindung der Fernmeldeunternehmen gerade nicht mit einem Verzicht des Gesetzgebers auf eine fernmelderechtliche Regulierung des Netzausbaus und der Netznutzung begründet werden können.

90. Es ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die vorstehend aufgeführten Aspekte auch dem Gesetzgeber bekannt waren und im Rahmen einer Abwicklung von Gesetzesvorhaben Berücksichtigung gefunden haben. Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber mit seinem Verzicht auf eine ausdrückliche fernmelderechtliche Regulierung des FTTH-Netzes gleichzeitig die bisherige, auch von den Unternehmen anerkannte Anwendung des Kartellrechts auf konkrete wirtschaftliche Verhaltensweisen in Zusammenhang mit dem Ausbau und der Nutzung des FTTH-Netzes für die Zukunft hätte ausschliessen wollen. Vielmehr gewährleistet gerade die Anwendung des Kartellgesetzes auf den Glasfaserstandard die Herstellung von wirksamem Wettbewerb.

91. Demnach spricht auch die bisherige Anwendbarkeit des Kartellgesetzes gegen die Ableitung eines Anwendungsausschlusses des Kartellgesetzes aus einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers.

(h) Allfällige Ausnahmereiche

92. Wie von der Beschwerdeführerin zutreffend ausgeführt, wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen allerdings auch ausdrücklich festgehalten, dass für gewisse Landesgebiete zu Lasten der dort wohnhaften Bevölkerung und angesiedelten Unternehmen entweder Schwierigkeiten mit einer adäquaten Versorgung mit Hochbreitbandnetzen oder Probleme mangels einer ausreichenden Wettbewerbssituation auftreten könnten. Denn die bestehende Selbstregulierung der Fernmeldeunternehmen sieht eine obligatorische Versorgung einzelner Landesgebiete mit entsprechenden Glasfasernetzen nicht vor. Für diese Landesgebiete wurde daher im Ergebnis festgestellt, dass der Gesetzgeber bei Auftreten entsprechender Probleme jeweils konkrete Massnahmen vorzunehmen hätte, um die notwendige Abhilfe zu schaffen. Vorderhand sollte allerdings auf einen entsprechenden Eingriff in den Wettbewerb verzichtet werden.

93. Es stellt sich daher die Frage, ob zumindest aufgrund dieser Feststellung ein Ausschluss des Kartellgesetzes aus einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers abgeleitet werden kann.

(i) Abgrenzung verschiedener Landesgebiete

94. Durch die Fokussierung auf «Randregionen» (Votum NR TÖNGI, AB 2018 N 1693) als bestimmte geographische Landesgebiete im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde zumindest eine duale Differenzierung vorgenommen mit einer Unterscheidung zwischen den allfällig besonders problembehafteten Regionen und dem sonstigen Landesgebiet. Gegebenenfalls könnte der Diskussion sogar eine drei- oder mehrteilige Differenzierung zugrunde liegen mit einer Unterscheidung zwischen den allfällig besonders problembehafteten Regionen und den grössten Städten, in denen der Glasfaserausbau zu diesem Zeitpunkt bereits weitgehend vorgenommen worden war, sowie allen anderen Landesgebieten (Votum NR HURTER, AB 2018 N 1693: «Ballungsräume», «Land», «Gebirge»; Votum NR GROSSEN, AB 2018 N 1701: «erweiterte Agglomeration», «Land», «Berggebiet»), die weder dem einen noch dem anderen Bereich zuzuordnen wären.

95. Den Gegenstand dieser parlamentarischen Diskussion bildete demzufolge jedenfalls nicht eine generelle Behandlung aller Landesgebiete, sondern nur - aber immerhin - eine spezielle Behandlung von allfällig besonders problembehafteten Regionen, für die sich der Gesetzgeber vorbehalten wollte, gegebenenfalls besondere Regelungen zu schaffen, wenn die Versorgung mit einem ausreichenden Hochbreitbandnetz nicht mittels der bislang angewendeten Mittel sichergestellt werden könnte. Auch die Beschwerdeführerin hält ausdrücklich fest, dass sich die Fokussierung im Rahmen der parlamentarischen Beratungen auf «Randregionen» beziehe (vgl. E. 16); teilweise verwendet sie im Rahmen ihrer Ausführungen auch die Bezeichnungen «Randgebiete», «ländliche Regionen» oder «periphere Regionen».

(ii) Bestimmung der Randregionen

96. Eine konkrete Abgrenzung der Randregionen mittels einer Spezifizierung wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen nicht vorgenommen. Die Differenzie-

rung wurde plakativ an der Formulierung «Berg und Tal» (Votum NR CANDINAS, AB 2018 N 1703) angeknüpft. Zur Bezeichnung der Bereiche wurden Begriffe wie «abgelegene Gebiete» (Votum NR GROSSEN, AB 2018 N 1697), «Berggebiete» (Voten NR GROSSEN, AB 2018 N 1701; NR CANDINAS, AB 2018 N 1703), «ländliche Gebiete» (Votum NR TÖNGI, AB 2018 N 1702), «ländlicher Raum» (Votum NR FLURI, AB 2018 N 1706) oder «Land- und Bergregionen» (Votum SR HÖSLI, AB 2018 S 827) verwendet.

97. Stellvertretend für die Randregionen wurden im Rahmen der parlamentarischen Beratungen die folgende Orte und Gebiete angeführt (Anm.: die Angaben zu Einwohner, Einwohner pro km² und Fläche sind von Seiten des Gerichts zur Erläuterung beigefügt): (1) «Diemtigtal» - umfasst die Gemeinde Diemtigen (2'250, 17/km², 129 km²); (2) «Kiental» - umfasst Teile der Gemeinde Reichenbach, (3'608, 27/km², 125 km²); (3) «Simmental» - umfasst die Gemeinden Lenk (2'345, 45/km², 123 km²), St. Stephan (1'339, 22/km², 61 km²), Zweisimmen (3'018, 41/km², 73 km²), Boltigen (1'263, 16/km², 77 km²), Oberwil (808, 17/km²; 46 km²), Därstetten (849, 26/km², 33 km²), Erlenbach (1'746, 48/km², 37 km²), Wimmis (2'537, 114/km², 22 km²) und Diemtigen (vgl. vorstehend); (4) «Adelboden» (3'390, 39/km², 87 km²); (5) «Kandersteg» (1'298, 10/km², 134 km²); sowie (6) «Engadin» - umfasst eine Vielzahl von Gemeinden (insgesamt 25'699, 13/km², 1'971 km²), z.B. Bever (616; 13/km², 45 km²), Celerina (1'502, 63/km², 24 km²), Pontresina (2'162, 18/km²; 118 km²), Samedan (2'924; 26/km², 113 km²), Scuol (4'591, 10/km²; 438 km²) - mit den zugehörigen Teilorten Ardez (425, 7/km², 61 km²), Ftan (506, 12/km², 43 km²), Guarda (161, 5/km², 31 km²) und Tarasp (341, 7/km², 47 km²) -, Sils (700, 11/km², 63 km²), Silvaplana (1'111, 25/km², 44 km²), St. Moritz (4'928, 172/km², 29 km²), Zernez (1'527; 4/km², 344 km²) sowie Zuoz (1'186, 18/km², 66 km²).

98. Demgegenüber wurde die Gemeinde Frutigen (6'923 Einwohner, 92/km², 72,28 km²) als regionaler Zentrumsort bereits den sonstigen Gebieten zugerechnet.

99. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurden demnach im Wesentlichen Orte mit zumeist deutlich weniger als 4'000 Einwohnern und einer Bevölkerungsdichte von weniger als 50 Einwohnern pro km² als Randregionen qualifiziert.

100. Am 31. Dezember 2019 belief sich die Gesamtbevölkerung in der Schweiz auf 8'606'033 Einwohner (Bundesamt für Statistik, www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung.html, Bilanz der ständigen Wohnbevölkerung nach Kanton und Stadt 1999-2019). Die Orte mit mehr als 4'000 Einwohner wiesen insgesamt 6'278'809 Einwohner und damit einen Anteil an der Gesamtbevölkerung in Höhe von 73% auf. Die Orte mit weniger als 4'000 Einwohnern wiesen insgesamt 2'327'224 Einwohner und damit einen Anteil an der Gesamtbevölkerung in Höhe von 27% auf. Sie erfassen daher einen Anteil von gut einem Viertel der Gesamtbevölkerung. Ein deutlich höherer Anteil, insbesondere ein Anteil von mehr als einem Drittel der Bevölkerung, könnte weder terminologisch noch sachlich dem Begriff «Randregionen» zugeordnet werden.

101. Die durchschnittliche Bevölkerungsdichte in der Schweiz mit einer Gesamtfläche von 41'285 km² (vgl. Bundesamt für Statistik, www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/raum-umwelt.html) betrug Ende 2018 somit 208 Einwohner pro Quadratkilometer. Die angesprochenen Orte weisen demnach eine weit unter dem Durchschnitt liegende Bevölkerungsdichte auf.

102. Die durchschnittliche Einwohnerzahl einer Gemeinde beläuft sich bei insgesamt 2002 Gemeinden (am 1.1.2020 gemäss Bundesamt für Statistik) und der oben erwähnten Gesamtbevölkerungszahl in der Schweiz auf 4'298 Einwohner.

103. Angesichts dieser Verhältnisse ist davon auszugehen, dass jedenfalls eine Qualifizierung von Randregionen mit Orten von unter 4'000 Einwohnern und eine entsprechende Abgrenzung gegenüber sonstigen Landesgebieten in jedem Fall der in den parlamentarischen Beratungen angesprochenen Differenzierung gerecht werden. Auf eine weitergehende Abklärung kann im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens verzichtet werden.

104. Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Angaben zur Einwohnerzahl und der Bevölkerungsdichte keine direkte Verbindung zur Anzahl an Teilnehmeranschlüssen, welche die eigentliche Grundlage und Zielpunkte eines Ausbaus des Glasfasernetzes bilden, aufweisen, weil die Teilnehmeranschlüsse auf Haushalte und Unternehmen ausgerichtet sind. Denn es ist davon auszugehen, dass der Anteil an Teilnehmeranschlüssen in den übrigen Landesgebieten aufgrund der grösseren Anzahl an Unternehmen und einer gewissen Abwanderung der arbeits- und ausbildungsfähigen jüngeren Bevölkerung höher ausfällt als in den Randregionen. Daher ist davon auszugehen, dass der Anteil der Teilnehmeranschlüsse in den Randregionen an der Gesamtzahl der Teilnehmeranschlüsse in der Schweiz sogar geringer ausfällt als der Anteil der übrigen Landesgebiete.

(iii) Stand des Ausbaus mit FTTH-Netzen

105. Gemäss Auskunft von Swisscom waren bis Ende des Jahres 2020 rund 32% der Teilnehmeranschlüsse in der Schweiz an ein FTTH-Netz angeschlossen. Demnach umfasste dieser Anteil zum Zeitpunkt der parlamentarischen Beratungen des Revisionsgesetzes in den Jahren 2018-2019 jedenfalls nicht mehr als 1/3 der Teilnehmeranschlüsse. Dies bedeutet umgekehrt, dass mindestens 67% und damit 2/3 der gesamten Teilnehmeranschlüsse zum Zeitpunkt der parlamentarischen Beratungen nicht an ein FTTH-Netz angeschlossen waren.

106. Der Anschluss von 2/3 der gesamten Teilnehmeranschlüsse in der Schweiz an ein Glasfasernetz erfolgt unzweifelhaft nicht nur in solchen Landesgebieten, die als Randregionen zu qualifizieren sind.

(iv) Anwendungsgebiet der Netzbaustrategie 2020

107. Die im Februar 2020 verkündete neue Netzbaustrategie von Swisscom (vorliegend: Netzbaustrategie 2020) weist keine geographische Beschränkung auf bestimmte Landesgebiete, insbesondere auch nicht auf Randregionen, auf. Vielmehr erklärt Swisscom ausdrücklich, dass der weitere Ausbau von Glasfasernetzen in sämtlichen

Landesgebieten, in denen bislang kein vollständiger FTTH-Ausbau stattgefunden habe, vorgenommen werden soll. Da bis Ende 2020 maximal 33% der Teilnehmeranschlüsse an einem FTTH-Netz angeschlossen waren, würde die Netzbaustrategie 2020 folglich auf die übrigen 67% der Teilnehmeranschlüsse Anwendung finden.

108. Dementsprechend werden in der von Swisscom eingereichten Liste der Ausbauprojekte für das Jahr 2021 nicht nur Gemeinden in Randregionen, sondern auch eine Vielzahl von Orten mit urbanen Verhältnissen aufgeführt, wie z.B. {xxxxxx} - rund 21'000 Einwohner / 1'764 Einwohner pro km²; {xxxxxx} - 19'000 / 1'484; {xxxxxx} - 15'000 / 3'541; {xxxxxx} - 7'500 / 1'450; {xxxxxxx} - 20'000 / 1'045; {xxxxxxx} - 10'000 / 957; {xxxxxx} - 14'000 / 795, {xxxxxxx} - 15'000 / 844; {xxxxxxx} - 62'000 / 826; {xxxxxx} - 20'000 / 620; {xxxxxx} - 25'000 / 2'590; {xxxxxxx} - 44'000 / 1'482; {xxxxxxxxxxx} - 18'000 / 1'268; {xxxxxxxxxxx} - 36'000 / 875; {xxxxxxx} - 18'000 / 3'298; [xxxxxxx] - 43'000 / 2'023; {xxxxxx} - 19'000 / 8'260; {xxxxxx} - 20'000 / 1'975; {xxxxxx} - 16'613 / 1'331; {xxxxxx} - 13'000 / 1'667.

109. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren entspricht der Anwendungsbereich der Netzbaustrategie 2020 demzufolge ganz offensichtlich nicht nur Randregionen gemäss der in den parlamentarischen Beratungen vorgenommenen Differenzierung zwischen Randregionen und sonstigen Landesgebieten. Vielmehr geht der Anwendungsbereich der Netzbaustrategie 2020 in wesentlichem Umfang über die Randregionen hinaus.

(v) Beurteilung der Ausnahmereiche

110. Angesichts der vorstehend dargestellten tatsächlichen Umstände besteht kein Grund zu der Annahme, dass dem Entscheid des Gesetzgebers die Vorstellung zu Grunde lag, dass 67% der schweizerischen Bevölkerung - und damit effektiv wohl sogar noch ein höherer Anteil an den gesamten Teilnehmeranschlüssen in der Schweiz - als Sonderfälle zu behandeln seien, die in Abweichung vom bisherigen erfolgreichen Vorgehen bei Ausbau und Nutzung der FTTH-Netze unter Ausserachtlassung des dabei anzuwendenden Glasfaserstandards einer besonderen gesetzlichen Regelung bedürften.

111. Denn es ist ohne Weiteres ersichtlich, dass Ausbau und Nutzung von FTTH-Netzen bei einer Bevölkerungsdichte von mehreren hundert oder sogar mehr als 1'000 Einwohnern pro km² weder unter wirtschaftlichen noch sonstigen Aspekten mit der Herstellung eines FTTH-Netzes bei einer Bevölkerungsdichte von weniger als 50 Einwohnern pro km² vergleichbar sind.

112. Andernfalls müsste man dem Gesetzgeber zwangsläufig unterstellen, dass mit seinem Vorgehen die Intention verbunden gewesen wäre, durch die Abkehr vom Wettbewerbsprinzip die Möglichkeit zu einer Monopolisierung von Telekommunikationsnetzen durch einzelne Fernmeldeunternehmen bei 67% der Gesamtbevölkerung herzustellen. So würde dies bedeuten, dass die FTTH-Netze in den vorstehend bezeichneten Orten mit urbanen Verhältnissen zu Gunsten eines Fernmeldeunternehmens in monopolisierter Weise ausgebaut werden könnten. Eine derartige Intention lässt sich den Voten

der parlamentarischen Diskussion aber keinesfalls entnehmen.

113. Vielmehr kann dem parlamentarischen Vorgehen ausschliesslich die Bereitschaft des Gesetzgebers entnommen werden, dass bei einer erfolglosen Umsetzung der bisherigen Gesamtstrategie zum Ausbau der FTTH-Netze mittels des Glasfaserstandards zukünftig bei bestimmten Orten mit geringer Einwohnerzahl und Bevölkerungsdichte ein legislatorischer Eingriff vorgenommen werden soll, wobei dies zum damaligen Zeitpunkt sachlich aber noch nicht für notwendig erachtet wurde, weil das Parlament auch diesbezüglich darauf vertraute, dass die Marktkräfte zu einem wettbewerbskonformen Ausbau führen würden.

114. Im Übrigen kann noch nicht einmal davon ausgegangen werden, dass in jeder Randregion auch tatsächlich Ausbauprobleme auftreten werden. So wurde bereits in den parlamentarischen Beratungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch in Bergregionen eine gute Versorgung gegeben sein könne, weil verschiedene Anbieter zur Verfügung stünden (Votum NR AMSTUTZ, AB 2018 N 1702). Für die Orte Adelboden und Kandersteg wurde sogar festgehalten, dass sich letztlich eine ausreichende Wettbewerbssituation aufgrund von Privatinitiativen eingestellt habe, welche Swisscom zum Ausbau ihres Netzes veranlasst hätten (Votum NR GROSSEN, AB 2018 N 1704).

115. Überdies bestätigt die zwischenzeitlich bekannt gegebene Kooperation zwischen Swisscom und Salt, dass der Ausbau des FTTH-Netzes auch ausserhalb der grossen Städte in Angriff genommen wird und Swisscom als Netzbetreiber bei Einräumung eines entsprechenden Nutzungsrechts dabei von anderen Fernmeldeunternehmen unterstützt wird. Die Grundlage hierfür bildet offensichtlich lediglich eine Einigung der Kooperationspartner auf ein für beide Seiten angemessenes Vergütungsmodell im Gegenzug für die Gewährung des Zugangs zum Glasfasernetz von Swisscom für ein anderes Fernmeldeunternehmen.

116. Daher kann aus dem Aspekt, dass für Randregionen besondere Regelungen für den Ausbau und die Nutzung des Glasfasernetzes durch den Gesetzgeber bei Bedarf erst noch hätten eingeführt werden sollen, jedenfalls kein Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes für den Ausbau und die Nutzung von FTTH-Netzen in sämtlichen übrigen Landesgebieten aufgrund eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers abgeleitet werden.

117. Darüber hinaus ist nicht einmal von einem entsprechenden Ausschluss für die Randregionen auszugehen. Denn dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, dass durch den Aufschieb einer allfälligen fernmelderechtlichen Regulierung ein Zustand hätte herbeigeführt werden sollen, bei dem der bestehende Glasfaserstandard zwar noch für alle übrigen Landesgebiete zur Anwendung gelangen würde, er aber für Randregionen bereits aufgehoben wäre, ohne dass einschlägige fernmelderechtliche Regelungen ersatzweise zur Anwendung gelangen könnten.

(i) Investitionsschutz

118. Die Ablehnung einer Regulierung für die Randregionen wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen mehrfach mit dem Hinweis auf den Investitionsschutz für das Netzbauunternehmen begründet (Voten NR TÖNGI, AB 2018 N 1693: «Wir brauchen keine Regulierung zu Gunsten von Firmen, die nicht selber investieren», und SR JANIÄK, AB 2018 S 826). Dabei wurde überwiegend der Eindruck vermittelt, dass andere Fernmeldeunternehmen den Zugang zu einem Glasfasernetz kostenlos erlangen könnten (Voten NR AEBISCHER, AB 2018 N 1703: «Da gibt es einige, die wollen Geld machen und den uneingeschränkten Zugang zur letzten Meile, egal ob sie die Leitungen aufgestellt und bezahlt haben», und NR TÖNGI, AB 2018 N 1702: «[es sei fraglich,] ob ein Unternehmen investiert, wenn es quasi für den Konkurrenten das Netz mitbaut und dann einladen muss, auf dem Netz seine Dienstleistungen auch anzubieten»). Teilweise wurden die im Rahmen einer Regulierung angesetzten Preise zumindest als nicht auskömmlich für das Netzbauunternehmen qualifiziert (Voten NR AMSTUTZ, AB 2018 N 1702; SR JANIÄK, AB 2018 S 836: «Eine Regulierung würde mit aller Sicherheit [...] zu Mindereinnahmen bei der Swisscom führen, was zwingend Auswirkungen auf die Amortisation und die Investitionstätigkeit hätte»).

119. Eine nähere Betrachtung der einzelnen Stellungnahmen führt allerdings zum Ergebnis, dass sie zum einen dem Ansatz und Regelungszweck des Runden Tisches und damit dem bereits bestehenden Glasfaserstandard widersprechen sowie zum andern im vorliegenden Zusammenhang mit der Fragestellung einer Anwendung des Kartellgesetzes auch inhaltlich unzutreffend sind. Im Übrigen hatte bereits das Bundesamt für Kommunikation in einem Zusatzbericht festgehalten, dass eine Regulierung nicht zu einem Investitionshindernis für den Glasfaserausbau in Randregionen führe (Voten BR LEUTHARD, AB 2018 N 22; SR HÖSLI, AB 2018 S 827).

120. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass der Glasfaserstandard durch den Runden Tisch gerade deshalb geschaffen wurde, um einerseits aus Kosten- und Effektivitätsgründen eine Duplizierung von Infrastrukturen und andererseits eine Monopolisierung von Glasfasernetzen durch einzelne Unternehmen zu vermeiden. Darauf wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen ausdrücklich hingewiesen (Voten BR LEUTHARD, AB 2018 S 824; NR GENECAND, AB 2018 N 1702). Dementsprechend wurde als Topologiestandard auch der Einsatz von vier unabhängigen Einzelfasern pro Teilnehmeranschluss vorgesehen. Dieser Ansatz setzt demnach gerade voraus, dass die Nutzung eines Glasfasernetzes auch durch andere Fernmeldeunternehmen erfolgt, die selbst nicht am Bau des Glasfasernetzes beteiligt waren und die für dessen Nutzung ein Nutzungsentgelt entrichten. Denn durch die Beschränkung auf den Aufbau eines einzelnen Netzes und die Mitnutzung durch andere Fernmeldeunternehmen werden die Kosten für den Ausbau eines Glasfasernetzes auf verschiedene Schultern verteilt. Mit der entsprechenden Vereinbarung des Runden Tisches haben die

Fernmeldeunternehmen unter Einschluss von Swisscom diesen funktionalen Ansatz anerkannt. Demgegenüber hätte das Vierfaser-Modell als Glasfaserstandard offensichtlich von vornherein gar keinen Sinn gemacht, wenn nicht auch sonstige Fernmeldeunternehmen eine der vier unabhängigen Fasern würden nutzen können.

121. Soweit die Mehrheit des Parlaments eine Regulierung wegen der bis dahin erfolgreichen Entwicklung des Netzausbaus mit Glasfasern in der Schweiz ablehnte, hat sie sich zur Begründung dieser Ablehnung daher offensichtlich nicht auf den Aspekt des Investitionsschutzes gestützt, weil sich andernfalls ein Widerspruch zur Grundlage des bestehenden Glasfaserstandards ergeben hätte.

122. Ob und inwieweit eine Regulierung im Rahmen des Fernmeldegesetzes tatsächlich zu einer substantiellen Einschränkung führt, bedarf im Rahmen der vorliegenden summarischen Prüfung zudem keiner abschliessenden Beantwortung. Festzuhalten ist jedenfalls, dass auch eine legislatorische Regulierung die allgemeinen Grundsätze einer betriebswirtschaftlichen Amortisation von Investitionen in den Ausbau von Glasfasernetzen unter Beachtung der notwendigen Wirtschaftlichkeit eines Unternehmens nicht ignorieren kann. So wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen darauf hingewiesen, dass der Zugang nicht gratis zur Verfügung gestellt werden müsse und die Verzinsung des investierten Kapitals mit 4,5% auch die Rentabilität des Ausbaus in Zukunft sicherstelle (Votum SR ENGLER, AB 2018 S 829). Denkbar ist daher allenfalls, dass bei einer staatlichen Regulierung unter Berücksichtigung versorgungspolitischer Aspekte im Rahmen der Bandbreite eines sachgerechten Entgelts nicht der maximal mögliche und zulässige Preis, sondern lediglich ein niedrigerer Preis festgelegt wird. Die Stellungnahmen zum Investitionsschutz im Rahmen der parlamentarischen Beratungen können sich daher nur - aber immerhin - auf diese Differenz zwischen dem Maximal- und dem Minimalpreis bezogen haben.

123. Im Hinblick auf eine kartellrechtliche Überprüfung des Netzzugangs im Einzelfall ist des Weiteren zu beachten, dass ein marktbeherrschendes Netzbauunternehmen auch bei einer noch nicht erfolgten oder einer zunächst aufgeschobenen Regulierung keine beliebig hohen Preise als Entgelt für die Nutzung eines Glasfasernetzes verlangen kann. Dies gilt sowohl auf der Grosshandelsebene gegenüber anderen Fernmeldeunternehmen als auch auf der Einzelhandelsebene gegenüber den Endkunden. Denn wie vorstehend bereits dargelegt, wäre das Kartellgesetz in jedem Fall auf einen Missbrauch des Netzbauunternehmens in Form einer Erzwingung von unangemessenen Preisen anwendbar. Dies wird sogar von der Beschwerdeführerin ausdrücklich anerkannt (vgl. E. 45). Es ist deshalb auch kein Grund ersichtlich, warum einem marktbeherrschenden Fernmeldeunternehmen die Möglichkeit eröffnet werden sollte, einen unangemessen hohen Preis von seinen Geschäftspartnern zu verlangen, der über eine sachlich begründbare Amortisation des Netzausbaus hinausgehen würde. Daher lässt sich auch mit dem Aspekt des Investitionsschutzes keine beliebige Ausgestaltung der Nutzungsentgelte durch ein marktbeherrschendes Fernmeldeunternehmen begründen. Die entsprechen-

den Voten in der parlamentarischen Beratung zum Investitionsschutz können sich daher von vornherein nicht auf eine kartellrechtliche Überprüfung des Netzausbaus im Einzelfall bezogen haben. Vielmehr waren sie ausschliesslich auf eine staatlich vorgegebene Preisordnung gerichtet (Votum NR AMSTUTZ, AB 2018 NR 19: «Würden sie eine grosse Investition in ihrem Betrieb machen [...] in dem Wissen, dass sie diese Investition ihren Mitbewerbern zu staatlich regulierten Preisen zur Verfügung stellen müssten?»; Anm.: Hervorhebung angefügt).

124. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Gewährung des Zugangs zu einem FTTH-Netz, das jedenfalls in Umsetzung des Glasfaserstandards als wesentliche Einrichtung zu qualifizieren ist, zur Vermeidung eines kartellrechtlichen Missbrauchstatbestands der Zugangsverweigerung unzweifelhaft nicht unentgeltlich zu erfolgen hat. Vielmehr hat der Betreiber einer wesentlichen Einrichtung einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung durch den jeweiligen Initiator, der einen entsprechenden Zugang beantragt (BGer, 17.06.2003, 2A.520/2002, *Enterprises Electriques Fribourgoises EEF gg. Watt Suisse AG*, publ. BGE 129 II 497, zit. EEF, E. 6.5.2, 6.5.9; EuGH 13.11.1975, 26/75, *General Motors Continental BV gg. EU-Kom*, EU:C:1975:150, Ziff. 20/23, Ausrichtung an den tatsächlichen Kosten; EuGH, 11.11.1986, 226/84, *British Leyland PLC gg. EU-Kom*, EU:C:1986:421, Ziff. 27, Festlegung nicht ausser Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Leistung). Dies wurde vom Bundesverwaltungsgericht in einer neueren Entscheidung ausdrücklich bestätigt (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1242).

125. Dabei ist zum einen zu beachten, dass das Kartellgesetz im Gegensatz zum Fernmeldegesetz ausschliesslich wettbewerbsorientiert ist und keinen allgemeinen oder besonderen Versorgungsauftrag für die Herstellung und Nutzung von Glasfasernetzen aufweist (vgl. E. 52). Daher sind für die Festlegung eines angemessenen Preises als Nutzungsentgelt für den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung wie einem FTTH-Netz allein betriebswirtschaftliche Aspekte massgebend und keine versorgungspolitischen Anforderungen zu berücksichtigen. Da ein Fernmeldeunternehmen ein Nutzungsentgelt für den Zugang zu einem ihrer Glasfasernetze in beliebiger Weise unterhalb der Grenze der kartellrechtlichen Missbrauchsgrenze festlegen kann, ermöglicht dies unter Umständen auch die Ansetzung eines etwas höheren Preises als derjenige, der im Rahmen einer Regulierung unter Berücksichtigung versorgungspolitischer Aspekte festgelegt wird.

126. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass jeweils die Herstellungskosten für dasjenige Glasfasernetz, für das jeweils der Zugang in Anspruch genommen wird, die massgebliche Kostenreferenz bildet. Dadurch können sich unterschiedliche Nutzungsentgelte für den Zugang zu verschiedenen Netzen ergeben. Bei höheren Herstellungskosten für Glasfasernetze in Randregionen können daher auch höhere Nutzungsentgelte für deren Nutzung geltend gemacht werden. Die kartellrechtliche Sicherstellung von Wettbewerb führt daher auch nicht notwendigerweise zu einem einheitlichen Nutzungsentgelt für die Gewährung des Zugangs zu allen Glasfasernetzen und damit faktisch auch nicht zu einem Einheitspreis für den Endverbraucher an allen Orten in der gesamten

Gegenstand weist von vornherein keine Überlappung mit einer fernmelderechtlichen Regulierung des Zugangs zu einem Telekommunikationsnetz auf. Deshalb besteht kein Grund, warum sich ein Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes für ein derartiges wirtschaftliches Verhalten ergeben sollte (im Ergebnis so bereits BGer, 2A.503/2000, Comcare II, E. 6c).

(m) Zwischenergebnis

138. Der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist vorliegend gegeben und die Wettbewerbskommission für den Erlass wettbewerbssichernder vorläufiger Massnahmen zuständig.

III. RECHTMÄSSIGKEIT DES VORINSTANZLICHEN VERFAHRENS

139. Im Hinblick auf die formale Rechtmässigkeit des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens bringt die Beschwerdeführerin eine ganze Reihe von Rügen vor.

140. Zunächst erhebt die Beschwerdeführerin die Rüge, dass die Vorinstanz ihre mündliche Anhörung vor Erlass der angefochtenen Verfügung unzulässigerweise abgelehnt habe. Dass ihr nicht die Möglichkeit zu mündlichen Erläuterungen eingeräumt worden war, sei unverständlich, objektiv nicht nachvollziehbar und mit einem fairen, den Grundsatz der Waffengleichheit berücksichtigenden Kartellverwaltungsverfahren nicht vereinbar.

141. Obschon die Beschwerdeführerin ausdrücklich festhält, dass ihr im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf eine mündliche Anhörung zusteht, macht sie unter Verweis auf Rechtsprechung und Lehre geltend, dass eine Anhörung hätte durchgeführt werden müssen, weil sie ihren Standpunkt allein durch die Abgabe einer mündlichen Äusserung hätte hinreichend deutlich machen können.

142. Die Wettbewerbsbehörden haben im Rahmen ihrer Untersuchungen diejenigen Massnahmen zu treffen, die zur sachgerechten Abklärung des Sachverhalts und dessen rechtlicher Beurteilung notwendig sind. Hierzu zählen unzweifelhaft alle Handlungen, mit denen die Mitarbeiter der Wettbewerbsbehörden selbst ausreichende Kenntnisse über den jeweils zu beurteilenden Geschäftsbereich erlangen. Diese Kenntnisse umfassen notwendigerweise insbesondere das Wissen über die wirtschaftlichen Verhältnisse und die technischen Gegebenheiten eines Geschäftsbereichs. Zur Erlangung dieses Wissens können die Wettbewerbsbehörden ohne Weiteres auch Besprechungen mit Dritten oder einzelnen Parteien durchführen.

143. Die Durchführung von derartigen Besprechungen in einem Kartellverwaltungsverfahren führt allerdings nicht dazu, dass die Wettbewerbsbehörden mit einem Beschwerdeführer oder anderen Parteien in gleicher Weise eine Besprechung durchführen müssten. Hierfür ist auch kein Sachgrund ersichtlich. Insbesondere wird dadurch auch der Grundsatz eines fairen Verfahrens nicht verletzt.

144. Der Beschwerdeführerin kommt daher kein Anspruch zu, dass die Wettbewerbskommission auch mit ihr eine Besprechung hätte durchführen müssen. Die Beschwerdeführerin legt im Rahmen ihrer Beschwerde auch in keiner Weise dar, welche Aspekte ausschliess-

lich aufgrund einer mündlichen Besprechung gegenüber den Wettbewerbsbehörden hätten dargelegt werden können.

145. Überdies verhält sich die Beschwerdeführerin widersprüchlich. Ungeachtet der Komplexität der Angelegenheit verlangt sie im Beschwerdeverfahren zum einen, dass eine unverzügliche Entscheidung über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht vorgenommen wird, und zum anderen qualifiziert sie die Durchführung einer Instruktions- und Vergleichsverhandlung als «ungewöhnlich». Demzufolge muss die Beschwerdeführerin davon ausgegangen sein, dass sie mit ihrer schriftlichen Beschwerde den Streitgegenstand und ihre Begehren in ausreichender Weise dargelegt hat, damit das Gericht eine sachgerechte Entscheidung treffen kann. Es ist aber nicht ersichtlich, warum eine schriftliche Stellungnahme der Beschwerdeführerin zur Erläuterung der Angelegenheit zwar für das Gericht, nicht aber für die Wettbewerbsbehörden ausreichend gewesen sein sollte.

146. Die Rüge der Beschwerdeführerin eines Verfahrensfehlers aufgrund ihrer unterbliebenen mündlichen Anhörung ist daher irrelevant.

147. Die Beschwerdeführerin erhebt die Rüge, dass die Ablehnung ihres Antrags auf Einsicht in das - nicht vorhandene - Protokoll der Besprechung zwischen dem Sekretariat und der Anzeigerin am 1. Oktober 2020 durch die Vorinstanz eine Verletzung der Akten- und Protokollführungspflicht der Behörden und damit von verfassungsmässigen Prinzipien darstelle. Dabei macht sie geltend, die Besprechung mit der Anzeigerin unterliege selbst als informelle Anhörung der Protokollierungspflicht, weil die jeweiligen Informationen als Auskünfte von Drittpersonen im Sinne von Art. 12 lit. c VwVG zu qualifizieren seien, weshalb nach der Rechtsprechung bei einer Einvernahme von Auskunftspersonen über entscheidungserhebliche Fragen ein Protokoll zu erstellen sei. Da ein entsprechendes Protokoll vorschriftswidrig nicht aufgenommen worden sei, bestehe ein Transparenzdefizit, weshalb eine hinreichende Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte nicht gewährleistet werden könne.

148. Vorliegend ist zu beachten, dass die Anzeigerin am 11. September 2020 eine schriftliche Anzeige beim Sekretariat eingereicht hat, die der Beschwerdeführerin am 22. September 2020 zur Stellungnahme übermittelt wurde. Die fragliche Besprechung mit der Anzeigerin fand danach am 1. Oktober 2020 statt. Dabei wurde von der Anzeigerin eine Präsentation durchgeführt, die zu den Akten genommen und der Beschwerdeführerin im Rahmen des Akteneinsichtsrechts zugänglich gemacht wurde. Am 16. Oktober 2020 hat die Beschwerdeführerin zur Anzeige schriftlich Stellung genommen. Aufgrund des Inhalts der Anzeige und der schriftlichen Stellungnahme der Beschwerdeführerin sowie der im weiteren Verlauf des Kartellverwaltungsverfahrens behandelten Informationen ist nicht ersichtlich, dass anlässlich der Besprechung zwischen Sekretariat und Anzeigerin Informationen ausgetauscht worden sein könnten, die zu Lasten der Beschwerdeführerin ein Transparenzdefizit begründen würden. Entsprechende Anhaltspunkte werden von der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht vorge-

tragen. Es ist daher nicht ersichtlich, dass anlässlich der Besprechung zwischen dem Sekretariat und der Anzeigerin mehr als eine detaillierte Darlegung der bereits in der schriftlichen Anzeige enthaltenen Informationen zur Wissensvermittlung auf Seiten der Wettbewerbsbehörden stattgefunden hat. Insoweit handelt es sich bei dieser Besprechung nicht um die Einvernahme einer Auskunftsperson über zusätzliche bzw. neue entscheidungserhebliche Aspekte. Eine Protokollierungspflicht bestand daher nicht.

149. Im Übrigen ist auf die ständige Praxis und herrschende Literatur hinzuweisen, wonach Unterlagen, die der eigenen Kenntniserlangung von Mitarbeitern von Behörden dienen, als sogenannte interne Dokumente zu qualifizieren sind, die dem Akteneinsichtsrecht nicht unterstehen (BGE 132 II 485 E. 3.4; BVGE 2011/37, E. 5.4.1; WALDMANN BERNHARD/OESCHGER MAGNUS, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2018, Art. 26 Rn. 65 m.w.N.). Ohnehin wären Informationen, die als Geschäftsgeheimnisse der Anzeigerin zu qualifizieren sind und anlässlich der Besprechung mitgeteilt wurden, der Beschwerdeführerin nicht zugänglich zu machen.

150. Darüber hinaus stützt sich die angefochtene Verfügung nicht auf irgendwelche nicht bekannten Informationen der Anzeigerin, die anlässlich der Besprechung hätten ausgetauscht worden sein können, sondern auf diejenigen Informationen der Anzeigerin, welche diese im Rahmen ihrer Anzeige vorgebracht hat und die im Rahmen der in den Akten befindlichen Präsentation enthalten sind. Der vorliegende Sachverhalt entspricht daher auch nicht demjenigen des von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheids der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKOWEF, RPW 1998/4, 671, E. 3.3.1).

151. Das vorliegende Urteil stützt sich denn auch nicht auf irgendwelche unbekanntes Informationen, die im Rahmen der Besprechung zwischen Sekretariat und Anzeigerin ausgetauscht wurden. Da mit dem vorliegenden Urteil ohnehin eine Heilung des Anspruchs auf rechtliches Gehör verbunden ist (vgl. E. 157 f.), kommt dem Vorbringen der Beschwerdeführerin zudem keine inhaltliche Bedeutung zu.

152. Die Rüge der Beschwerdeführerin eines Verfahrensfehlers wegen einer unterlassenen Protokollierung ist daher unbegründet.

153. Darüber hinaus erhebt die Beschwerdeführerin vielfältige Rügen, wonach die angefochtene Verfügung den Untersuchungsgrundsatz und/oder den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht in ausreichender Weise beachtet habe und daher zu unrichtigen Ergebnissen in der Sache gelangt sei. Die geltend gemachten formalen Verletzungen beziehen sich dabei jeweils auf einen Sachpunkt, der nach Ansicht der Beschwerdeführerin nicht richtig oder nicht in sachgerechter Weise von der Vorinstanz untersucht oder gewürdigt wurde.

154. Wie nachfolgend im Rahmen der Prüfung der materiellen Rechtslage dargelegt wird, sind sämtliche von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Sachpunkte entweder unbegründet, weil sie nicht in ausreichender Weise glaubhaft gemacht wurden, oder zumeist sogar irrele-

vant, weil sie von vornherein nicht einschlägig oder widersprüchlich sind.

155. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rügen wegen formaler Rechtsverletzungen des Untersuchungsgrundsatzes und des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens sind daher offensichtlich unbegründet.

156. Dies gilt insbesondere auch für die Rüge der Beschwerdeführerin, es liege eine Verletzung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz vor. Die angefochtene Verfügung weist zu allen aus Sicht der Vorinstanz entscheidungsrelevanten Sachpunkten, zu denen von der Beschwerdeführerin Einwände erhoben wurden, eine Begründung für deren Ablehnung auf. Dass die Vorinstanz nicht alle Einwände der Beschwerdeführerin in deren Sinne und nicht mit einer aus Sicht der Beschwerdeführerin ausreichenden Begründung behandelt hat, bedeutet nicht, dass deswegen bereits ein Verstoss gegen die Begründungspflicht vorliegt. Wenn sämtliche der zahllosen Einwände, die von der Beschwerdeführerin im Laufe des Verfahrens vorgebracht wurden, auch ordnungsgemäss sachlich abgehandelt werden, führt dies im Ergebnis wie im vorliegenden Fall letztlich nur dazu, dass die Beschwerdeführerin die Dauer des Verfahrens rügt und hierbei sogar die Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen in Aussicht stellt (vgl. E. 191 ff.).

157. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin führt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde auch nur dann zu einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung, wenn zum einen eine Rückweisung nicht bloss zu einem formalistischen Leerlauf führen würde und dies nicht im Interesse des Betroffenen wäre, und wenn zum anderen die Rechtsmittelinstanz nicht über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen verfügt und dem Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen, sodass die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht vollumfänglich nachgeholt werden kann (st. Rspr., BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 127 V 431 E. 3d/aa; ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 197 ff.).

158. Diese Voraussetzungen einer Heilung sind im Rahmen einer Beschwerde gegen eine vorsorgliche Massnahme der Wettbewerbskommission schon aufgrund der Dringlichkeit der Massnahmen und der sich daraus ergebenden Notwendigkeit zum Erlass eines möglichst raschen Prüfungsentscheids regelmässig gegeben. Dies gilt insbesondere auch für den vorliegenden Fall. Das Bundesverwaltungsgericht verfügt über eine umfassende Kognitionsbefugnis und die Beschwerdeführerin hat deren Wahrnehmung sogar ausdrücklich eingefordert. Der Beschwerdeführerin kommen im vorliegenden Beschwerdeverfahren die gleichen Mitwirkungsrechte wie im Kartellverwaltungsverfahren zu. Die Rückweisung würde offensichtlich zu einem formalistischen Leerlauf führen, weil ein marktmissbräuchliches Verhalten eindeutig gegeben und die Beschwerde gegen die vorsorglichen Massnahmen daher vollumfänglich abzuweisen ist. Die sofortige Entscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht liegt auch im Interesse der Beschwerdeführerin, weil sie aufgrund der drohenden

Schadensentwicklung nachdrücklich einen unverzüglichen Entscheid in dieser Angelegenheit eingefordert hat.

159. Dementsprechend hat die Beschwerdeführerin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Möglichkeit erhalten, sowohl durch die Einreichung von Schriftsätzen als auch insbesondere durch die Durchführung einer Instruktionsverhandlung sämtliche ihrer Einwände vorzubringen, wovon sie umfangreich Gebrauch gemacht hat.

160. Selbst wenn im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens eine Verletzung des Gehörsanspruchs vorgelegen haben sollte, wäre diese nunmehr geheilt.

IV. PRÜFUNGSVORAUSSETZUNGEN

161. Vorliegend ist die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Hinblick auf ein marktmissbräuchliches Verhalten durch einen bestimmten Ausbau des FTTH-Netzes zu prüfen. Dabei ist auch über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegenüber dieser vorsorglichen Massnahme zu entscheiden.

1) Grundlagen vorsorglicher Massnahmen im Kartellrecht

162. Die Wettbewerbskommission entscheidet im Rahmen eines Kartellverfahrens gemäss Art. 30 Abs. 1 KG auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen.

163. Die zu treffenden Massnahmen umfassen nach ständiger Rechtsprechung auch vorsorgliche Massnahmen (BGer, 3.1.2006, 2A.397/2005, Aare-Tessin AG u.a. gg. Weko, zit. *Swissgrid - Vorsorgliche Massnahme*, E. 2.1; BGer, 13.7.2004, 2A.74/2004, Corner Banca SA gg. Telekom Multipay AG, Weko und Reko/Wef, publ. BGE 130 II 521, zit. *Corner Banca*, E. 2.1; BGer, 5.9.2003, 2A.142/2003, Cablecom GmbH gg. Teleclub AG, Weko und Reko/Wef, zit. *Cablecom/Teleclub*, E. 1.1; BGE 130 II 149, *Sellita*, E. 2.1; BVGer, 9.7.2014, B-4637/2013, *upc cablecom GmbH u.a. gg. CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*, zit. *UPC/Cinetrade*, E. 2.1).

164. Vorsorgliche Massnahmen sind Rechtsakte des einstweiligen Rechtsschutzes. Die Grundlage für deren Anordnung im Rahmen eines Kartellverfahrens bildet Art. 56 VwVG für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sowie mangels einer spezialgesetzlichen Regelung im Kartellgesetz dessen analoge Anwendung (SEILER HANSJÖRG, in: *Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG*, 2. Aufl. 2016, zit. *WW-VwVG*, Art. 56 Rn. 18) oder eine unmittelbare Ableitung aus den materiellen Vorschriften zu deren Durchsetzung (BGer, 1.12.2004, 2A.439/2004, *Sport-Toto-Gesellschaft gg. SpielbankenKom*, zit. *Tactilo*, E. 2.3) im Kartellverfahrensverfahren.

165. Der Zweck von vorsorglichen Massnahmen besteht gemäss Art. 56 VwVG darin, entweder als Sicherungsmassnahmen den bestehenden Zustand zu erhalten oder als Gestaltungs- und Regelungsmassnahmen bedrohte Interessen sicherzustellen. Mit sichernden Massnahmen wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt (BGE 130 II 149, *Sellita*, E. 2.2.;

BGer, 2A.439/2004, *Tactilo*, E. 2.3). Mittels gestaltender Massnahmen wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt (BGE 130 II 149, *Sellita*, E. 2.2.). Dazu gehören einerseits die vorläufige Behebung eines (möglicherweise) bestehenden rechtswidrigen Zustands und andererseits auch umgekehrt die vorläufige Zulassung eines noch nicht bewilligten Zustands (SEILER, *WW-VwVG*, Art. 56 Rn. 31 f.). In der Praxis lässt sich allerdings eine eindeutige inhaltliche Abgrenzung angesichts der im Einzelfall verfolgten Anordnungsintention nicht immer vornehmen (KIENER REGULA, in: *Auer/Müller/Schindler [Hrsg.] VwVG*, 2. Aufl. 2019, zit. *AMS-VwVG*, Art. 56 Rn. 9).

166. Für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen durch die Wettbewerbsbehörden in einem Kartellverfahren oder die Rechtsmittelgerichte in einem kartellrechtlichen Rechtsmittelverfahren gelten die allgemeinen Voraussetzungen für die Anordnung solcher Massnahmen (BGE 130 II 149, *Sellita*, E. 2.2; BGer, 2A.142/2003, *Cablecom/Teleclub*, E. 3.1), welche mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Statuierung in Art. 56 VwVG von der Rechtspraxis entwickelt wurden (BGer, 13.3.2001, n.b., *Swisscom AG gg. TDC Switzerland AG und ComCom*, publ. BGE 127 II 132, zit. *Swisscom/TDC - Vorsorgliche Massnahme*, E. 3 m.w.N.; BVGer, 14.2.2018, A-359/2018, *Inclusion Handicap gg. SBB, Bundesamt für Verkehr u.a.*, zit. *Inclusion*, E. 4.2). Im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung kann kartellrechtsspezifischen Besonderheiten aber Rechnung getragen werden (BGer, 2A.397/2005, *Swissgrid - Vorsorgliche Massnahme*, E. 2.1).

167. Die Rechtmässigkeit einer vorsorglichen Massnahme ist danach bei Vorliegen der folgenden Voraussetzungen gegeben: (i) Nachteilsprognose (vgl. E. 611 ff.): Der Verzicht auf die Massnahme muss für die Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gut zu machen ist; (ii) Dringlichkeit (vgl. E. 666 ff.): es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehrungen sofort zu treffen; (iii) Verhältnismässigkeit der Anordnung mit den Elementen der Geeignetheit (vgl. E. 688 ff.), der Erforderlichkeit (vgl. E. 720 ff.) und der Zumutbarkeit (vgl. E. 738 ff.): Die Abwägung zu Gunsten des einstweiligen Rechtsschutzes muss den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes entsprechen; (iv) Erfolgsprognose (vgl. E. 201 ff.): Die Prognose über den Ausgang der Hauptsache ist in Abhängigkeit von ihrer Eindeutigkeit zu berücksichtigen. Da die Erfolgsprognose bei der Beurteilung der übrigen Kriterien zu berücksichtigen ist, wird sie nachfolgend an den Anfang der summarischen Prüfung gestellt.

168. Bei der inhaltlichen Ausrichtung der einzelnen Kriterien ist der Schutzzweck des Kartellgesetzes zu berücksichtigen. Danach hat die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs sowohl den Institutionen- als auch den Individualschutz zum Ziel (BGer, 29.06.2012, 2C_484/2010, *Publigroupe SA u.a. gg. Weko*, publ. BGE 139 I 72, zit. *Publigroupe*, E. 10.1.2). Ein Missbrauch von Marktmacht umfasst deshalb sowohl alle Verhaltensweisen mit volkswirtschaftlich schädigendem Effekt als auch Verhaltensweisen, welche in sachlich unangebrachter Weise die wirtschaftliche Freiheit der betroffenen Unternehmen einschränken oder aufheben (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2). Demnach erstreckt

sich der Zweck von vorsorglichen Massnahmen auch im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Kartellverfahrens nicht nur auf den blossen Schutz des Wettbewerbs, sondern erfasst auch den Schutz der wirtschaftlichen Freiheit anderer Marktteilnehmer. Im Übrigen ist aber ohnehin davon auszugehen, dass bei einer sachlich unangebrachten Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit einzelner Marktteilnehmer regelmässig auch eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorliegt. Daher muss im Einzelfall dargelegt werden, warum eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb trotz der Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit eines Marktteilnehmers nicht vorliegt.

169. Angesichts der notwendigen Dringlichkeit einer Umsetzung von vorsorglichen Massnahmen handelt es sich bei deren Anordnung um ein besonderes Eilverfahren, bei der keine abschliessende, sondern nur eine vorläufige und summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage vorgenommen werden kann (BGE 130 II 149, Sellita, E. 2.3).

170. Bei der Abwägung des öffentlichen Sicherheitsinteresses gegenüber dem privaten Verwirklichungsinteresse handelt es sich daher um einen sog. *prima facie*-Entscheid. Aus diesem Grund können sich die jeweilige Behörde und eine Beschwerdeinstanz auf den Sachverhalt abstützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne darüber hinausgehende zeitraubende Erhebungen anstellen zu müssen (BGE 130 II 149, Sellita, E. 2.3; BVGer, 29.5.2013, A-2716/2013, E. 3.; BVGer, 16.8.2011, A-2841/2011, E. 3.3; MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, zit. *Prozessieren*, Rn. 3.27).

171. Die betroffenen Unternehmen trifft dabei aber eine Mitwirkungspflicht bei der Erstellung des Sachverhalts (BVGer, B-4637/2013, E. 3).

172. Zum Nachweis der Umstände, welche die Anordnung vorsorglicher Massnahmen rechtfertigen, genügt die Glaubhaftmachung der jeweils relevanten Tatsachen (BVGer, 31.3.2016, A-1703/2016, E. 3.3; BVGer, 16.8.2011, A-2841/2011, E. 3.3; BVGer, 5.11.2010, A-4684/2010, E. 6.3.1; BVGer, 4.6.2008, A-515/2008, E. 3; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, zit. *Verwaltungsverfahren*, Rn. 1081; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.18).

173. Die Glaubhaftmachung bildet im Rahmen der Beweiswürdigung ein eigenständiges Element des Beweismasses (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 155 ff. m.w.N.) und stellt gegenüber dem Beweismass des Überzeugungsbeweises und des Wahrscheinlichkeitsbeweises ein geringeres Beweismass dar. Eine Glaubhaftmachung setzt lediglich voraus, dass der Richter mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vom Vorliegen eines bestimmten Sachaspekts ausgehen kann, ohne dass er dessen Verwirklichung tatsächlich für gegeben hält.

174. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin, wonach für Gestaltungsanordnungen ein höherer Grad der Wahrscheinlichkeit erforderlich sei, sind vorliegend keine erhöhten Anforderungen an die Glaubhaftmachung zu stellen.

175. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob unterhalb des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Feststellung einer Glaubhaftmachung zwei unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsstufen zur Anwendung gelangen können, die eine Differenzierung zwischen Sicherungs- und Gestaltungsanordnungen überhaupt erst ermöglichen würden. Soweit ersichtlich, werden jedenfalls entsprechende allgemeingültige Definitionen für eine notwendige Abgrenzung weder in Literatur noch Rechtsprechung angeführt.

176. Eine allenfalls grundsätzlich zu beachtende höhere Wahrscheinlichkeit kommt jedenfalls vorliegend schon deshalb nicht zum Tragen, weil es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine Sicherungsanordnung und nicht um eine Gestaltungsanordnung handelt. Denn mit der Anordnung der vorsorglichen Massnahme wird die Einhaltung des Glasfaserstandards, der vom Runden Tisch unter Einschluss von Swisscom für den Bau von FTTH-Netzen festgelegt wurde, oder zumindest eine äquivalente Ausgestaltung, mit der die Zwecke des Glasfaserstandards ebenfalls erreicht werden, sichergestellt. Die Netzbaustrategie 2020 von Swisscom weicht von diesem Glasfaserstandard wesentlich ab. Demzufolge wird durch die angefochtene Verfügung nicht vorgehend eine neue Verpflichtung zur provisorischen Ausgestaltung eines bestimmten Rechtsverhältnisses statuiert, sondern im Gegenteil die Einhaltung von bestehenden Standards für bereits ausgeübte Tätigkeiten eingefordert.

177. Im Übrigen verhält sich die Beschwerdeführerin widersprüchlich, wenn sie einerseits die Ansetzung von hohen Anforderungen an die Beweise und den Beweisgrad einer Glaubhaftmachung einfordert, andererseits selbst aber - auch auf ausdrückliches Verlangen der Wettbewerbsbehörden - eine nähere Darlegung von Kostenberechnungen zur Begründung der geltend gemachten Kosteneinsparung allein mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer blossen Glaubhaftmachung im Verfahren ablehnt (vgl. E. 509 f.). Bereits aus diesem Grund ist der Einwand der Beschwerdeführerin irrelevant.

2) Grundlagen der aufschiebenden Wirkung

178. Einer Beschwerde kommt gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu. Gemäss Art. 55 Abs. 2 VwVG kann die verfügende Behörde bereits durch die erlassene Verfügung einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen; die gleiche Befugnis steht der Beschwerdeinstanz, ihrem Vorsitzenden oder dem Instruktionsrichter nach Einreichung der Beschwerde zu. Gemäss Art. 55 Abs. 3 VwVG kann die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherstellen. Über ein Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist ohne Verzug zu entscheiden.

179. Die Voraussetzungen für den Entzug oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 55 VwVG entsprechen nach Rechtsprechung und Lehre denjenigen einer Anordnung vorsorglicher Massnahmen (BGE 130 II 149, Sellita, E. 2.2; BGE 117 V 185 E. 2b; KIENER, *AMS-VwVG*, Art. 55 Rn. 15; KIENER,

AMS-VwVG, Art. 56 Rn. 12; SEILER, WW-VwVG, Art. 56 Rn. 26).

180. Daher sind für eine entsprechende Entscheidung ebenfalls die vorstehend aufgeführten Aspekte Nachteilsprognose, Dringlichkeit, Verhältnismässigkeit und Erfolgsprognose (vgl. E. 167) massgebend.

3) Vorsorgliche Massnahme und aufschiebende Wirkung

181. Das Verhältnis zwischen der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen und der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist komplex (Kiener, AMS-VwVG, Art. 56 Rn. 3). Denn je nach Sachverhaltskonstellation treffen unterschiedliche Anträge verschiedener Parteien sowie unterschiedliche Gegenstände und Inhalte der Verfügung aufeinander. Daraus ergibt sich eine Vielzahl von möglichen Sachverhaltskonstellationen.

182. Soweit - wie im vorliegenden Fall - die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen und der Entzug der aufschiebenden Wirkung Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens sind und sowohl ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung als auch ein Antrag auf Aufhebung der vorsorglichen Massnahme von den Verfügungsadressaten gestellt werden, sind folgende Aspekte zu beachten.

183. Grundsätzlich ist es formal möglich, zusammen mit einem Beschwerdeantrag auf Aufhebung der angeordneten vorsorglichen Massnahme auch einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu stellen, weshalb in einem solchen Beschwerdeverfahren dann sowohl über diesen Antrag als auch über die vorsorgliche Massnahme zu entscheiden wäre.

184. Allerdings bedarf es nicht zwangsläufig auch getrennter Entscheide über die Anordnung der vorsorglichen Massnahme und über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

185. Weil nämlich die Beurteilungskriterien für beide Entscheide identisch sind, ist es zum einen inhaltlich grundsätzlich ausgeschlossen, einerseits die Anforderungen der Dringlichkeit und Erforderlichkeit einer vorsorglichen Massnahme und damit die Notwendigkeit zu deren unmittelbarer Vornahme und Durchsetzung vor Abschluss eines behördlichen Untersuchungsverfahrens zu bejahen und deswegen die vorsorgliche Massnahme gutzuheissen, und andererseits die Aussetzung und damit die fehlende Notwendigkeit einer unmittelbaren Vornahme und Durchsetzung der angeordneten Massnahme zumindest bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens während eines behördlichen Untersuchungsverfahrens ebenfalls zu bejahen und deswegen die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde festzustellen.

186. Zum anderen würde in formaler Hinsicht mit einer vorgängigen Entscheidung über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zwangsläufig auch bereits eine Entscheidung über die Anordnung der vorsorglichen Massnahme getroffen werden, weil die Beurteilungskriterien für beide Entscheidungen identisch sind. Solange eine Entscheidung über die Rechtmässigkeit einer Anordnung der vorsorglichen Massnahme aufgrund der notwendigen Abklärungen im Einzelfall aber

nicht vorgenommen werden kann, ist dementsprechend auch eine vorgängige Entscheidung über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ausgeschlossen. Aus diesem Grund hat die Entscheidung über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Entscheidung über die Anordnung der vorsorglichen Massnahme grundsätzlich nachzufolgen.

187. Dieser inhaltliche und formale Zusammenhang wird auch durch eine weitere Überlegung bestätigt: Wenn eine vorsorgliche Massnahme durch eine Behörde rechtmässig angeordnet wurde, dann sind die notwendigen Voraussetzungen zu Gunsten einer vorläufigen Durchsetzung des öffentlich geschützten Interesses einschliesslich der Dringlichkeit, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit der Massnahme gegeben. Da die Voraussetzungen über die Aussetzung der aufschiebenden Wirkung identisch sind, kann sich infolgedessen kein positives Ergebnis zu Gunsten einer vorläufigen Durchsetzung des entgegenstehenden privaten Unternehmensinteresses einstellen. Die rechtmässige Anordnung einer vorsorglichen Massnahme setzt deshalb grundsätzlich voraus, dass auch die Aufhebung der aufschiebenden Wirkung verfügt wird (BGer, 2A.142/2003, Cablecom, E. 3.2, Kiener, AMS-VwVG, Art. 56 Rn. 13). Andernfalls könnte der Zweck der vorsorglichen Massnahme von vornherein unterlaufen und damit nicht erfüllt werden, weil die aufschiebende Wirkung der Dringlichkeit und Erforderlichkeit der Massnahme entgegensteht. Demzufolge kann umgekehrt auch einem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zum vorläufigen Schutz des entgegenstehenden privaten Unternehmensinteresses vor einer summarischen Prüfung der Rechtmässigkeit der vorsorglichen Massnahme nicht stattgegeben werden.

188. Eine andere rechtliche Einschätzung ergibt sich immer dann, wenn im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die eine Differenzierung in einer Weise erfordern oder ermöglichen, dass spezifische Gründe eine sofortige Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bis zu einem Entscheid der Rechtsmittelinstanz über die Anordnung der vorsorglichen Massnahme rechtfertigen, selbst wenn letzterer deren Rechtmässigkeit bestätigen sollte. Dies gilt etwa für den Fall stetig ansteigender Gefährdungslagen, bei denen die Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahme jedenfalls bis zum Abschluss einer notwendigen Abklärung der konkreten Sachverhaltskonstellation eingetreten sein wird, während deren Vorliegen zum Zeitpunkt der Verfügung und der Beschwerde aber noch unsicher sein mag. Derartige Gründe müssen sich allerdings gegenüber den sonstigen Aspekten, die im öffentlichen Sicherstellungs- und Erhaltungsinteresse oder im privaten Verwirklichungsinteresse jeweils für oder gegen eine unmittelbare Vornahme und Durchsetzung der vorsorglichen Massnahme sprechen, abheben und sie sind als solche auch zu bezeichnen und zu behandeln.

189. Ein entsprechender Anwendungsfall ist vorliegend nicht gegeben. Weder sind für das Gericht Anhaltspunkte für die sachliche Möglichkeit einer solchen Differenzierung ersichtlich noch hat die Beschwerdeführerin entsprechende substantiierte Gründe für eine solche Differenzierung vorgetragen.

190. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist somit nicht begründet, weshalb vorab nicht über ihn zu entscheiden war. Mit dem vorliegenden Urteil zur vorsorglichen Massnahme ist er zudem gegenstandslos geworden und als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

191. Aus diesem Grund ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin, es liege ein Verstoss gegen die Rechtsweggarantie vor, weil das Gericht trotz der «eindeutigen Rechtslage» zu Gunsten von Swisscom nicht unverzüglich einen Entscheid zumindest über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung getroffen habe, unbegründet.

192. Dies gilt insbesondere auch unter Berücksichtigung des tatsächlichen prozessualen Verhaltens der Beschwerdeführerin, das durch mehrfache Änderungen des Beschwerdeinhalts und ein ständiges Vortragen von neuen Tatsachenbehauptungen gekennzeichnet ist.

193. Nachdem die Beschwerdeführerin noch in ihrer Beschwerde vom 13. Januar 2021 die von der Vorinstanz propagierte Farbentbündelung als völlig untaugliche Alternative gezeigelt hatte, reichte sie am 24. März 2021 - einen Tag vor der Instruktions- und Vergleichsverhandlung - einen Schriftsatz ein, mit dem sie nunmehr die Möglichkeit einer Umsetzung der Farbentbündelung einräumte und hierfür mit C-ALO ein Produkt entwarf, welches auf der Farbentbündelung basiert. Darüber hinaus hat Swisscom dieses Produkt auch auf dem Markt eingeführt, ungeachtet dessen, dass an der Instruktions- und Vergleichsverhandlung von allen Parteien übereinstimmend festgestellt worden war, dass die Farbentbündelung jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht massenmarkttauglich sei. Auch der Umstand, dass das Gericht im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes und die Vorinstanz im Rahmen des Hauptverfahrens erst noch über die rechtliche Zulässigkeit der Farbentbündelung als Alternative zum Glasfaserstandard zu entscheiden hatte, spielte dabei offensichtlich keine Rolle.

194. Einen Monat später am 29. April 2021 informierte die Beschwerdeführerin das Gericht, dass Swisscom am gleichen Tag eine Glasfaserpartnerschaft mit Salt öffentlich bekannt gegeben habe. Darüber hinaus machte sie geltend, dass mit dieser Glasfaserpartnerschaft für die anderen Fernmeldeunternehmen nunmehr eine Zugangsmöglichkeit vorhanden sei, welche die Bedingungen eines Layer 1-Zugangs erfülle, weshalb schon deshalb die vorsorgliche Massnahme aufzuheben sei. Die umfangreiche Dokumentation zur Glasfaserpartnerschaft wurde von ihr aber nicht bei Gericht, sondern lediglich mit Schreiben vom 14. Mai 2021 bei der Vorinstanz eingereicht, welche diese Unterlagen dann wiederum am 18. Mai 2021 an das Gericht weitergeleitet hat. Selbstredend musste der Vorinstanz auch ausreichend Gelegenheit eingeräumt werden, zu dieser Entwicklung inhaltlich Stellung nehmen zu können. Im Übrigen lancierte Swisscom auch mit der Glasfaserpartnerschaft ein Produkt am Markt, über dessen Zulässigkeit erst das Gericht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren und die Vorinstanz im Hauptverfahren zu entscheiden hat.

195. Nachdem die Beschwerdeführerin das Verlangen der Vorinstanz nach konkreten Kostenberechnungen

unter Hinweis auf die Notwendigkeit der blossen Glaubhaftmachung in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zunächst mit dem Hinweis auf entsprechend überrissene Anforderungen vehement abgelehnt hatte, wurden von ihr in den weiteren Rechtsschriften diverse Erläuterungen zum Beleg der Unverhältnismässigkeit der anfallenden Kosten einschliesslich einer Darlegung der gesamten Mehrkosten eingereicht. Mit Schriftsatz vom 3. August 2021 wurde von der Beschwerdeführerin schliesslich sogar eine komplett neue Berechnung für die Ermittlung des gesamten Mehraufwands eingereicht, welche sich mit einem Minderbetrag von 24% deutlich von der vorgängig vorgelegten Berechnung unterscheidet.

196. Die Beschwerdeführerin hat fünf Schriftsätze mit insgesamt 135 Seiten im vorliegenden Verfahren und bislang zwei Schriftsätze mit insgesamt 40 Seiten im Parallelverfahren mit wechselseitiger Bezugnahme auf die jeweiligen Inhalte eingereicht. Dabei waren die Schriftsätze im Gegensatz zu diesem Urteil eng beschrieben und wiesen umfangreiche Beilagen auf. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wenn die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Zeitdauer rügt, dass trotz der Dringlichkeit ein mehrfacher Schriftenwechsel durchgeführt worden sei. Denn das Gericht hat weder die Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz zur Einreichung von weiteren umfangreichen Schriftsätzen aufgefordert.

197. Mit jedem Schriftsatz hat die Beschwerdeführerin zudem neue Aspekte für die Beurteilung der Angelegenheit und Einwände gegen die angefochtene Verfügung vorgebracht. Insgesamt wurden über 100 Einwände gegen die angefochtene Verfügung geltend gemacht. Ungeachtet eines Entscheids im Rahmen eines summarischen Verfahrens musste jeder dieser Einwände angesichts der von der Beschwerdeführerin angeführten immensen Bedeutung und des enormen Schadenspotentials für Swisscom und die gesamte schweizerische Volkswirtschaft behandelt werden. Die hierfür notwendigen Abklärungen und Würdigungen wurden dabei ganz wesentlich erschwert durch die mehrfache Widersprüchlichkeit der vorgetragenen Behauptungen.

198. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass von Seiten der Beschwerdeführerin zum einen regelmässig formelle Mängel gerügt werden, wenn ein vorgebrachter Aspekt nicht im Sinne der Beschwerdeführerin beurteilt wird, und zum anderen ausdrücklich die Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen angekündigt wurde. Daher bedurfte es trotz der grundsätzlich nur summarischen Prüfungsdichte sowohl mit Bezug auf die Bedeutung der Angelegenheit als auch im Hinblick auf allfällige Rechtsmittel- und Staatshaftungsverfahren grösster Sorgfalt bei der Ausarbeitung der Begründung dieses Urteils.

199. Vor dem Hintergrund eines derartigen Prozessverhaltens ist die Zeitdauer für den Erlass dieses Urteils auch im Rahmen eines summarischen Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zu beanstanden, weil die Beschwerdeführerin selbst einräumt, dass vorliegend eine Komplexität technischer und ökonomischer Zusammenhänge gegeben und eine Beantwortung schwieriger und zum Teil präjudizieller Rechtsfragen vorzunehmen ist.

200. Angesichts aller vorstehend dargelegten Aspekte können auch die von der Beschwerdeführerin mehrfach vorgetragene Hinweise auf die Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen einschliesslich der hierzu ausdrücklich erklärten Vorbehalte hinsichtlich sämtlicher Rechte keine andere Einschätzung der Rechtslage herbeiführen.

V. ERFOLGSPROGNOSE

201. Die angefochtene Verfügung stellt fest, dass ein Marktmachtmissbrauch in Form einer Zugangsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG, einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG sowie einer Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG sehr wahrscheinlich sei, weil die vorhandenen Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten von Swisscom nicht hätten ausgeräumt werden können.

1) Allgemeines

202. Für die Erfolgsprognose im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme ist eine summarische rechtliche Beurteilung der Hauptsache vorzunehmen. Sie umfasst eine Beurteilung des mutmasslichen Ausgangs des jeweiligen Kartellverfahrens und damit eine Einschätzung der Wettbewerbswidrigkeit des in Frage stehenden wirtschaftlichen Verhaltens.

203. Die Erfolgsprognose dient als Bezugspunkt bei der Prüfung der weiteren Merkmale einer vorsorglichen Massnahme. Die Erfolgsprognose ist in massgeblicher Weise zu berücksichtigen, wenn sie eindeutig ausfällt (BGE 130 II 149, Sellita, E. 2.2; BGE 129 II 286 E. 3; BGE 127 II 132 E. 3; BGE 124 V 82 E. 6a; BGE 117 V 185 E. 2b; BGE 110 V 40 E. 5b; BGer, 31.8.2009, 1C_88/2009, E. 3.1). Demgegenüber ist bei Vorliegen von tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten Zurückhaltung geboten, weil die Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren vollständig zusammengetragen und verbindlich abgeklärt werden können (BGE 130 II 149, Sellita, E. 2.2; BGE 127 II 132, E. 3). Je zweifelhafter der Verfahrensausgang erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der jeweiligen Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zu stellen (BGE 130 II 149, Sellita, E. 2.3; BGer, 2A.142/2003, Cablecom./Teleclub, E. 3.2).

204. Im Hinblick auf die nachfolgenden Ausführungen zur Erfolgsprognose ist zunächst allgemein darauf hinzuweisen, dass sämtliche Feststellungen und Einschätzungen im Rahmen eines summarischen Verfahrens auf der Grundlage einer Glaubhaftmachung der Parteien ergehen und ihnen deshalb lediglich ein vorläufiger Charakter zum Zwecke der Beurteilung einer vorläufigen Massnahme der Vorinstanz zukommt. Damit wird weder einer eingehenden Untersuchung im Rahmen des Hauptverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden oder einem daran anschliessenden Rechtsmittelverfahren unter Beachtung des Untersuchungsgrundsatzes vorgegriffen noch ein entsprechender Entscheid im Hauptverfahren präjudiziert. Nachfolgend wird aber auf eine ständige Wiederholung dieses Hinweises verzichtet.

205. Die angefochtene Verfügung zieht als Grundlage eines Marktmissbrauchs verschiedene Missbrauchsformen heran. Für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist es bereits ausreichend, dass sich die drohende oder eingetretene Verwirklichung eines dieser Tatbestände belegen lässt. Da das Gericht den Vorwurf einer drohenden Verwirklichung von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG in Form einer Technologieeinschränkung als berechtigt qualifiziert, wird die nachfolgende Abklärung der Erfolgsprognose auf diesen Tatbestand beschränkt.

206. Die Erfolgsprognose fällt dabei nach Ansicht des Gerichts eindeutig aus. Da die Beschwerdeführerin aber eine Vielzahl von Einwänden gegen die rechtliche Beurteilung des komplexen Sachverhalts im Rahmen der angefochtenen Verfügung erhoben hat und hierbei viele Rechtsfragen mit präjudiziellem Charakter aufgeworfen werden, die eine erstmalige Abklärung und Einschätzung erfordern, bedarf es für eine ausreichend transparente Begründung der vorsorglichen Massnahme einer ausführlichen Darlegung der materiellen Beurteilung durch das Gericht. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der umfassenden Prüfungszuständigkeit für Sach- und Rechtsfragen des Bundesverwaltungsgerichts, deren vollständige Ausübung einschliesslich der Angemessenheitskontrolle von der Beschwerdeführerin auch ausdrücklich eingefordert wurde. Diese ausführliche Darlegung ändert allerdings nichts daran, dass die nachfolgenden Überlegungen auf einer summarischen Beurteilung der Angelegenheit ohne umfassende Beweiserhebung beruhen.

2) Voraussetzungen der Missbrauchsvariante

207. Art. 7 Abs. 2 lit. e KG qualifiziert als missbräuchliche Verhaltensweise die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung.

208. Für die Feststellung einer Technologieeinschränkung als massgebliche Missbrauchsvariante im vorliegenden Fall bedarf es entsprechend den üblichen Anforderungen gemäss Art. 7 KG jedenfalls einer Bestimmung des massgeblichen relevanten Markts mittels einer Marktabgrenzung, der Feststellung der beherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt, der Feststellung einer bestimmten technischen Entwicklung, einer Einschränkung derselben durch das marktbeherrschende Unternehmen, des Fehlens von Rechtfertigungsgründen für die vorgenommene Einschränkung sowie der Feststellung eines wettbewerbswidrigen Nachteils im Rahmen der Wettbewerbsverfälschung.

3) Relevanter Markt

209. Die angefochtene Verfügung verweist im Rahmen ihrer Erfolgsprognose auf die bisherige Abgrenzung eines sachlich relevanten Markts für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, auf dem andere Fernmeldeunternehmen ohne eigenes Glasfasernetz das entsprechende Layer 1-Produkt auf Grosshandelsebene nachfragen. Dabei sei im Hinblick auf den räumlichen Markt eine Einschränkung auf die Alleinbaugebiete der Swisscom vorzunehmen, weil hierbei die Auswahl- und Substitutionsmöglichkeiten für die Abnehmer nicht in gleicher Weise wie in den Kooperationsbaugebieten, in denen Swisscom und andere Netzbetreiber einschliess-

lich der Energieversorgungsunternehmen das Netz gemeinsam erstellen oder erstellt haben, gegeben seien.

(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerin*

210. Die Beschwerdeführerin erhebt verschiedene Einwände gegen die durch die angefochtene Verfügung vorgenommene Marktabgrenzung, ohne allerdings eine Unterscheidung zwischen Marktabgrenzung und Marktbeherrschung vorzunehmen.

211. Dabei macht die Beschwerdeführerin zunächst in allgemeiner Weise geltend, dass die Vorinstanz sich angesichts der jüngeren technologischen und regulatorischen Entwicklungen nicht auf frühere Marktabgrenzungen berufen könne.

212. Zudem verweist die Beschwerdeführerin auf neueste Deregulierungstendenzen innerhalb der Europäischen Union. In Umsetzung der im Dezember 2018 in Kraft getretenen Telekommunikationsvorschriften habe die EU-Kommission im Dezember 2020 eine Neufassung und Aktualisierung ihrer Empfehlung für relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors verabschiedet. Als regulierungsbedürftig würden danach nur noch zwei statt anfänglich 18 Teilmärkte eingestuft. Da sich die schweizerische Kartellgesetzgebung gerade in Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 7 KG am EU-Wettbewerbsrecht sowie dessen sektorspezifischen Regulierungen orientiere, müssten die entsprechenden Regulierungsentwicklungen in der Europäischen Union auch bei der Marktanalyse und Marktabgrenzung im Rahmen des vorliegenden Untersuchungsverfahrens berücksichtigt werden.

213. Dann erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass das Glasfasernetz und die Koaxialnetze der Kabelnetzbetreiber sich immer mehr angleichen würden, weil es sich bei Letzteren in der aktuellen Ausbaustufe mit Docsis 3.1 ebenfalls um ein Glasfasernetz handle. Bei diesen sog. HFC-Netzen (Hybrid Fiber Coax) handle es sich um ein Hybridnetz, das aus Glasfasern und Koaxialkabeln bestehe, wobei diese Glasfasern in der Leistungsfähigkeit nahezu ebenbürtig seien. Daher seien Bandbreiten von 500 Mbit/sec möglich und es liessen sich Datenraten von bis zu 10 Gbit/sec mit den bereits heute bekannten Verfahren realisieren. Nach Feststellungen des Bundesamts für Kommunikation würden 78,2% aller Haushalte im ländlichen Bereich einen Zugang zu Hochbreitband-HFC-Kabelnetzen mit Stand Docsis 3.0 aufweisen, was auch durch andere Studien bestätigt würde. Bei einer funktionalen Betrachtung würden sich Glasfaser- und HFC-Netze demzufolge praktisch ebenbürtig gegenüberstehen.

214. Gegenüber der bisherigen Ausgrenzung der Kabelnetze und der Kabelnetzbetreiber als Konkurrenten wegen eines fehlenden Angebots an Grosshandelsprodukten auf Basis der HFC-Netze verweist die Beschwerdeführerin auf Beispiele aus dem Ausland, in denen ein regulierter Netzzugang auch bei HFC-Netzen bestehe, in Fusionskontrollverfahren eine Zugangsgewährung in Form einer Verpflichtungszusage eingeführt worden sei oder entsprechende Angebote auf Vorleistungsstufe freiwillig angeboten würden. Deshalb könne sich eine nationale Regulierungsbehörde nicht nur auf das Fehlen eines Grosshandelsangebotes und die angeblich beste-

henden technischen Restriktionen berufen, sondern müsse die allfällig bestehenden Motive dahinter genau abklären. Daher seien im Rahmen des Hauptverfahrens diese Aspekte vertiefter abzuklären.

215. Darüber hinaus erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die Entwicklung der 5G-Mobilfunktechnologie zu berücksichtigen sei. Mit dieser könnten praktisch gleichwertige Bandbreiten bzw. Geschwindigkeiten wie bei leitungsgebundenen Leitungen erreicht werden.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

216. Die Vorinstanz hält an der Marktabgrenzung fest, die durch die angefochtene Verfügung vorgenommen wird. Die hierfür vorgebrachten Aspekte werden im Rahmen der Würdigung durch das Gericht berücksichtigt.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

217. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG erfolgt im Rahmen einer dualen Marktbeherrschungsanalyse mittels einer Festlegung des relevanten Markts, auf dem allenfalls eine besondere Stellung eingenommen wird, sowie daran anschliessend einer Ermittlung der Marktstellung auf diesem Markt (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.1; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 229; BVGer, B-7633/2008, ADSL II, E. 256).

218. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst die Festlegung des relevanten Markts eine Abgrenzung des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markts (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.1; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 230; BVGer, B-7633/2008, ADSL II, E. 257).

219. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen (vorliegend: Produkte), die aufgrund ihrer wechselseitigen Substituierbarkeit eine eigenständige Produktgruppe bilden. Massgebend für die Qualifizierung der jeweiligen Substituierbarkeit ist hierbei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Zusammenfassung bestimmter Produkte als eigenständige Produktgruppe und die Zuordnung eines einzelnen Produkts hierzu sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt dabei keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 252; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 269). Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet in Bezug auf Absatzmärkte das Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit (auch sog. Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept), das prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU statuiert wird (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 253; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 270).

220. Der räumlich relevante Markt umfasst das geographische Gebiet, innerhalb dessen die wechselseitig substituierbaren Produkte der sachlich relevanten Produktgruppe von den jeweiligen Wettbewerbern unter hinreichend gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen abgesetzt werden (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 319; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 302). Massgebend für die Qualifizierung einer Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen ist eine wertende Beurteilung aller relevan-

ten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten geographischen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 320; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 302). Grundlage für eine entsprechende Beurteilung sind im Einzelfall funktionelle Sachaspekte in Bezug auf das wirtschaftliche Verhalten von Nachfragern und Anbietern der Produkte, welche geographische Auswirkungen nach sich ziehen (ausführlich BVGer, B-831/2011, DCC, E. 322; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 303 f.).

221. Der zeitlich relevante Markt umfasst den Zeitraum, in welchem die Marktgegenseite die substituierbaren Produkte in dem massgeblichen geographischen Gebiet nachfragt oder anbietet (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 165 f.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 338, BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 307). Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind. Vorliegend kommt dem zeitlich relevanten Markt von vornherein keine Bedeutung zu, weil nicht verschiedene Phasen mit einer unterschiedlichen Nutzung von Fernmeldediensten auszumachen sind.

222. Im Rahmen von Kartellverfahren zur Prüfung von wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten bedarf es nicht jeweils einer Durchführung von umfassenden Marktuntersuchungen zur Abgrenzung des relevanten Markts, soweit bereits Ergebnisse von entsprechenden Marktuntersuchungen aus früheren Kartellverfahren vorliegen und der zu prüfende Sachverhalt in den Bereich dieser Marktabgrenzungen fällt (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 260). Eine Ausnahme hiervon ergibt sich nur dann und insoweit, als aufgrund von beachtenswerten Abweichungen des Sachverhalts, veränderten tatsächlichen Umständen oder neuen entscheidungsrelevanten Überlegungen zu einzelnen Aspekten eine Neubeurteilung der Marktabgrenzung oder zumindest einzelner Kriterien der Marktabgrenzung erforderlich wird (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 260). Dieses Vorgehen der Wettbewerbsbehörden wird bereits durch den Grundsatz der Prozessökonomie vorgegeben, weil dies sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch unter Kostenaspekten den Interessen eines betroffenen Unternehmens im Kartellverfahren entspricht (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 260).

223. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes lässt sich eine sachgerechte Marktabgrenzung von vornherein nicht durchführen. Die Festlegung des relevanten Markts hat sich demzufolge entweder auf bereits bestehende Marktabgrenzungen aus vorgängigen Kartellverfahren oder - falls solche nicht vorliegen - auf eine summarische Einschätzung der sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Märkte abzustützen.

224. Für die vorliegend relevanten Produkte der Zugangs- und Nutzungsmöglichkeiten eines Telekommunikationsnetzes zwischen Anschlusszentrale und Teilnehmeranschluss durch andere Fernmeldeunternehmen wurden bereits in mehreren vorgängigen Verfahren verschiedene Marktabgrenzungen vorgenommen, von de-

nen die nachfolgenden Aspekte vorliegend massgebliche Bedeutung erlangen.

225. Im Verfahren Schneller Bitstrom wurde festgestellt, dass die vollständig entbündelte Teilnehmeranschlussleitung auf Basis des Kupferkabelnetzes (TAL) als reguliertes Layer 1-Produkt nicht mit dem Schnellen Bitstrom als Layer 2-Zugang und damit faktisch auch nicht mit Formen des Layer 3-Zugangs substituierbar sei (BVGer, 12.2.2009, A-109/2008, Swisscom (Schweiz) AG gg. ComCom, E. 8.4.5).

226. Dementsprechend wurde auch im Verfahren Glasfaserkooperationen (vgl. E. 82) festgestellt, dass die TAL nicht mit Produkten des Layer 3-Zugangs substituiert werden könne (WEKO, RPW 2012/2, 209, Glasfaserkooperationen, Ziff. 326). Dabei wurde festgehalten, dass ein Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz kein Substitutionsprodukt zur TAL darstelle, weil Letztere zwar durch einen solchen Zugang ersetzt werden könne, umgekehrt aber eine Ersetzung ausgeschlossen sei (WEKO, RPW 2012/2, 209, Glasfaserkooperationen, Ziff. 325). Demnach würden Layer 3-Produkte auch kein Substitutionsprodukt für einen Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz darstellen. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass die Koaxialkabelnetze der Kabelnetzbetreiber nicht dem Markt für den Layer 1-Zugang zu einem Kupferkabel- oder Glasfasernetz zugeordnet werden könnten, weil aufgrund der Netzwerkarchitektur keine Entbündelung sowie keine Zuordnung von symmetrischen oder festen Bandbreiten vorgenommen werden könne (WEKO, RPW 2012/2, 209, Glasfaserkooperationen, Ziff. 293 ff.).

227. Im Verfahren ADSL II wurde ein Markt der leitungsgebundenen Grosshandelsprodukte mit dem einzigen Produkt BBCS, welches die anderen Fernmeldeunternehmen von Swisscom beziehen konnten, abgegrenzt (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 282). Diesem Markt mit einem Layer 3-Produkt wurde zum einen die TAL als reguliertes Layer 1-Produkt nicht zugeordnet (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 282 ff.). Zum anderen wurden auch die Koaxialkabelnetze der verschiedenen Kabelnetzbetreiber von diesem Markt abgegrenzt, weil ein Grosshandelsangebot weder technisch möglich war noch ein solches Angebot existiert hatte (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 286, 289). Darüber hinaus wurden leitungslose Breitbanddienstleistungen von der Zuordnung zu diesem Markt ausgeschlossen, weil sie nicht die entsprechenden Leistungsmerkmale aufwiesen (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 276). Zudem wurde der Grosshandelsmarkt von einem entsprechenden Einzelhandelsmarkt abgegrenzt (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 277 ff. m.w.N.).

228. Im Verfahren WAN-Anbindung wurde wiederum ein Markt des Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur für kupferkabelbasierte Übertragungsgeschwindigkeiten und damit für Layer 1-Produkte abgegrenzt, weil sich die Nachfrage nach Layer 1-Produkten wesentlich von einer Nachfrage nach Layer 3-Produkten unterscheiden würde. Denn der unmittelbare physische Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung erfordere einerseits grössere Investitionen bei jeder Anschlussstelle für deren Entbündelung durch die jeweiligen Fernmeldeunternehmen, ermögliche andererseits aber völlige Flexibilität bei der Ausgestaltung ihrer Endkundenprodukte. Demgegen-

über wäre die Differenzierung von Layer 3-Produkten gegenüber den Endkunden zwar sehr eingeschränkt, doch seien dafür keine entsprechenden Investitionen in den einzelnen Anschlusszentralen für die Entbündelung notwendig. Aufgrund dieser Ausgangslage sei auch eine Kombination von Layer 1- und Layer 3-Produkten wirtschaftlich nicht sinnvoll (WEKO, 21.9.2015, 32-0244, Swisscom WAN-Anbindung, Swisscom AG u.a., publ.: RPW 2016/1, 173, zit. WAN-Anbindung, Ziff. 302 ff.; die Unterschiedlichkeit wird auch durch BVGer, 24.6.2021, 8386/2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko, zit. WAN-Anbindung, E. 6.2.2, bestätigt).

229. Diese Marktabgrenzungen sind auch für die Beurteilung von FTTH-Netzen heranzuziehen, wodurch sich mehrere Einschätzungen für die Marktabgrenzung ergeben.

230. Im Hinblick auf die jeweils massgeblichen Nachfrager sind Produktmärkte auf Grosshandelsstufe mit Fernmeldeunternehmen als Abnehmer von Grosshandelsprodukten des Netzbetreibers sowie Produktmärkte auf Einzelhandelsstufe mit Endkunden als Abnehmer von Einzelhandelsprodukten der Fernmeldeunternehmen zu unterscheiden.

231. Der sachlich relevante Markt ist zunächst auf Glasfasernetze unter Ausschluss von Kupferkabel- sowie Koaxial- und HFC-Kabelnetzen zu beschränken. Die Gleichwertigkeit mit Glasfasernetzen ist bei Kupferkabelnetzen aufgrund ihrer Leistungsfähigkeit und bei Koaxial- und HFC-Kabelnetzen aufgrund ihrer anders gearbeteten Netzarchitektur und den sich daraus ergebenden Bereitstellungs- und Nutzungsmöglichkeiten nicht in ausreichender Weise gegeben, um von einer Substituierbarkeit gleichwertiger Layer 1-Produkte auszugehen.

232. Der sachlich relevante Markt ist zum einen auf Layer 1-Produkte, die einen unmittelbaren, d.h. eigenständigen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ermöglichen, und zum anderen auf Layer 3- oder sonstige Produkte, welche lediglich einen mittelbaren Zugang zum Teilnehmeranschluss über die Inanspruchnahme von Produkten des Netzbetreibers ermöglichen, einzugrenzen, weil die deutlich unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeiten dieser Produkte (vgl. ausführlich E. 396 ff.) deren Gleichwertigkeit und damit deren Substituierbarkeit ausschliessen.

233. Anderweitige Umstände, die gegen eine Heranziehung dieser bestehenden Marktabgrenzungen sprechen würden, sind nicht erkennbar und wurden auch nicht in ausreichend substantiierter Weise von den Parteien vorgebracht.

234. Im Hinblick auf den sachlich relevanten Markt ist daher davon auszugehen, dass eine Abgrenzung von Layer 1-Produkten als Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten auf Grosshandelsstufe vorzunehmen ist.

235. Im Hinblick auf den räumlich relevanten Markt kann im Rahmen einer vorläufigen Beurteilung vorliegend dahingestellt bleiben, ob und wenn ja in welcher Weise eine Eingrenzung der geographischen Ausdehnung von FTTH-Netzen vorzunehmen ist und dabei verschiedene örtliche oder sogar die einzelnen Anschlussnetze zwischen Anschlusszentrale und Teilnehmeranschluss zu

unterscheiden sind. Einer entsprechenden eingehenden Abklärung bedarf es erst im Hauptsacheverfahren. Allerdings dürfte es für die räumliche Marktabgrenzung entgegen dem Ansatz in der angefochtenen Verfügung unerheblich sein, ob das jeweils massgebliche Netz im Alleinbau oder im Kooperationsbau errichtet wird. Denn massgebend ist die unzureichende sachliche Ausgestaltung des jeweiligen FTTH-Netzes und nicht der personale Hintergrund von dessen Betrieb. Zudem wird sowohl einem einzigen Betreiber als auch mehreren gemeinschaftlichen Betreibern eines derartigen Netzes regelmässig eine beherrschende Stellung in Bezug auf die Zugangs- und Nutzungsmöglichkeiten dieses Netzes zukommen.

236. Die Einwände, die von der Beschwerdeführerin gegenüber den Grundlagen dieser vorläufigen Einschätzung vorgebracht werden, sind demgegenüber als unbegründet abzuweisen.

237. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 211 f.), wonach sich die Vorinstanz aufgrund der jüngeren technologischen und regulatorischen Entwicklungen nicht auf frühere Marktabgrenzungen stützen könne, ist unbegründet. Vorliegend ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes - wie bereits erwähnt - auf die bestehenden Marktabgrenzungen aus vorgängigen Verfahren zurückzugreifen. Es wäre daher Sache der Beschwerdeführerin gewesen, ausreichend detaillierte Umstände vorzutragen, die eine Abänderung der bestehenden Marktabgrenzungen begründet hätten, wenn sie diese Marktabgrenzung inhaltlich beanstanden will. Entsprechende Umstände hat die Beschwerdeführerin aber nicht oder jedenfalls nicht in ausreichend substantiiertem Ausmass vorgetragen.

238. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 212), wonach die Abgrenzung des relevanten Markts anhand der Regulierungsvorgaben der Europäischen Union, nach der nur noch zwei Dienst- und Produktmärkte des elektronischen Kommunikationssektors als regulierungsbedürftig qualifiziert würden, geht schon deswegen fehl, weil die Frage der fernmelderechtlichen Regulierungsbedürftigkeit bestimmter Märkte keine zwingende sachliche Verbindung zur Frage der kartellrechtlichen Abgrenzung von relevanten Märkten aufweist. Wenn überhaupt, müsste eine entsprechend Auswirkung erst im Hauptverfahren vertieft abgeklärt werden.

239. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 213, 214), wonach die HFC-Netze der Kabelnetzbetreiber in den relevanten Markt einzubeziehen seien, hängt nach ihrer eigenen Darstellung von einer vertieften Abklärung dieses Aspekts im Hauptverfahren ab, weshalb dadurch von vornherein keine andere Einschätzung aufgrund der bisher vorliegenden Erkenntnisse möglich ist.

240. Gleiches gilt auch für den Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 215), wonach die Entwicklung der 5G-Mobilfunktechnologie zu berücksichtigen sei. Die 5G-Mobilfunktechnologie bildet zum jetzigen Zeitpunkt aus verschiedenen Gründen keine Technologie, die bereits heute allgemein und flächendeckend eingesetzt wird. Swisscom hält in ihrer Medienmitteilung vom 2. Februar 2020 selbst fest, dass die 5G-Mobilfunktechnologie erst in einer Basisversion ausgestaltet sei und dass für eine volle Entfaltung von deren Potenzial neue Antennen-

standorte sowie der Umbau bestehender Anlagen unumgänglich seien, weshalb das Leitungsnetz auch weiterhin die Grundlage für den Erfolg des Unternehmens bilden würde. Daher lassen sich allfällige, von der Beschwerdeführerin unterstellte Auswirkungen auf die Ausgestaltung von FTTH-Netzen jedenfalls noch nicht in eindeutiger Weise abschätzen. Demzufolge sind die bloss rudimentären Behauptungen der Beschwerdeführerin auch nicht geeignet, eine massgebliche Einwirkung dieses Aspekts auf die Beurteilung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes glaubhaft zu machen.

4) Marktbeherrschung

241. Die angefochtene Verfügung geht davon aus, dass Swisscom in den als relevanter Markt abzugrenzenden FTTH-Ausbaugebieten eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

242. Die Beschwerdeführerin erhebt verschiedene Einwände gegenüber der summarischen Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom, ohne allerdings eine Unterscheidung zwischen Marktabgrenzung und Marktbeherrschung vorzunehmen.

243. Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, dass die Kabelnetzbetreiber aufgrund der Nutzung des Koaxialnetzes in der Praxis aufgrund des dadurch bestehenden flächendeckenden Infrastrukturwettbewerbs einen ausreichenden Wettbewerbsdruck erzeugen würden. So würde gerade in ländlichen Bereichen ein hoher Grad an Verfügbarkeit bestehen, was durch verschiedene Studien bestätigt würde. Deshalb könne sich Swisscom nicht unabhängig verhalten.

244. Die Beschwerdeführerin verweist zudem darauf, dass Kabelnetzbetreiber nicht selbst marktbeherrschend sein müssten, um von den Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 7 KG in die Pflicht zur Gewährung eines Zugangs zu ihrem HFC-Netz genommen werden zu können. Vielmehr sei es ausreichend, wenn sie allenfalls zusammen mit Swisscom als kollektiv marktbeherrschend zu qualifizieren seien.

245. Mit Blick auf das Hauptverfahren genüge daher im vorliegenden Verfahren der vorläufigen Massnahme der Hinweis, dass es plausibel erscheine und die Beschwerdeführerin mit den aufgezeigten Überlegungen zur Marktabgrenzung und Marktanalyse glaubhaft machen könne, dass eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom im relevanten Markt wahrscheinlich verneint werden müsse.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

246. Die Vorinstanz hält an der Beurteilung der Marktbeherrschung in der angefochtenen Verfügung fest. Die hierfür vorgebrachten Aspekte werden im Rahmen der Würdigung durch das Gericht berücksichtigt.

(3) Würdigung durch das Gericht

247. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich allein oder in Verbindung mit anderen Unternehmen auf einem Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Fähigkeit eines Unter-

nehmens zu einem in wesentlichem Umfang unabhängigen Verhalten äussert sich in einem besonderen Verhaltensspielraum gegenüber anderen Marktteilnehmern, der es ihm zumindest ermöglicht, auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen zu müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder der es ihm darüber hinausgehend ermöglicht, die Wettbewerbsbedingungen immerhin merklich zu beeinflussen oder sogar zu bestimmen. Ein solch besonderer Verhaltensspielraum besteht hingegen regelmässig nicht, wenn ein Unternehmen durch ausreichenden Wettbewerbsdruck in seinem Verhalten diszipliniert wird (BGE 139 I 72, Publigruppe, E. 9.3.1; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 402; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 311).

248. Massgebend für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens auf dem relevanten Markt ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen, ohne dass dabei einem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang zukäme (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 403; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 312). Die wesentlichen Grundlagen einer Beurteilung der Einzelmarktbeherrschung bilden eine Untersuchung der Marktstruktur, bei der regelmässig die Aspekte des aktuellen und des potenziellen Wettbewerbs unter gesonderter Berücksichtigung der Stellung der Marktgegenseite bzw. des Einflusses eines zusammenhängenden Markts abzuklären sind, der Unternehmensstruktur, mit der spezifische Merkmale und Eigenschaften des jeweiligen Unternehmens für ein unabhängiges Verhalten zu beachten sind, sowie gegebenenfalls eine Berücksichtigung des konkreten Marktverhaltens eines Unternehmens (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 404; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 312).

249. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes lässt sich eine umfassende Feststellung der tatsächlichen Marktstellung eines Unternehmens nicht vornehmen. Die Festlegung der Marktbeherrschung hat sich demzufolge entweder auf bereits bestehende Marktuntersuchungen aus vorgängigen Kartellverfahren oder - falls solche nicht vorliegen - auf eine summarische Abschätzung der einschlägigen Aspekte abzustützen. Für die Beurteilung der Marktbeherrschung und die Heranziehung von Ergebnissen aus vorgängigen Verfahren gelten die zur Marktabgrenzung aufgeführten Erwägungen entsprechend (vgl. E. 222).

250. In den vorgängig bezeichneten Verfahren (vgl. E. 225 f.), bei denen TAL oder BBCS das Grosshandelsprodukt auf der Grundlage des Kupferkabelnetzes bildete, wurde jeweils die Marktbeherrschung von Swisscom als Eigentümerin und Betreiberin des einzigen Kupferkabelnetzes aufgrund von deren Alleinstellung festgestellt.

251. Diese grundlegende Einschätzung ist regelmässig auch für die Beurteilung von FTTH-Netzen massgebend. Der Betreiber eines FTTH-Netzes weist gegenüber den anderen Fernmeldeunternehmen eine Alleinstellung auf, weil diese auf den Zugang zum FTTH-Netz auf Grosshandelsstufe als zwingende Grundlage für die Vermarktung eines Angebots auf der Einzelhandelsstufe gegenüber den Endkunden angewiesen sind. Diese Ausgangs-

lage bildete auch den Grund für die Einrichtung des Glasfaserstandards durch den Runden Tisch, um einen wettbewerbsneutralen weil diskriminierungs- und monopolisierungsfreien Zugang zu FTTH-Netzen sicherzustellen. Die Alleinstellung des Betreibers ist unabhängig davon gegeben, ob es sich um einen Alleinbau oder einen Kooperationsbau handelt. Daher ist davon auszugehen, dass einem Betreiber oder mehreren Betreibern eines FTTH-Netzes eine marktbeherrschende Stellung auf dem Grosshandelsmarkt für Layer 1-Produkte zukommt.

252. Ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen an dieser Einschätzung eine Änderung vorzunehmen ist, falls bei einzelnen Örtlichkeiten ein doppeltes FTTH-Netz vorhanden sein sollte, ist aufgrund detaillierter Abklärungen im Hauptverfahren festzustellen. Doppelte Infrastrukturen sind nach allgemeiner Ansicht wegen der Kosten des Netzbaus zu vermeiden und treten daher auch nicht flächendeckend auf. Soweit Swisscom im Einzelfall lediglich ein örtlich agierender Netzbetreiber gegenübersteht, ist jedenfalls im Rahmen einer vorläufigen Einschätzung nicht davon auszugehen, dass dieser auf der Grosshandelsstufe einen ausreichenden Wettbewerbsdruck auf Swisscom ausüben kann, weil es für die anderen Fernmeldeunternehmen einen eingeschränkten Sinn machen würde, nur an einzelnen Örtlichkeiten mit einem lokalen Netzbetreiber zusammenzuarbeiten. Allfällig verbleibende vereinzelt Sachverhalte, bei denen eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom nicht festzustellen wäre, können jedenfalls im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zu einer anderen Gesamteinschätzung führen.

253. Bei dieser Ausgangslage hat die Beschwerdeführerin ausreichend detaillierte Umstände darzulegen, warum beim vorliegenden Sachverhalt nicht von einer marktbeherrschenden Stellung seitens Swisscom als Betreiberin eines FTTH-Netzes auszugehen wäre. Entgegen ihrem Einwand (vgl. E. 245) sind hierfür Hinweise, die bloss auf pauschalen Behauptungen beruhen, nicht ausreichend.

254. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 243), wonach von Seiten der Kabelnetzbetreiber ein ausreichender Wettbewerbsdruck ausgehe, weshalb sich Swisscom nicht unabhängig verhalten könne und daher nicht als marktbeherrschend zu qualifizieren sei, ist jedenfalls nicht in ausreichender Weise begründet.

255. Ein zu beachtender Wettbewerbsdruck könnte sich im Rahmen der vorliegenden Betrachtung nur auf der Einzelhandelsstufe ergeben. Denn vorliegend ist davon auszugehen, dass beim Koaxialkabelnetz kein sachgerechtes Grosshandelsprodukt bereitgestellt werden kann und die Kabelnetzbetreiber daher kein Grosshandelsprodukt anbieten, weshalb den anderen Fernmeldeunternehmen keine Alternative zu einem Grosshandelsprodukt auf Basis eines FTTH-Netzes verbleibt. Eine gegenteilige Einschätzung hierzu könnte sich, wie dargelegt, erst aufgrund einer neuen detaillierten Abklärung im Hauptverfahren ergeben.

256. Die Beschwerdeführerin legt nun allerdings in keiner Weise dar, wie sich ein allfälliger Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber auf der Einzelhandelsstufe derart auf der Grosshandelsstufe auswirken

sollte, dass dadurch eine missbräuchliche Behinderung oder Ausbeutung der anderen Fernmeldeunternehmen durch Swisscom ausgeschlossen wäre. Vielmehr bestätigt das höchststrichterlich bestätigte Verfahren ADSL II (BGer, 9.12.2019, 2C_985/2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko) nachgerade, dass eine Ausbeutung von anderen Fernmeldeunternehmen durch Swisscom als Netzbetreiberin vorgenommen werden kann, obschon ein angeblicher Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber auf der Einzelhandelsstufe besteht.

257. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 244), wonach immerhin von einer kollektiven Marktbeherrschung seitens der Kabelnetzbetreiber und Swisscom auszugehen sei, ist für das vorliegende Verfahren irrelevant. Denn auch eine kollektive Marktbeherrschung zusammen mit den Kabelnetzbetreibern führt nicht zu einer anderen Einschätzung hinsichtlich des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom für ihre FTTH-Netze und den sich daraus ergebenden Folgen für die Beurteilung ihres Verhaltens.

5) Technische Entwicklung

258. Die angefochtene Verfügung stellt fest, dass der Ausbau eines FTTH-Netzes mit einer P2MP-Topologie zu einer Einschränkung der technischen Entwicklung führe, weil die anderen Fernmeldeunternehmen gezwungen würden, die von Swisscom angebotenen Layer 3-Produkte abzunehmen, und sie mangels eines Layer 1-Zugangs in der Möglichkeit zur Entwicklung eigener innovativer Produkte eingeschränkt würden.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

259. Die Beschwerdeführerin erhebt verschiedene Einwände gegen die Feststellung einer bestimmten technischen Entwicklung.

260. Die Beschwerdeführerin erhebt zunächst den Einwand, dass der Glasfaserstandard und das sich dabei ergebende Topologiemodell des P2P-Netzes nicht für Randregionen zur Anwendung habe gelangen sollen. Vielmehr sei der Glasfaserstandard auf erste Bau- und Investitionskooperationen zwischen Swisscom und städtischen Energieversorgungsunternehmen in Stadtgebieten im Rahmen der ersten (Pilot-)Phase beschränkt gewesen, wobei Letztere ein Einfaser-Modell vorab zur Debatte gestellt hätten.

261. Im Rahmen der Instruktionsverhandlung hat die Beschwerdeführerin diesen Einwand dahingehend konkretisiert, dass das Vierfaser-Modell im Rahmen der Verhandlungen des Runden Tisches nur für die fünf grössten Städte in der Schweiz vorgesehen gewesen sei. Für andere Gebiete in der Schweiz sei dieses Modell hingegen gar nicht in Betracht gezogen worden. Dieser Einwand wurde dabei ausdrücklich unter Verweis auf die persönliche Anwesenheit eines Vertreters der Beschwerdeführerin an den damaligen Verhandlungen erhoben.

262. Demgegenüber stelle sich die aktuelle Ausgangslage, auf die mit der Netzausbaustrategie 2020 reagiert werde, völlig anders dar. Im Vergleich zum Jahr 2008 würden sich aufgrund der rasanten technologischen Entwicklungen im Bereich der Glasfaser- und Lasertechnologie vielfältigere Handlungsoptionen ergeben,

um den Forderungen von Politik und Öffentlichkeit nach einer möglichst schnellen Versorgung der Randregionen mit Hochbreitband unter vertretbaren betriebswirtschaftlichen Voraussetzungen entsprechen zu können.

263. Dementsprechend müssten auch die Aussagen von Swisscom in ihrer Pressemitteilung vom 9. Dezember 2008 vor diesem Hintergrund aufgrund einer kontextbasierten Betrachtungsweise gesehen werden. Daher ergebe sich entgegen der Darstellung in der angefochtenen Verfügung auch kein Widerspruch in der Argumentation der Beschwerdeführerin zwischen dieser damaligen Pressemitteilung und der Netzbaustrategie 2020.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

264. Die Vorinstanz hält an der Feststellung der technischen Entwicklung in der angefochtenen Verfügung fest. Die hierfür vorgebrachten Aspekte werden im Rahmen der Würdigung durch das Gericht berücksichtigt.

(3) Würdigung durch das Gericht

265. Der Begriff «technische Entwicklung» umfasst jedenfalls alle Aspekte, die den Stand und die Verbesserung des Einsatzes von Produkten, Techniken, Verfahren und Massnahmen in allen Fachbereichen der Industrie, des Gewerbes und des Handwerks sowie der Nutzung von Produkten als Hilfsmittel in sonstigen Fachbereichen umschreiben.

266. Bei einem Telekommunikationsnetz als komplexe Einrichtung von unterschiedlichen elektronischen Geräten und Kabelleitungen handelt es sich um ein technisches Gebilde. Dessen Ausgestaltung unterliegt gewissen physikalischen Gesetzmässigkeiten und kann je nach Einsatz der verschiedenen Komponenten unterschiedlich ausgestaltet werden. Aufgrund von Innovationen konnte im Laufe der Zeit die Leistungsfähigkeit von Telekommunikationsnetzen gesteigert und dadurch die wachsenden Anforderungen befriedigt werden. Angesichts der bereits erreichten und der zukünftig zu erwartenden Innovationen ergibt sich über den Lauf der Zeit eine technische Entwicklung von Telekommunikationsnetzen und den dabei herausgebildeten Entwicklungsstufen.

267. Im Rahmen des Runden Tisches wurde zwischen 2008 und 2012 als Rahmenbedingung für den Bau des Glasfasernetzes in der Schweiz, wie dargelegt (vgl. E. 66 ff.), ein Glasfaserstandard aufgrund einer behördlich initiierten freiwilligen Selbstbindung der massgeblichen Industrieunternehmen unter Einschluss von Swisscom hergestellt. Dieser Glasfaserstandard dient dazu, kostenträchtige und ineffiziente Doppelspurigkeiten zu vermeiden und mittels einer offenen Wettbewerbsmatrix eine diskriminierungsfreie Nutzung des Glasfasernetzes zu ermöglichen, um eine Monopolisierung durch einzelne Unternehmen auszuschliessen und zu vermeiden, dass der spätere Zugang für andere Fernmeldeunternehmen erschwert und infolgedessen der Wettbewerb behindert werden kann. Die Festlegung der Herstellung eines FTTH-Netzes als Vierfaser-Modell mit einer P2P-Topologie zur Gewährleistung einer offenen Wettbewerbsmatrix stellt demzufolge eine bestimmte technische Entwicklungsstufe für Telekommunikationsnetze dar.

268. Von der Beschwerdeführerin wird ausdrücklich anerkannt, dass der Glasfaserstandard dazu dient, unerwünschte Doppelspurigkeiten beim Netzausbau und die Möglichkeit einer Monopolisierung zu vermeiden und eine gewisse Koordination im Bereich der notwendigen Standardisierung und Normierung sicherzustellen.

269. Der Glasfaserstandard ist demnach ohne Weiteres als eine bestimmte technische Entwicklung im Sinne der Missbrauchsvariante einer Technologieeinschränkung zu qualifizieren.

270. Der Anwendungsbereich des Glasfaserstandards umfasst dabei den landesweiten Ausbau in der gesamten Schweiz.

271. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 260 f.) ist der Anwendungsbereich des Glasfaserstandards nicht auf den Ausbau des Glasfasernetzes in den fünf grössten Städten beschränkt. Die öffentlichen Verlautbarungen der Eidgenössischen Kommunikationskommission zum Runden Tisch und dessen Vereinbarungen (vgl. www.comcom.admin.ch/de/home/themen/festnetz/ftth.html; Anm.: nachfolgende Hervorhebungen angefügt) weisen keine ausdrückliche Einschränkung auf. Aus den jeweiligen Erklärungen lässt sich auch keine entsprechende Einschränkung ableiten. Vielmehr ergibt sich aus verschiedenen Aussagen eindeutig, dass sich die Vereinbarungen des Runden Tisches und damit auch der Glasfaserstandard auf den Ausbau im gesamten Landesgebiet erstrecken. So wird ausdrücklich festgestellt, das Bundesamt für Kommunikation habe in Zusammenarbeit mit der Industrie Arbeitsgruppen organisiert, um den «Ausbau von Glasfasernetzen in der Schweiz» zu koordinieren (COMCOM, 6.10.2009, Runder Tisch Glasfasernetze bis in die Haushalte - eine erste Bilanz). Nach der dritten Sitzung wurde bekannt gegeben, dass «sich gewisse allgemeine Grundsätze beim Glasfaserausbau in der Schweiz durchzusetzen beginnen» (COMCOM, 1.5.2009, Glasfasernetze bis in die Haushalte - Dritter Runder Tisch). Danach wurde in einer weiteren Mitteilung zur Einrichtung von einheitlichen Bestellplattformen ausdrücklich festgestellt, dass dadurch eine «Grundlage für einen schweizweiten FTTH-Wettbewerb geschaffen» werde, «der allen Anbietern offen steht» (COMCOM, 26.8.2010, Glasfasernetze bis in die Haushalte: weitere Fortschritte). In einem weiteren Zwischenbericht wurde die «Notwendigkeit eines Breitbandausbaus auch in Gebieten mit geringer Bevölkerungsdichte voll anerkannt», wobei ausdrücklich auf den flächendeckenden Glasfaserausbau im Kanton Obwalden hingewiesen und damit offensichtlich der Ausbau ausserhalb einer schweizerischen Grossstadt angesprochen wurde (COMCOM, 14.1.2011, Die Basis für den Ausbau von Datennetzen mit sehr grosser Bandbreite ist gelegt). Der Präsident der Eidgenössischen Kommunikationskommission hatte in einem Interview ebenfalls das gesamte Landesgebiet angesprochen, in dem er ausführte, Swisscom solle nicht dort, wo keine Konkurrenz herrsche, einen viel höheren Preis verlangen dürfen als z.B. in der Stadt (COMCOM, 9.11.2009, Das Glasfasernetz kostet höchstens 20% mehr).

272. Darüber hinaus ist auch kein Grund ersichtlich, warum der Zweck des Glasfaserstandards, eine offene Wettbewerbsmatrix mit einem diskriminierungs- und

monopolfreien Zugang zu FTTH-Netzen für Fernmeldeunternehmen zu gewährleisten, zwar in den Städten, nicht aber in allen anderen Landesteilen zur Anwendung gelangen sollte. Auch die Beschwerdeführerin benennt keinen derartigen Grund. Der blosser Verweis auf eine zwischenzeitlich geänderte technologische Ausgangslage (vgl. E. 259, 260) ist hierfür jedenfalls nicht ausreichend und inhaltlich auch unzutreffend (vgl. E. 345 ff.).

273. Die Möglichkeit einer Abweichung vom Glasfaserstandard wäre daher - wenn überhaupt - nur aufgrund einer Rechtfertigung angesichts der besonderen Umstände bestimmter Sachverhaltskonstellationen denkbar.

6) Einschränkung

274. Die angefochtene Verfügung qualifiziert den Ausbau von FTTH-Netzen mit einem Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie als Einschränkung, weil den anderen Fernmeldeunternehmen dadurch verwehrt werde, durch einen Layer 1-Zugang innovative eigene Fernmeldeprodukte zu entwickeln und gegenüber den Endkunden anzubieten, weshalb sie auf die blosser Abnahme von durch Swisscom vorkonfigurierte Layer 3-Produkte begrenzt würden.

275. Voraussetzung für die Verwirklichung des Tatbestands einer Technologieeinschränkung bildet das tatsächliche Vorliegen einer aktuellen oder potentiellen Limitierung einer technischen Entwicklung.

276. Die Ausgestaltung eines FTTH-Netzes als Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie stellt eine Limitierung gegenüber dem Glasfaserstandard mit einem Vierfaser-Modell und einer P2P-Topologie dar. Denn dadurch werden die Möglichkeit zur Zuweisung einer unbeleuchteten Glasfaser zwischen Anschlusszentrale und Teilnehmeranschlussleitung an ein bestimmtes Fernmeldeunternehmen in Umsetzung einer vom Endkunden ausgewählten Dienstleistungsbeziehung mit diesem Fernmeldeunternehmen und damit ein vorbehaltloser unmittelbarer physischer Zugang zum FTTH-Netz ausgeschlossen. Demnach kann das Layer 1-Produkt ALO oder ein entsprechendes Layer 1-Zugangsprodukt nicht mehr angeboten werden. Wie noch aufzuzeigen sein wird, bildet auch das Produkt C-ALO aus verschiedenen Gründen kein gleichwertiges Layer 1-Produkt.

277. Die Beschwerdeführerin hat nicht bestritten, dass ihr Verhalten eine Einschränkung des Glasfaserstandards darstellt. Vielmehr räumt sie selbst ein, dass die Netzbastrategie 2020 mit der Herstellung eines Einfaser-Modells mit P2MP-Topologie Veränderungen auf Seiten der Vorleistungsprodukte mit sich bringe. Dabei werde das Layer 1-Produkt ALO - und damit eine durchgehende unbeleuchtete Glasfaser zwischen der Anschlusszentrale und einem Teilnehmeranschluss - in den zukünftigen Neubaugebieten nicht mehr verfügbar sein.

278. Die Netzbastrategie 2020 stellt damit unzweifelhaft eine Einschränkung der technischen Entwicklung dar.

7) Rechtfertigung

279. Die angefochtene Verfügung hat das Fehlen eines ausreichenden Grundes für eine Rechtfertigung der Einschränkung der technischen Entwicklung festgestellt.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

280. Die Beschwerdeführerin erhebt eine Vielzahl von verschiedenen Einwänden gegen die Verwirklichung einer Technologieeinschränkung, indem sie entsprechende Aspekte als Rechtfertigung für eine Einschränkung des Glasfaserstandards anführt.

281. Zunächst verwahrt sich die Beschwerdeführerin gegen den Vorwurf, bei ihrer Netzbastrategie 2020 handle es sich um einen technischen Winkelzug, um mittels eines angeblichen Technologiemonopols und im Sinne einer Verdrängungsstrategie gegenüber den Mitbewerbern auf eine gezielte und dauerhafte Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen ihrer Konkurrenten hinzuwirken und künstliche Marktzutrittsschranken durch eine entsprechende Vereitelung der Zugangsgewährung zu bewerkstelligen.

282. Die Beschwerdeführerin erhebt vielmehr den grundlegenden Einwand, dass ihre strategischen Entscheide in Zusammenhang mit dem Glasfasernetzausbau auf sachbezogenen Gründen der betriebswirtschaftlichen Kosteneffizienz und der unternehmerischen Investitionsrisiken beruhen würden, welche anerkanntermassen bei der Verhaltenskontrolle gemäss Art. 7 KG zu berücksichtigen seien. Die gewählte Netzbastrategie 2020 mit dem Einsatz eines Einfaser-Modells mit P2P-Topologie würde daher das Ergebnis einer effizienten, objektiv notwendigen und sachlich legitimierten Geschäftsführung darstellen.

283. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass zum Zeitpunkt der Verfügung Ende 2020 der Wettbewerb nicht eingeschränkt werde, weil von den bereits bestehenden FTTH-Netzen im Umfang von rund 1,67 Mio. Anschlüssen lediglich eine sehr geringe Anzahl von {xxxxx} Mio. FTTH-Anschlüssen mit P2MP-Topologie, bei denen Swisscom keinen Layer 1-Zugang mehr anbieten könne, hergestellt worden sei, während bei den übrigen, im Rahmen von Baukooperationen mit einer P2P-Topologie hergestellten über 1,5 Mio. Glasfaseranschlüssen ein Layer 1-Zugang vorhanden sei und dies auch in Zukunft der Fall sein werde. Daher liege überhaupt kein schweizweites wettbewerbsrechtliches Grundsatzproblem vor. Dies werde von der Vorinstanz völlig verkannt und auch nicht thematisiert.

284. Daher würden für die Anzeigerin und für vergleichbare Fernmeldeunternehmen die geltend gemachten Nachteile infolge der Umsetzung der Netzbastrategie 2020 nicht existieren oder sie wären nur gering vorhanden.

285. So sei die Anzeigerin bei insgesamt {100-[xxx]-130} Anschlusszentralen von Swisscom präsent, wobei die Anzeigerin hiervon lediglich bei {20-[xx]-30} Anschlusszentralen aufgrund der P2MP-Topologie keinen Layer 1-Zugang in Form einer ALO, sondern nur noch das günstigere Produkt BACS beziehen könne. Zudem habe die Anzeigerin in den übrigen Anschlusszentralen das Potential an möglichen Layer 1-Zugängen für Endkundenbeziehungen bei weitem noch nicht ausgeschöpft.

286. Die Beschwerdeführerin erhebt den wesentlichen Einwand, dass die Kosteneinsparungen im Vergleich eines Netzausbaus mit einem Einfaser-Modell mit

P2MP-Topologie gegenüber einem solchen mit Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie ganz beträchtlich seien.

287. Hierfür verweist sie zunächst auf den Ausbau des Glasfasernetzes im Kanton Appenzell Innerrhoden. Denn ein kantonsweiter Ausbau mit einem Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie hätte Ausgaben in Höhe von {40-[xx]-60} Mio. CHF erfordert. Demgegenüber würden bei einem Ausbau mit einem Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie lediglich Kosten in Höhe von {10-[xx]-25} Mio. CHF anfallen, wodurch sich eine Einsparung in Höhe von [xx] Mio. CHF ergebe.

288. Zudem führt sie die Errichtung eines FTTH-Netzes in der Gemeinde Bregaglia im Kanton Graubünden gemäss Neubaustrategie 2020 an, bei dem ein Ausbau gemäss Glasfaserstandard zu {25-[xx]-35}% Mehrkosten gegenüber einem Ausbau gemäss Netzbaustrategie 2020 führen würde.

289. Im Parallelverfahren verweist die Beschwerdeführerin auf einen Kostenvergleich für den Glasfaserausbau in der Gemeinde Mammern TG, der von einer Drittfirma im Mai 2021 durchgeführt worden war. Bei dieser Gemeinde handle es sich um eine ländliche Gemeinde mit wenigen Nutzungseinheiten und ohne eigene Anschlusszentrale. Danach würde eine Erschliessung dieser Gemeinde mit einer P2P-Topologie insgesamt {30-[xx]-40}% mehr kosten als ein Ausbau mit einer P2MP-Topologie, wobei die Mehrkosten für das Stammnetz {70-[xx]-80}% und für das Verteilnetz {10-[xx]-20}% betragen würden. Grundlage des Kostenvergleichs bilde dabei das vorhandene FTTS-Netz, das jeweils ausgebaut werde.

290. Zur Begründung der anfallenden Kosteneinsparungen führt die Beschwerdeführerin aus, dass bei Verwendung einer P2MP-Topologie durch den Einsatz von Splintern erheblich weniger Glasfaserleitungen, Spleisungen und Stromleitungen sowie Platz in Zentralen, Schächten und Rohranlagen benötigt würden. Dadurch könnten bereits vorhandene Einrichtungen in Form von unterirdischen Kabelkanalisationen und Kanalschächten Verwendung finden und es müssten keine neuen Flächen zum Bau von oberirdischen Kabelverteilerkästen erworben werden.

291. Im Parallelverfahren weist die Beschwerdeführerin anhand eines Berechnungsbeispiels darauf hin, dass die Kosten für die Glasfasern des Stammnetzes bei einem Ausbau mit P2P-Topologie um den Faktor 10 höher ausfallen würden als bei einem Ausbau mit P2MP-Topologie. Auch der Platzbedarf in den bestehenden Kabelkanalisationen sei dabei mindestens sechs Mal höher, wodurch zusätzliche Kosten für die Erstellung neuer Kabelkanalisationen anfallen würden.

292. Die Grundlage für den Einwand der Kosteneinsparung bildet dabei der zentrale Einwand einer Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes. Denn die Wettbewerbskommission verkenne in Zusammenhang mit der Kostenbeurteilung insbesondere die Möglichkeit, die durch Swisscom in den vergangenen Jahren getätigten Investitionen in das FTTS-Netz für den Ausbau des FTTH-Netzes mit einer P2MP-Topologie nutzen zu können.

293. Im Gegensatz zur P2P-Topologie könne nämlich bei der P2MP-Topologie auf die bereits im Rahmen des FTTS-Ausbau errichtete Glasfaserinfrastruktur aufgesetzt und dadurch die getätigten Investitionen mit der damit kompatiblen und zukunftssicheren P2MP-Topologie verknüpft werden. Durch die Ausnutzung der vorhandenen FTTS-Netze bei einer P2MP-Topologie würden sich gegenüber der Herstellung einer P2P-Topologie auch wesentliche Zeitgewinne erzielen lassen, weil durch die Nutzung der FTTS-Netzstruktur die entsprechenden FTTH-Netze wesentlich schneller realisiert werden könnten.

294. Hierzu führt die Beschwerdeführerin aus, dass bei einem Kostenvergleich zwischen einem P2P- und einem P2MP-Ausbau daher nicht ein «Greenfield»-Ansatz zu Grunde zu legen sei, bei dem davon ausgegangen werde, dass jeweils alles neu gebaut werden müsse. Dies führe nämlich dazu, dass für beide Technologievarianten nur eine geringe Kostendifferenz anfallen würde, weil ihre Ausgestaltung grundsätzlich keine grossen Unterschiede aufweise. So müsse unabhängig von der Technologie zum Beispiel derselbe Grabaushub für die Errichtung der Kabelkanalisation gemacht werden. Für einen sachgerechten Kostenvergleich müssten vielmehr bestehende und vorhandene Infrastrukturen sowie dabei vorhandene Restriktionen mitberücksichtigt werden. Daher sei ein Greenfield-Ansatz per se falsch, weil er reale Restriktionen nicht berücksichtige.

295. Im Parallelverfahren hat die Beschwerdeführerin hierzu konkret mitgeteilt, dass im Rahmen eines Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie das ganze Stammnetz für insgesamt {xxx} Mio. Nutzungseinheiten an FTTS/FTTB- sowie den übrigen Anschlüssen komplett neu gebaut werden müsste, wodurch für Swisscom massive Kostenfolgen in Höhe von {xxx} Milliarden CHF und zeitliche Verzögerungen resultieren würden. Zudem müsste die im Rahmen einer Realisierung der FTTS- und FTTB-Netze bereits erstellte (Feeder-)Infrastruktur als versunkene Kosten betrachtet und abgeschrieben werden. Demgegenüber würde der Ausbau der bestehenden (Feeder)Infrastruktur für die heute noch nicht mit FTTH- oder FTTS/B-Glasfasernetzen erschlossenen Nutzungseinheiten rund {xxx} Milliarden CHF betragen. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass bei einer Änderung der Architektur von P2MP auf P2P für Swisscom zusätzliche Investitionen für die (Feeder)Infrastruktur in Höhe von {xxx} Milliarden CHF anfallen würden.

296. Die erheblichen Mehrkosten, die Ausbautverzögerungen, der Verzicht auf die Erzielung von Skalenvorteilen sowie die gleichzeitig zu tragenden Investitionsrisiken würden einen schweizweiten Ausbau eines FTTH-Netzes mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie durch Swisscom als alleinige Infrastrukturinvestorin weder betriebs- noch volkswirtschaftlich rechtfertigen.

297. Selbst unter Zugrundelegung der falschen Annahme in der angefochtenen Verfügung, wonach der Ausbau einer P2P-Architektur nur relativ geringe Mehrkosten im einstelligen Prozentbereich zur Folge hätte, würden sich bei Kosten von mehreren Milliarden durch den Ausbau des Glasfasernetzes mit einem Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie erhebliche Kosten einsparen las-

sen. Allein dieser Aspekt stelle schon einen sachbezogenen und damit legitimen Rechtfertigungsgrund dar.

298. Die Beschwerdeführerin macht im Übrigen geltend, dass die entsprechenden Angaben zu den Grössenordnungen der Kosteneinsparungen plausibel und glaubwürdig seien. Das Verlangen nach weitergehenden, detaillierteren Angaben qualifiziert sie unter Berücksichtigung des Beweismasses der Glaubhaftmachung im Verfahren einer vorsorglichen Massnahme als eine überzogene Anforderung.

299. In diesem Zusammenhang verweist sie im Parallelverfahren darauf, dass die Aufwendungen für den Aufbau eines Stammnetzes insbesondere von folgenden Faktoren abhängig seien: - gewählte Netztopologie; - Anschlussdichte im jeweiligen Anschlussgebiet, wobei in dicht besiedelten Gebieten die Strecken, Kabel und Kabelkanalisationen eher kürzer ausfielen, weil das zu erschliessende Gebiet kompakter und damit kleiner sei; - den verfügbaren Kapazitäten in den Kabelkanalisationen; - den Bauvorhaben in den Gemeinden wie Kanalisations- oder Strassenerneuerungen; - die jeweiligen Material- und Arbeitskosten zum Zeitpunkt des Ausbaus; - dem jeweiligen Verhältnis zwischen Gebäude und Nutzungseinheiten, so könnten zum Beispiel die Kosten bei einem Doppeleinfamilienhaus im Vergleich zu einem Einfamilienhaus auf zwei Nutzungseinheiten aufgeteilt werden. Aufgrund der stark variablen Faktoren würden demzufolge sehr grosse Spannweiten bestehen, woraus sich massiv unterschiedliche Aufwendungen je Nutzungseinheit ergeben könnten. Eine Auswertung der bislang von Swisscom bisher beauftragten und umgesetzten Ausbauprojekte gemäss Netzbaustrategie 2020 würde dies bestätigen.

300. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass die Herstellung eines FTTH-Netzes mit P2MP-Topologie auch notwendig sei, um an verschiedenen Standorten mit rund {xxxxx} Kunden veraltete oder störanfällige Ausrüstungen zu sanieren. Denn die Kunden müssten dort täglich mehrere kurze Unterbrüche und wesentlich geringere Verbindungsgeschwindigkeiten als vertraglich zugesichert erdulden. Zur Behebung dieser Mängel müssten die Kupferleitungen innerhalb eines Hauses durch Glasfasern ersetzt werden. Da bei diesen Standorten, wie z.B. in {xxxxxxx}, bereits zu einem früheren Zeitpunkt einzelne Glasfasern bis zum MicroCan innerhalb des Hauses gelegt worden seien, könne die Erschliessung sinnvollerweise nur mittels P2MP-Topologie erfolgen. Aufgrund der vorsorglichen Massnahme müssten die betroffenen Kunden nun jedoch weiterhin mit den bestehenden Störungen und Qualitätseinbussen leben. Zudem sehe sich Swisscom mit stetig steigenden Kosten konfrontiert, die durch die Notwendigkeit von wiederholten Störungsbehebungen entstehen würden.

301. Auch ohne Layer 1-Zugang würde den anderen Fernmeldeunternehmen bei einem P2MP-Netz mit dem Layer 3-Produkt BBCS eine technisch valable Alternative und damit ein adäquates Substitutionsprodukt zur ALO von Seiten Swisscom zur Verfügung gestellt werden.

302. Dass BBCS auch eine kommerziell valable Alternative darstelle, werde dadurch belegt, dass das Produkt von anderen Fernmeldeunternehmen rege nachgefragt

werde. Dabei sei die Nachfrage sogar in bereits bestehenden FTTH-Netzen teilweise höher als die Nachfrage nach dem Produkt ALO.

303. Angesichts der politischen, insbesondere der regionalpolitischen und verbandsmässigen Forderungen sowie der strategischen Vorgaben des Mehrheitsaktionärs sei es im Interesse der Gesamtbevölkerung und der Unternehmen des Wirtschaftsstandorts Schweiz, innerhalb kürzester möglicher Zeit mit einem Hochbreitbandanschluss versorgt zu werden. Dies gelte auch für die anderen Fernmeldeunternehmen, die dank des rascheren und umfassenderen Infrastrukturausbaus in ihrer Wettbewerbsfähigkeit gestärkt würden.

304. Als Beleg für die sachliche Begründetheit ihrer Netzbaustrategie 2020 verweist die Beschwerdeführerin auf ausländische Telekommunikationsunternehmen, welche sich in einer vergleichbaren Situation befänden und sich gleich wie Swisscom verhalten würden. So hätten bspw. Telekommunikationsunternehmen in den Niederlanden in einer Initialphase zunächst Glasfasernetze mit einer P2P-Architektur gebaut, um aber zu einem späteren Zeitpunkt auf einen Ausbau der Glasfasernetze mit einer P2MP-Architektur zu wechseln. Dementsprechend würden heute weltweit 90% der Glasfasernetze eine P2M-Topologie und nur noch 10% eine P2P-Topologie aufweisen.

305. Der Ausbau der Glasfasernetze mit einem Einfasermodell mit P2MP-Topologie sei im Ergebnis auch in technologischer Hinsicht alternativlos, weil es für Swisscom ein erhebliches Risiko darstellen würde, auf die heute weltweit führende P2MP-Topologie bzw. PON-Technologie mit ihrer Investitionsdynamik und den erzielbaren Skalenvorteilen zu verzichten. Andere theoretisch denkbaren technischen Varianten würden nämlich keine praxistauglichen Alternativen zur Netzbaustrategie von Swisscom darstellen.

306. Bei der von der Vorinstanz propagierten Variante der Farbentbündelung handle es sich entgegen den Verlautbarungen der Vorinstanz zumindest zum aktuellen Zeitpunkt nicht um eine technisch ausgereifte, attraktive und massenmarktfähige Realisierungsvariante für das Anschluss-netz, weil die technischen und kommerziellen Rahmenbedingungen sowie die Marktakzeptanz dieses Zugangsprodukts nicht in ausreichendem Masse gegeben seien und die Markttauglichkeit eines Einsatzes nicht vorliege. Dementsprechend würde es sich hierbei auch international um einen einmaligen Sonderfall handeln. Zum Beleg für diese Einschätzung verweist die Beschwerdeführerin auf Aussagen der deutschen Regulierungsbehörden und auf ihre eigenen Nachfragen bei ausländischen Fernmeldeunternehmen einschliesslich der in der angefochtenen Verfügung genannten, welche den Einsatz der Farbentbündelung alle nicht bestätigen würden.

307. Unter Berücksichtigung des heutigen technologischen Entwicklungsstands sowie der substantiellen Vorbehalte und offenen Fragen hinsichtlich der Massenmarkttauglichkeit eines entsprechenden Grosshandlungsprodukts einschliesslich der hohen Kosten für die notwendigen aktiven Ausrüstungen könne Swisscom jedenfalls nicht der Vorwurf gemacht werden, mit der Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 nicht auch umgehend

ein «Layer 1-äquivalentes»-Farbentbündelungsprodukt auf Grosshandelsstufe angeboten und ermöglicht zu haben.

308. Die kartellrechtliche Massnahme ergehe im Bereich von erst entstehenden neuen Märkten und sich erst im Aufbau befindlichen Netzen. Bei derartigen Konstellationen müssten die Aspekte des Investitionsschutzes und des Wegfallens von Investitionsanreizen bei der Bejahung der sachlichen Rechtfertigungsgründe miteinbezogen werden.

309. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, das mehrfache Nachschieben von technologischen Alternativen durch die Vorinstanz belege zum einen, dass diese versuche, die angefochtene Verfügung zu retten und das eigene Gesicht zu wahren. Zum anderen mache dies deutlich, dass die Vorinstanz über keine ausreichenden Kenntnisse für eine kompetente Beurteilung dieser Technologien verfüge. In Verbindung mit den ungenügenden, oberflächlichen Sachverhaltsabklärungen, die überwiegend auf theoretischen und teilweise nicht relevanten Verweisen auf angeblich relevante Studien und Berichte sowie Anwendungsfälle im Ausland beruhen würden, stelle dies einen Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz dar. Daher hätte die Vorinstanz auch nicht mit der vorsorglichen Massnahme in die verfassungsrechtlich verbürgte Stellung von Swisscom eingreifen dürfen. Zudem habe die Farbentbündelung im Vorfeld des Erlasses der vorsorglichen Massnahme keinen Gegenstand der Diskussionen gebildet, weshalb mit dem überraschenden Verweis auf die Möglichkeit der Farbentbündelung in der angefochtenen Verfügung der Gehörsanspruch von Swisscom verletzt worden sei.

310. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass die Vorinstanz das Verfahren der vorsorglichen Massnahme instrumentalisieren und zweckentfremden würde. Denn mit der Durchführung von Marktbefragungen zur detaillierten Abklärung von verschiedensten Aspekten während des summarischen Verfahrens würden das Hauptverfahren und dessen Entscheid vorweggenommen. Zudem würden die von der Vorinstanz durchgeführten Marktbefragungen zu den alternativen Technologien kein repräsentatives und umfassendes Bild abgeben, weil nur eine selektive und keine objektive Auswahl der angefragten Unternehmen vorgenommen worden sei.

311. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass sie nicht verpflichtet sei, durch die technische Ausgestaltung ihres Glasfasernetzes jedes singuläre und individuell beliebige Geschäftsmodell eines einzelnen Fernmeldeunternehmens wie der Anzeigerin oder sonstiger einzelner Fernmeldeunternehmen zu unterstützen. Daher handle es sich bei der Forderung nach einer unbedingten Bereitstellung einer ALO um eine völlig unangemessene Forderung.

312. Am 29. April 2021 informierte die Beschwerdeführerin über die Glasfaserpartnerschaft von Swisscom und Salt, die gleichentags auch öffentlich publik gemacht wurde. Im Rahmen dieser Glasfaserpartnerschaft investiere Salt in ein langfristiges Nutzungsrecht an Glasfaseranschlüssen und Netzwerkbestandteilen von Swisscom, wodurch Salt über einen physischen Layer 1-Zugang zu den Glasfasernetzen verfüge, die von

Swisscom mit der P2MP-Topologie realisiert würden. Durch diese Glasfaserpartnerschaft würden Investitionen gebündelt, eine optimale Nutzung von Netzkapazitäten sichergestellt und Mitbewerbern attraktive Alternativen und erweiterte Netzzugangsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt. Gegenstand und Umfang der Partnerschaft würden im Wesentlichen die langfristige Nutzung eines bestimmten PON-Baumes bilden, der eine Glasfaser von der Anschlusszentrale bis zum Strassenschacht, einen Splitter im Schacht und die Glasfasern im Verteil- und Gebäudenetz umfasse.

313. Dieses Partnerschaftsmodell würde im Rahmen der Verfügbarkeit sowie unter Beachtung der vorgegebenen technischen Bedingungen auch weiteren Marktakteuren zu vergleichbaren Bedingungen offenstehen.

314. Mit dem Layer 1-Zugang auf bestimmte ganze PON-Bäume im P2MP-Netz bestünde somit für interessierte Marktakteure eine weitere attraktive Zugangsmöglichkeit zum Netz von Swisscom, womit gleichzeitig der bereits bestehende wirksame Wettbewerb auf zielführende und nachhaltige Weise fortgesetzt werde. Investitionsbereite Unternehmen könnten sich somit auch in der P2MP-Glasfaserarchitektur einen Layer 1-Zugang sichern.

315. Im Hinblick auf die den anderen Fernmeldeunternehmen zustehenden alternativen Möglichkeiten erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass durch bestimmte erweiterte Zugangsmöglichkeiten, die gesetzlich vorgesehen wären, die Marktzutrittsbarrieren insbesondere auch für kleinere Fernmeldeunternehmen, welche gezielt Investitionen basierend auf ihren konkreten Geschäftsmodellen anstreben würden, ohne aber flächendeckende Infrastrukturen verantworten zu können oder zu wollen, weiter gesenkt worden seien.

316. So würde Fernmeldeunternehmen seit der am 1. April 2007 in Kraft getretenen fernmelderechtlichen Zugangsregulierung die Möglichkeit zustehen, bei entsprechend frei verfügbaren Rohrkapazitäten Zugang zu den Kabelkanalisationen von Swisscom zu kostenorientierten Preisen zu verlangen, um den Einzug eines eigenen Kabels einzufordern. Dadurch könnten Mitbewerber zwischen einer Anschlusszentrale von Swisscom und einem Gebäudeeingangspunkt - oder zwischen sonstigen Zugangspunkten - eine bestimmte Anzahl eigener Kabel für die Erbringung von eigenen Fernmeldediensten verlegen. Diese Möglichkeit werde von anderen Fernmeldeunternehmen rege nachgefragt und zeichne sich durch ein exponentielles Wachstum aus. Die steigende Nachfrage belege, dass diese Möglichkeit für die Mitbewerber durchaus kommerziell interessant sei.

317. Darüber hinaus könnte aufgrund des im Rahmen der jüngsten Revision des Fernmeldegesetzes eingeführten Anspruchs zur Mitbenutzung von freien Kapazitäten bei bereits vorhandenen Infrastrukturen im Bereich der Gebäudeeinführung sowie der gebäudeinternen Anlagen Synergien genutzt und Duplizierungen vermieden werden.

318. Im Ergebnis könne deshalb festgehalten werden, dass es für andere Fernmeldeunternehmen zumutbar sei, für ihre punktuellen Bedürfnisse bestehende Kabelkanalisationen zur Verlegung eigener Kabel in Anspruch

zu nehmen, weil für die Mitbewerber dadurch überschaubare und ohne weiteres vertretbare Kosten anfallen würden.

319. Zum Beleg hierfür macht die Beschwerdeführerin geltend, dass bestimmte kleinere und regional tätige Fernmeldeunternehmen erhebliche Beträge in den Ausbau eigener Glasfasernetze investieren würden, weshalb sie gar nicht mehr auf einen Layer 1-Zugang zum Netz von Swisscom angewiesen seien.

320. Abschliessend erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die Gemeinden mit den geplanten und durchgeführten FTTH-Ausbauten mit Einfaser-Modell und P2MP-Topologie praktisch durchwegs sehr zufrieden seien und keine Beanstandungen auftreten würden. Hierzu verweist sie auf verschiedene Erklärungen von Gemeindevertretern.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

321. Die Vorinstanz qualifiziert keinen der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Sachpunkte als ausreichenden Grund für eine objektive Rechtfertigung der vorgenommenen Einschränkung des Glasfaserstandards. Die hierfür vorgebrachten Aspekte werden im Rahmen der Würdigung durch das Gericht berücksichtigt.

(3) Würdigung durch das Gericht

322. Zur Feststellung der Erfüllung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin für den Wechsel vom Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie auf das Einfaser-Modell mit P2P-Topologie einen ausreichenden Sachgrund als Rechtfertigung geltend machen kann.

323. Grundsätzlich ist anerkannt, dass ein eigentlich wettbewerbswidriges Verhalten bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung im Einzelfall als zulässig erachtet werden kann. Voraussetzung hierfür sind das Vorliegen eines ausreichenden Sachgrunds und die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Im vorliegenden Fall stehen die nachfolgend abgehandelten Sachpunkte als Rechtfertigung zur Diskussion.

(a) Differenzierung zwischen Alleinbau und Baukooperationen

324. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 283), wonach kein schweizweites wettbewerbsrechtliches Grundsatzproblem vorliege, weil von den insgesamt über 1,6 Mio. FTTH-Anschlüssen nur eine sehr geringe Anzahl von {xxxx} Mio. FTTH-Anschlüssen - was einen Anteil von lediglich {4-[x]-10}% entspricht - vom Ausbau mit einer P2MP-Topologie betroffen sei, während die bereits errichteten über 1,5 Mio. FTTH-Anschlüsse mit P2P-Topologie auch weiterhin einen Layer 1-Zugang bereitstellen würden, ist irrelevant.

325. Zunächst ist hierzu festzustellen, dass nach den eigenen Verlautbarungen von Swisscom gemäss ihren Medienmitteilungen vom 4. Februar 2021 und vom 6. Februar 2020 die in Baukooperationen errichteten über 1,5 Mio. FTTH-Anschlüsse mit P2P-Topologie einen Anteil von rund 32% aller Anschlüsse in der Schweiz ausmachen. Mit der Netzbaustrategie 2020 soll dieser Anteil bis zum Jahr 2025 um rund 1,5 Mio. FTTH-

Anschlüsse mit P2MP-Topologie auf einen Anteil von rund 60% aller Anschlüsse annähernd verdoppelt werden. Swisscom will daher im Zeitraum der nächsten fünf Jahre die gleiche Anzahl an FTTH-Anschlüssen herstellen wie in den vorangegangenen zehn Jahren. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass bei einem Ausbau der restlichen Anschlüsse in der Schweiz zu einem FTTH-Anschluss wiederum zu einem wesentlichen Teil auf die P2MP-Topologie zurückgegriffen würde.

326. Angesichts dessen ist klarzustellen, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht bereits deshalb bedeutungslos ist und berechtigterweise durchgeführt werden kann, weil es nicht schweizweit ausgeübt, sondern aus welchen Gründen auch immer in einem Drittel des Landes unterlassen wird. Vielmehr ist das wettbewerbswidrige Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, von dem 2/3 der Endkunden aktuell oder potentiell betroffen sind, durch die Wettbewerbsbehörden ausnahmslos zu verfolgen und gegebenenfalls zu sanktionieren. Denn die Anwendung von Art. 7 KG setzt weder die Erfüllung eines Erheblichkeitsmerkmals noch die Verwirklichung einer sonstigen Anwendungsschwelle voraus (vgl. E. 590).

327. Auch der Verweis der Beschwerdeführerin auf die Anzeigerin (vgl. E. 285) verdeutlicht, dass diese bereits nach einer Umsetzung der Netzbaustrategie von nur zehn Monaten in {20-[xx]-30} der {100-[xxx]-130} Anschlusszentralen und damit in einem Umfang von 22% von dem Wegfall eines Layer 1-Zugangs betroffen ist. Demzufolge ist die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 284), wonach für die Anzeigerin und vergleichbare Fernmeldeunternehmen keine oder zumindest keine relevanten Nachteile durch die Netzbaustrategie 2020 entstehen würden, unzutreffend und nicht nachvollziehbar. Dabei ist es für die Beurteilung eines Layer 1-Zugangs zu den Teilnehmeranschlussleitungen für andere Fernmeldeunternehmen in den jeweiligen Anschlusszentralen entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 285) irrelevant, ob diese ihr Kundenpotential in anderen Anschlusszentralen schon ausgeschöpft haben oder nicht.

328. Letztlich ist ein Verweis auf den Stand der FTTH-Anschlüsse mit P2MP-Topologie auf Ende 2020 für die Beurteilung der Rechtslage offensichtlich bedeutungslos, wenn in den nächsten Jahren die rund 20-fache Anzahl an entsprechenden Anschlüssen hergestellt werden soll. Die Zahlenspielerie der Beschwerdeführerin verdeutlicht vielmehr, dass hiermit ausschliesslich der Versuch unternommen wird, die Bedeutung des nachteiligen Eingriffs auf den Wettbewerb zu verschleiern.

329. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin liesse sich allenfalls die Frage stellen, ob die Differenzierung zwischen einem Alleinbau und einer Baukooperation nicht zumindest eine implizite Grundlage für sämtliche Aspekte darstellen könnte, die von der Beschwerdeführerin als Rechtfertigung für eine Abweichung vom Glasfaserstandard geltend gemacht werden. Hierfür müsste diese Differenzierung allerdings notwendigerweise wiederum selbst bereits eine Rechtfertigung für eine Abweichung darstellen, um Berücksichtigung finden zu können. Ansonsten können Sachaspekte nur dann als Rechtfertigung dienen, wenn sie gleichermaßen sowohl bei ei-

nem Alleinbau als auch bei einer Baukooperation für eine Abweichung vom Glasfaserstandard sprechen.

330. Der Glasfaserstandard weist keine Differenzierung danach auf, ob der Bau des FTTH-Netzes im Alleinbau durch ein Fernmeldeunternehmen oder im Rahmen einer Baukooperation zwischen zwei Fernmeldeunternehmen erfolgt. Vielmehr ergibt sich aus den öffentlichen Verlautbarungen des Runden Tisches, dass solch einer Differenzierung keine Bedeutung zukommen kann.

331. Eine Berücksichtigung dieser Differenzierung ist schon deshalb ausgeschlossen, weil der Zweck des Runden Tisches in der Errichtung eines schweizweiten FTTH-Netzes mit einer offenen Wettbewerbsmatrix durch die Anwendung des Glasfaserstandards besteht. Die Verwirklichung dieses Zwecks würde offensichtlich unmöglich gemacht, wenn der Glasfaserstandard nur im Rahmen einer Baukooperation, nicht aber bei einem Alleinbau eingehalten werden müsste. Denn in diesem Fall könnten sich die Unternehmen einer Einhaltung des Glasfaserstandards einfach dadurch entziehen, dass sie das jeweilige FTTH-Netz im Alleinbau errichten.

332. Zudem könnte ein FTTH-Netz mit offener Wettbewerbsmatrix von vornherein nicht schweizweit errichtet werden, wenn jedes Fernmeldeunternehmen sein im Alleinbau errichtetes Netz nach eigenem Ermessen technisch ausgestalten könnte. Vielmehr würde dabei ein Flickenteppich aus unterschiedlich ausgestalteten FTTH-Netzen resultieren. Diesem drohenden Zustand widerspricht überdies die Einrichtung einer einheitlichen Bestellplattform im Rahmen des Runden Tisches, die einen einfachen Wechsel der Anschlussnehmer ermöglichen soll.

333. Aus wettbewerblicher Sicht sind auch keine Gründe ersichtlich, warum eine entsprechende Differenzierung vorzunehmen wäre. Entsprechende Gründe werden von der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht vorgebracht.

334. Die einzigen Gründe für eine solche Differenzierung, die von der Beschwerdeführerin angeführt werden, bestehen zum einen im Aspekt der Mehrkosten für die Errichtung eines FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard und zum anderen in den politischen Anforderungen an einen landesweiten Ausbau von FTTH-Netzen.

335. Die Mehrkosten für die Herstellung eines FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard gegenüber einem anderen AusgestaltungsmodeLL einschliesslich der Netzbaustrategie 2020 sind jedoch bereits im Kostenmassstab des Glasfaserstandards berücksichtigt. Denn im Rahmen des Runden Tisches wurden für die Umsetzung des Glasfaserstandards bei einem schweizweiten Ausbau Mehrkosten in Höhe von durchschnittlich 20% ausgewiesen und von den Fernmeldeunternehmen mit ihrer Zustimmung anerkannt (vgl. E. 480 ff.). Dabei hatte Swisscom diese Mehrkosten sogar ausdrücklich als marginal bezeichnet (vgl. E. 483). Dementsprechend stellen derartige Mehrkosten von vornherein keinen ausreichenden Sachgrund für die Rechtfertigung einer Abweichung vom Glasfaserstandard dar, weshalb sie prinzipiell auch als Grundlage für eine Differenzierung zwischen Alleinbau und Baukooperation ausscheiden.

336. Eine Heranziehung wäre nur für diejenigen Sachverhaltskonstellationen denkbar, bei denen die Mehr-

kosten tatsächlich über den Kostenmassstab des Glasfaserstandards hinausgehen und im Ergebnis eine Rechtfertigung für eine Abweichung bieten würden. In diesen Fällen müsste dann zusätzlich dargelegt und im Hauptverfahren nachgewiesen werden, warum die Mehrkosten zwar bei einem Alleinbau, nicht aber bei einer Baukooperation zu berücksichtigen wären. Denn nur dann wäre eine Differenzierung zwischen Alleinbau und Baukooperation vorzunehmen. Anhaltspunkte für das Vorliegen solcher Umstände liegen aber nicht vor und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht in konkreter Weise vorgebracht.

337. Die politischen Anforderungen an einen landesweiten Ausbau stellen einen versorgungs- und regionalpolitischen Aspekt dar, der im Rahmen einer wettbewerblichen Betrachtung keine Berücksichtigung findet (vgl. E. 339 f.) und daher auch keine Grundlage für eine Differenzierung zwischen Alleinbau und Baukooperation bildet.

338. Der Verweis der Beschwerdeführerin auf einen Alleinbau durch Swisscom stellt somit keine Rechtfertigung der durch die Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 vorgenommenen Einschränkung der technologischen Entwicklung dar.

(b) Berücksichtigung (regional-)politischer Forderungen

339. Die Beschwerdeführerin begründet ihr Vorgehen im Rahmen der Netzbaustrategie 2020 unter anderem mit der Erwartungshaltung und den - primär regionalpolitisch motivierten - Forderungen von Politik und Öffentlichkeit sowie mit den entsprechenden strategischen Vorgaben der Schweizerischen Eidgenossenschaft als Mehrheitsaktionär von Swisscom, möglichst rasch eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Hochbreitbandnetzen sicherzustellen (vgl. E. 303).

340. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 58 ff.), ist eine materielle Prüfung der Wettbewerbsmässigkeit eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG auf die Beurteilung der für den Wettbewerb massgeblichen Umstände beschränkt. Demgegenüber sind darüber hinausgehende sonstige gesellschaftspolitische Aspekte, wie etwa die regionale Versorgung mit bestimmten Produkten, Gegenstand der bundesrätlichen Ausnahmezulassung gemäss Art. 8 und 11 KG. Daher kommt weder (regional-)politischen Forderungen noch etwaigen Vorgaben des Mehrheitsaktionärs von Swisscom eine relevante Bedeutung für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts zu. Insbesondere bilden diese Forderungen oder Vorgaben von vornherein keinen Grund für die Rechtfertigung einer Einschränkung der technologischen Entwicklung.

341. Der Einwand der Beschwerdeführerin einer Berücksichtigung von (regional-)politischen Forderungen ist daher irrelevant.

(c) Internationale Entwicklung

342. Die Beschwerdeführerin verweist zur Rechtfertigung ihrer Netzbaustrategie 2020 auf der Grundlage einer P2MP-Topologie unter anderem auf die internationale Entwicklung bei der Netzarchitektur. Danach habe

sich die P2MP-Topologie als führendes Topologiemodell sowohl in den Staaten der Europäischen Union als auch weltweit mit grossem Abstand gegenüber der P2P-Topologie durchgesetzt (vgl. E. 304).

343. Die Beschwerdeführerin hat allerdings in keiner Weise darlegt, dass im Ausland ebenfalls ein Glasfaserstandard für den Ausbau und die Nutzung des Glasfasernetzes in Form eines Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie geschaffen worden war, welcher aufgrund der technischen Entwicklung zu Gunsten einer P2MP-Topologie aufgegeben wurde. Auch legt die Beschwerdeführerin nicht dar, dass in den genannten Staaten überhaupt eine Vereinbarung zwischen den massgeblichen Fernmelde- und Netzbauunternehmen über den Ausbau und die diskriminierungs- und monopolisierungsfreie Nutzung von FTTH-Netzen bestehen würde. Es ist daher davon auszugehen, dass im Ausland jedes Fernmelde- und Netzbauunternehmen nach eigenem Ermessen über die Ausgestaltung seines eigenen Glasfasernetzes entscheiden kann und auch entscheidet. Mangels eines geeigneten Instrumentariums ist der Ausbau der FTTH-Netze im Ausland demnach von vornherein nicht darauf ausgerichtet, Doppelspurigkeiten und Einschränkungen in der Nutzung von Glasfasernetzen durch dritte Fernmeldeunternehmen zu vermeiden.

344. Demnach wird der durch die angefochtene Verfügung erhobene Vorwurf, dass mit dem Einsatz einer P2MP-Topologie eine potentielle Monopolisierung der Fernmeldedienste durch den jeweiligen Netzbetreiber verbunden ist, mit einem Verweis auf die ausländische Entwicklung gerade nicht widerlegt, weil er angesichts der tatsächlichen Verhältnisse auch gegenüber den jeweiligen ausländischen Fernmeldeunternehmen erhoben werden kann.

345. Es ist daher davon auszugehen, dass in den übrigen Staaten der Europäischen Union und sonstigen Drittstaaten keine vergleichbare Ausgangslage wie in der Schweiz besteht. Deshalb ist eine Berücksichtigung der Entwicklungen im Ausland weder sachdienlich noch sachlich möglich.

346. Darüber hinaus ist im Hinblick auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein besonderer Aspekt zu berücksichtigen. Soweit Ausbauprojekte von FTTH-Netzen mit öffentlichen Mitteln subventioniert werden, ist beim Ausbau von FTTH-Netzen ein Open Access für andere Fernmeldeunternehmen durch die Sicherstellung eines Layer 1-Zugangs sicherzustellen. Da bei Ausbauprojekten von Swisscom nicht selten Investitionszuschüsse von Gemeinden und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften geleistet werden (vgl. E. 539 ff.), müssten diese FTTH-Netze demnach in jedem Fall mit einem Layer 1-Zugang ausgestaltet werden, wenn ein entsprechender Rechtsvergleich massgeblich wäre.

347. Der Verweis der Beschwerdeführerin auf die internationale Entwicklung bei der Netzarchitektur ist daher für die Beurteilung einer ausreichenden Rechtfertigung für ihr Vorgehen irrelevant.

(d) Berücksichtigung des FTTS-Netzes von Swisscom

348. Die ganz zentrale und wesentliche Argumentation der Beschwerdeführerin für eine vorrangige Umsetzung

des Einfaser-Modells mit P2MP-Topologie besteht darin, dass für den Bau neuer FTTH-Netze die bereits bestehenden FTTS-Netze von Swisscom im Bereich zwischen Anschlusszentrale und Strassenverteiler genutzt werden könnten. Die Nutzung dieser FTTS-Netze bilde auch die Grundlage für das Einsparungspotential, das sich in Bezug auf die Kosten und die Herstellungszeit gegenüber dem Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie ergeben würde, weil bei diesem eine entsprechende Nutzungsmöglichkeit der FTTS-Netze nicht vorhanden sei (vgl. E. 292 f.).

349. Vor einer inhaltlichen Prüfung des Einwands eines tatsächlich vorhandenen Einsparungspotentials (vgl. E. 473) stellt sich allerdings zunächst die grundlegende Frage, ob eine Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes als möglicher Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung des Glasfaserstandards überhaupt zu beachten ist. Diese Frage ist aus mehreren Gründen zu verneinen, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

(i) Grundlage

350. Der Grund für die unterschiedliche Verwendungsmöglichkeit des bestehenden FTTS-Netzes für den Ausbau eines P2MP-Netzes oder eines P2P-Netzes besteht im Wesentlichen darin, dass die Leitung für jeden Teilnehmeranschluss zwischen Anschlusszentrale und Gebietsverteiler nur eine Glasfaser umfasst. Mit dieser einen Glasfaser kann das Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie einschliesslich einer PON-Struktur aufgebaut werden, weil in den Gebietsverteilern lediglich die passiven Splitter zur Aufteilung der unterschiedlichen Signale installiert und keine zusätzlichen Glasfasern verlegt werden müssen. Für die Herstellung des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie müssten allerdings für jeden Teilnehmeranschluss weitere drei Glasfasern verlegt sowie aktive Übertragungskomponenten samt Stromanschluss im Anschlussnetz installiert werden.

351. Im FTTS-Netz ist zwar auch eine gewisse Anzahl an Reservefasern vorhanden. Entgegen dem Vorhalt der Vorinstanz erhebt die Beschwerdeführerin allerdings den Einwand, dass diese Anzahl nicht ausreiche, um ein Vierfaser-Modell mit vier unabhängigen Glasfasern für jeden Teilnehmeranschluss herzustellen, weil die Reservefasern durchschnittlich weniger als 10% der Teilnehmeranschlussleitungen einer Anschlusszentrale ausmachen würden.

352. Darüber hinaus erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass weitere praktische Erschwerungsgründe einer Umsetzung eines Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie entgegenstehen würden (vgl. E. 290). Zum einen seien Kapazitätsengpässe in den bestehenden Rohrleitungen vorhanden, welche eine Aufnahme der notwendigen Anzahl an Glasfasern bei Einbau von vier Glasfasern für jeden Teilnehmeranschluss ausschliessen. Zum anderen beständen die Gebietsverteiler vielfach nicht aus oberirdischen Kabelverteilerkästen, sondern aus unterirdischen Kanalschächten, welche von Swisscom bereits für das Kupferkabelnetz genutzt worden seien. Diese Kanalschächte würden aufgrund ihrer räumlichen Ausgestaltung die notwendigen aktiven Übertragungskomponenten vielfach nicht aufnehmen können. Zudem würde die für aktive Komponenten notwendige Stromversorgung mit grossem Aufwand gegen-

über einer wiederkehrenden Überflutung dieser Schächte abgesichert werden müssen. Der Umzug der technischen Anlagen von den unterirdischen Kanalschächten in oberirdische Kabelverteilerkästen würde wiederum voraussetzen, dass die notwendigen Grundstücke oder Grundstücksrechte zur Aufstellung dieser Kabelverteilerkästen erworben werden müssten. Bei insgesamt mehr als 70'000 Kanalschächten handle es sich hierbei um einen enormen Aufwand, weshalb eine Umrüstung der FTTS-Netze auf ein Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie wesentlich höhere Kosten verursachen würde.

353. Im Parallelverfahren macht die Beschwerdeführerin dementsprechend geltend, dass bei einer Einhaltung des Glasfaserstandards die Aufwendungen für die Herstellung der FTTS-Netze vollständig verloren seien, weil dessen Ausbau zum Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie aufgrund der physischen Ausgestaltung ausgeschlossen sei. Vielmehr müsste hierfür das Leitungssystem vollständig neu gebaut werden mit der Folge von ganz erheblichen Mehrkosten.

(ii) Widersprüchlichkeit des Einwands

354. Der geltend gemachte Einwand einer Berücksichtigung des FTTS-Netzes steht von vornherein in einem unauflösbaren Widerspruch zum Einwand der Beschwerdeführerin einer Überlassung von Kabelkanalisationen. Danach soll keine Notwendigkeit zur Verfügungstellung eines Layer 1-Zugangs für andere Fernmeldeunternehmen gegeben sein, weil diesen die Möglichkeit einer erweiterten Zugangsmöglichkeit als Substitutionsprodukt offenstehen würde, indem sie von dem gesetzlich vorgesehenen Anspruch auf Überlassung von freien Kabelkanalisationen Gebrauch machen und eigene Glasfaserleitungen im Leitungsnetz von Swisscom ziehen könnten (vgl. E. 315 f., 406 ff.).

355. Im Rahmen der Instruktions- und Vergleichsverhandlung wurde festgestellt, dass in den Anschlusszentralen jedenfalls bis zu 12 Fernmeldeunternehmen präsent sind. Der Einwand einer Überlassung von Kabelkanalisationen setzt demnach voraus, dass mindestens bis zu 12 Glasfasern in die bestehende Kabelkanalisation des FTTS-Netzes eingezogen werden, weil bis zu 12 Fernmeldeunternehmen mindestens eine Glasfaser für jeden Teilnehmeranschluss einrichten könnten. Demzufolge müsste es auch ohne Schwierigkeiten möglich sein, dass Swisscom zur Erfüllung des Glasfaserstandards vier Glasfasern für jeden Teilnehmeranschluss in seine bestehende Kabelkanalisation des FTTS-Netzes einziehen kann. Wenn dies aber der Fall wäre, dann bedarf es offensichtlich keiner Anpassung der Kabelkanalisation für die Herstellung eines FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard. Demzufolge würde der Einwand der Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes gar keine Relevanz erlangen.

356. Dieser Widerspruch führt dazu, dass beide Einwände der Beschwerdeführerin als unglaubwürdig zu qualifizieren sind. Dies hat zur Folge, dass beide Einwände für die Beurteilung der Rechtslage irrelevant sind.

357. Die weiteren Ausführungen zum Einwand einer Berücksichtigung des FTTS-Netzes erfolgen daher nur der Vollständigkeit halber, um aufzuzeigen, dass auch

keine sachliche Begründung für diesen Einwand vorhanden ist.

(iii) Gleichheitswidrigkeit des Einwands

358. Der Einwand der Beschwerdeführerin einer Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes korreliert mit der Sachfrage, ob und allenfalls inwieweit ein Kostenvergleich zwischen dem Glasfaserstandard und einer abweichenden Technologievariante entweder - entsprechend der Ansicht der Vorinstanz - auf der Grundlage eines sog. Greenfield-Ansatzes durchzuführen und für die Beurteilung ein allgemein-gültiger Kostenvergleich unabhängig von der konkreten Netzlage eines Fernmeldeunternehmens zu berücksichtigen ist, oder ob die konkrete Netzlage eines Fernmeldeunternehmens - entsprechend der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 294) - als massgebliche Ausgangslage heranzuziehen ist, weil nur dann die tatsächlich vorhandenen Restriktionen der jeweiligen Infrastruktur auch Berücksichtigung finden.

359. Die Netzlage umfasst dabei den jeweils vorhandenen oder fehlenden Vorbestand eines Telekommunikationsnetzes sowie dessen allfälligen Ausbauzustand als Ausgangspunkt für die Herstellung eines FTTH-Netzes.

360. Für einen Kostenvergleich zwischen einem Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie und einem Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie ergeben sich bei einer allgemeinen Kostenbeurteilung aufgrund eines Greenfield-Ansatzes keine massgeblichen Differenzen, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen würden, weil die meisten Kostenfaktoren einschliesslich der Erdarbeiten in gleicher Weise anfallen. Dies wird von der Beschwerdeführerin ausdrücklich selbst eingeräumt (vgl. E. 294).

361. Der Einwand der Beschwerdeführerin würde aus Gründen einer Gleichbehandlung voraussetzen, dass nicht nur im vorliegenden Einzelfall das von Swisscom erstellte FTTS-Netz, sondern darüber hinaus bei jedem Fernmeldeunternehmen, welches ein FTTH-Netz errichtet, die jeweils vorhandene konkrete Netzlage für die Durchführung eines Kostenvergleichs zwischen Glasfaserstandard und abweichender Technologievariante zu berücksichtigen wäre. Der Einwand der Beschwerdeführerin ist daher von vornherein nur dann beachtlich, wenn diese Berücksichtigung der Netzlage auch für alle Sachverhaltskonstellationen einer Herstellung von FTTH-Netzen Geltung beanspruchen könnte.

362. Würde man die jeweilige Netzlage für die Herstellung eines FTTH-Netzes berücksichtigen, hätte dies offensichtlich zur Folge, dass nicht ein allgemeingültiger, genereller Kostenvergleich für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Abweichung vom Glasfaserstandard mittels einer Technologievariante massgebend wäre, sondern jeweils ein individueller Kostenvergleich aufgrund des jeweils vorhandenen oder fehlenden Vorbestands eines Kommunikationsnetzes.

363. Individuelle Kostenvergleiche würden wiederum zwangsläufig die weitere Folge nach sich ziehen, dass bei dem einen Fernmeldeunternehmen die Beurteilung zur Anerkennung einer bestimmten Technologievariante als zulässige Abweichung vom Glasfaserstandard führt, während bei dem anderen Fernmeldeunternehmen kei-

ne Anerkennung der Abweichung erfolgt. Deshalb könnten die einen Fernmeldeunternehmen eine Abweichung vom Glasfaserstandard vornehmen, während die anderen auch weiterhin verpflichtet wären, den Glasfaserstandard umzusetzen. Dieses Ergebnis könnte sogar für die Herstellung des gleichen FTTH-Netzes am selben Ort auftreten.

364. Das Ergebnis von individuellen Kostenvergleichen würde in der Praxis demnach in eine unterschiedliche Ausgestaltung von FTTH-Netzen münden.

365. Dabei würde sich dies zu Ungunsten von Fernmeldeunternehmen auswirken, die noch über kein Netz verfügen und daher in den Markt der Netzbetreiber eintreten wollen, weil bei einem vollständigen Neubau des Netzes keine relevanten Kostenunterschiede zwischen den beiden Netzarchitekturen bestehen. In gleicher Weise wären Fernmeldeunternehmen benachteiligt, die bereits zu einem früheren Zeitpunkt wesentliche Vorleistungen für die Herstellung eines standardmässigen FTTH-Netzes vorgenommen haben, weil dann die geringeren notwendigen Restinvestitionen zur Verwirklichung des Glasfaserstandards verpflichten würden. Demgegenüber würde dies Fernmeldeunternehmen begünstigen, die umgekehrt noch gar keine oder keine ordnungsgemässen Investitionen in ein FTTH-Netz vorgenommen haben oder deren bereits bestehendes Netz nicht ohne Weiteres zu einem FTTH-Netz ausgebaut werden kann.

366. Dies gilt insbesondere für Swisscom, wenn ihr bestehendes FTTS-Netz, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, nur einen Ausbau zu einem FTTH-Netz mit erheblichen Mehrkosten zulässt. Demzufolge würde Swisscom offensichtlich gegenüber örtlichen oder regionalen Fernmeldeunternehmen, welche mittels eines Neubaus ein FTTH-Netz errichten wollen, begünstigt.

367. Umgekehrt macht die Beschwerdeführerin im Hinblick auf das «Modell SFN» - das von der Vorinstanz als mögliche Technologievariante qualifiziert wird und bei der SFN Layer 1-Grosshandelsprodukte vermarktet - gerade geltend, dass für die Netzpartner der SFN eine ganz andere Ausgangslage beim Glasfaserausbau bestehen würde. Da diese nur regional oder lokal tätig seien, könnten diese den Netzausbau von Grund auf so planen, dass sie über viele Glasfasern verfügen, die ein Layer 1-Angebot erst ermöglichen würden. Deren oberirdische Kabelverteilerkästen und Trafostationen seien einfacher zugänglich und würden in der Regel mehr Platz aufweisen. Diese Faktoren würden SFN begünstigen und ihr ein Geschäftsmodell ermöglichen, das auf Grosshandelsangebote mit einem Layer 1-Zug ausgerichtet sei.

368. Ganz offensichtlich widerspricht es der Gewährleistung einer offenen Wettbewerbsmatrix mit einem diskriminierungs- und monopolisierungsfreien Zugang zum FTTH-Netz als Zweck des Glasfaserstandards im Vorfeld Ungleichheiten zwischen den Fernmeldeunternehmen durch die Berücksichtigung von individuellen Netzlagen herbeizuführen, die eine unterschiedliche Ausgestaltung des jeweiligen FTTH-Netzes ermöglichen würden. So wurde von der Kommunikationskommission z.B. öffentlich bekannt gegeben, dass alle Anbieter zu gleichen Bedingungen und auf verschiedenen Netzebenen

Zugang zum Glasfasernetz erhalten müssen (COM-COM, 6.10.2009, Zwischenbericht 1). Diese Gleichheit des Zugangs setzt auch eine Gleichheit bei der Errichtung eines eigenen FTTH-Netzes als primären Zugang zum Glasfasernetz voraus. Daher sind sowohl beim Zugang als auch bei der Errichtung eines Glasfasernetzes keine individuellen, sondern nur allgemeingültige, d.h. aus der Sicht eines unabhängigen Dritten sachgerechte objektive Vorstellungen und Ansprüche zu berücksichtigen.

369. Dementsprechend ist es auch widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin für die rechtliche Beurteilung eines Zugangs zu ihrem Netz einerseits geltend macht, dass individuelle Vorstellungen und Geschäftsmodelle anderer Fernmeldeunternehmen keine Berücksichtigung finden dürfen, während sie andererseits beim Ausbau ihres Netzes geltend macht, dass ihre spezifische individuelle Netzlage gegenüber derjenigen von anderen Fernmeldeunternehmen für die Kostenbeurteilung massgebend sein soll.

370. Darüber hinaus ist aber auch kein sachlicher Grund ersichtlich, warum in die Durchführung eines Kostenvergleichs zwischen Glasfaserstandard und abweichender Technologievariante ein Bonus- bzw. Malusfaktor wegen der individuellen Netzlage eines Fernmeldeunternehmens einzustellen wäre. Insbesondere besteht keine sachgerechte Erklärung dafür, warum Unternehmen, die auf eine ordnungsgemässe Erstellung von FTTH-Netzen hinarbeiten, letztlich auf eine Umsetzung des Glasfaserstandards zu verpflichten wären, während Fernmeldeunternehmen, die überhaupt keine Vorleistungen vorgenommen oder die den Glasfaserstandard bei allfälligen Vorleistungen nicht berücksichtigt haben, gerade in den Genuss einer Möglichkeit zur Abweichung von diesem Glasfaserstandard kommen sollten. Auch die Beschwerdeführerin hat keinen derartigen allgemeinen Grund angeführt.

371. In diesem Zusammenhang ist gleichfalls auch nicht ersichtlich, warum ein Fernmeldeunternehmen, das höhere Kosten für den Ausbau eines FTTH-Netzes aufbringen muss, weil seine bestehende Netzlage weniger geeignet ist für einen derartigen Ausbau, mit einer kostengünstigen Abweichung vom Glasfaserstandard belohnt werden sollte gegenüber einem Fernmeldeunternehmen, das weniger Kosten für den Ausbau eines FTTH-Netzes benötigt, weil seine Netzlage hierfür besser geeignet wäre. Denn massgeblich für eine Umsetzung des Glasfaserstandards ist im Interesse der Endkunden die möglichst kostengünstige Herstellung eines FTTH-Netzes bei guter Netzlage und nicht ein kosten trächtiger Ausbau bei schlechter Netzlage und schon gar nicht ein mehrfacher Ausbau bei schlechter Netzlage.

372. So ist z.B. nicht ersichtlich, warum Swisscom noch mit der Möglichkeit für eine kostengünstige Abweichung vom Glasfaserstandard belohnt werden sollte, wenn sie mit einem höheren Aufwand ihr nicht geeignetes FTTS-Netz in den Bereichen der Netzpartner von SFN, deren Netze sogar nach Angaben der Beschwerdeführerin wesentlich besser für einen Layer 1-Zugang geeignet sind, ausbauen würde.

373. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 294) ist daher ein Greenfield-Ansatz für einen

Kostenvergleich zu Grunde zu legen und im Rahmen einer Beurteilung ein allgemein-gültiger Kostenvergleich zwischen Glasfaserstandard und abweichender Technologievariante anzuwenden. Dadurch wird auch der Einwand der Beschwerdeführerin einer Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes zwangsläufig irrelevant.

(iv) Vorsätzliche Ignorierung des Glasfaserstandards

374. Aufgrund der von der Beschwerdeführerin selbst vorgebrachten Tatsachen ist festzustellen, dass Swisscom ihr FTTS-Netz nicht entsprechend den Vorgaben des vereinbarten Glasfaserstandards als Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie zwischen Anschlusszentrale und Strassenverteiler ausgestaltet, sondern in Abweichung hiervon derartig ausgebaut hat, dass es nach eigener Darstellung in keiner Weise für die Errichtung eines FTTH-Netzes Verwendung finden kann.

375. Im Parallelverfahren wird von der Beschwerdeführerin dabei bestätigt, dass diese Abweichung vorsätzlich erfolgt ist. Danach sei das Stammnetz für den FTTS/FTTB-Rollout dimensioniert und gebaut worden. Bei der Dimensionierung sei sowohl die Erschliessung der Micro-Cans für FTTS/FTTB als auch der «spätere Ausbau auf FTTH P2MP berücksichtigt» worden (Anm.: Hervorhebung angefügt). In anderem Zusammenhang wird geltend gemacht, dass der Netzausbau in Sissach mit einem FTTS- bzw. FTTB-Netz die Vorinvestitionen für einen späteren FTTH-Ausbau darstellen, welcher von Swisscom nunmehr umgesetzt werde. Da der FTTS-Ausbau nicht für die Herstellung des Glasfaserstandards genutzt werden kann, erfolgte auch der Ausbau in Sissach daher ebenfalls als Vorinvestition in ein FTTH-Netz mit P2MP-Topologie und nicht als Vorinvestition in ein FTTH-Netz gemäss Glasfaserstandard.

376. Aufgrund des eigenen Vorbringens der Beschwerdeführerin ist demzufolge davon auszugehen, dass Swisscom im Hinblick auf die Errichtung eines FTTH-Netzes - entgegen ihrer ausdrücklichen und öffentlich erklärten Zustimmung zu den Vereinbarungen des Runden Tisches - zu keinem Zeitpunkt die Absicht hatte, den Glasfaserstandard mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie ausserhalb von Baukooperationen zu erfüllen.

377. Im vorliegenden Zusammenhang einer summarischen Beurteilung der angeordneten vorsorglichen Massnahme kann dahingestellt bleiben, ob es sich bereits bei dieser Ausgestaltung des FTTS-Netzes um einen Verstoß gegen den vereinbarten Glasfaserstandard und damit um eine Einschränkung der technischen Entwicklung gemäss Art. 7 KG gehandelt hat oder ob Swisscom ungeachtet ihrer ausdrücklichen Zustimmung zum Glasfaserstandard die Entscheidungsfreiheit und damit die Möglichkeit zukam, vorgängig zur Errichtung eines ordnungsgemässen FTTH-Netzes noch ein anderes unterschiedliches Glasfasernetz mit abweichender Netzarchitektur aufzubauen.

378. Jedenfalls ist das bestehende FTTS-Netz aufgrund der fehlenden standardgemässen technischen Ausgestaltung weder als ordnungsgemässe Vorstufe noch als ordnungsgemässer Bestandteil des gemäss Glasfaserstandard herzustellenden FTTH-Netzes zu qualifizieren.

379. Dementsprechend lassen sich entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 293) allfällige

Kosten- und Zeiteinsparungen nicht mit dem Hinweis darauf begründen, dass sich diese nur bei einem Ausbau des FTTS-Netzes zu einem Glasfasernetz mit Ein-faser-Modell und P2MP-Topologie, nicht aber bei einem Ausbau gemäss Glasfaserstandard ergeben.

380. Vielmehr hat Swisscom ganz bewusst und gewollt ihr FTTS-Netz in Abweichung vom Glasfaserstandard und in Kenntnis der fehlenden Nutzbarkeit dieser Abweichung für einen Ausbau gemäss Glasfaserstandard hergestellt. Demzufolge hat Swisscom auch die Folgen eines solchen unterschiedlichen Ausbaus bewusst in Kauf genommen. Wenn Swisscom es daher aus irgendwelchen Gründen für angebracht gehalten hat, zunächst ein Glasfasernetz aufzubauen, das aufgrund seiner konkreten Ausgestaltung später gar keine Verwendung für die Herstellung eines ordnungsgemässen FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard findet, so kann sie sich später nicht auf einen Mehraufwand berufen, weil das FTTS-Netz hierfür gerade nicht genutzt werden kann.

381. Aus dem gleichen Grunde ist es entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 295) auch unerheblich, ob es sich bei den Kosten für die Herstellung des FTTS-Netzes um sog. versunkene, d.h. nicht wieder amortisierbare Kosten handelt, weil die Investitionen für das FTTS-Netz durch die Notwendigkeit zur Herstellung eines ordnungsgemässen FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard vollständig verloren sind. Denn mit dem vorsätzlichen Ausbau des FTTS-Netzes in vollständiger Abweichung vom Glasfaserstandard ohne spätere Möglichkeit eines weiteren Ausbaus hat Swisscom diese Folge offensichtlich bewusst in Kauf genommen.

382. Der Einwand der Beschwerdeführerin einer Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes ist daher auch aufgrund der vorsätzlichen Ignorierung des Glasfaserstandards beim vorgängigen Ausbau des früheren Kupferkabelnetzes durch Swisscom irrelevant.

(v) Widersprüchlichkeit der Sachgründe

383. Darüber hinaus ergibt sich angesichts der geltend gemachten Ursachen auch aus sachlichen Gründen ein sachlogischer Widerspruch im Vorbringen der Beschwerdeführerin, der den Einwand einer Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes ausschliesst.

384. Die von der Beschwerdeführerin aufgeführten Sachpunkte der fehlenden Platzkapazitäten für den Einzug zusätzlicher Glasfasern, der Notwendigkeit zur Herstellung von Stromleitungen und zur Absicherung gegen Überflutung hinsichtlich der Kanalschächte sowie die Probleme zur alternativen Herstellung von oberirdischen Kabelverteilerkästen, die heute gegen einen Ausbau des FTTS-Netzes mit einer P2P-Topologie geltend gemacht werden (vgl. E. 352), waren offensichtlich bereits bei Abschluss der Vereinbarungen zum Runden Tisch vorhanden. Denn die Beschwerdeführerin verweist darauf, dass die Kanalschächte seit der Zeit des Kupferkabelnetzes und damit vor Abschluss des Glasfaserstandards bestanden hätten; dabei kann im Rahmen einer summarischen Betrachtung dahingestellt bleiben, ob alle der genannten Kanalschächte bereits früher bestanden oder auch in Kenntnis von deren Unzulänglichkeit erst später errichtet wurden und ob sich die gesamte Anzahl auf

den Bau der verbleibenden Glasfasernetze bezieht oder das bereits erstellte FTTH-Netz mit einbezieht. Demnach waren Swisscom die aufgeführten Probleme des FTTS-Netzes für den Ausbau zu einem FTTH-Netz mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie bereits bei Abschluss des Glasfaserstandards und völlig unabhängig von späteren Technologievarianten bekannt. Deshalb musste Swisscom zum Zeitpunkt ihrer ausdrücklichen Zustimmung zum Glasfaserstandard davon ausgegangen sein, dass entweder (1) dem Mehraufwand für eine Verlegung von vier Glasfasern mit einer Stromversorgung in unterirdischen Kanalschächten und Kabelkanalisationen keine relevante tatsächliche Bedeutung zukommt, oder (2) dass eine sachgerechte und ausreichend kosteneffiziente Möglichkeit zur Behebung der nunmehr vorgetragenen Probleme besteht, oder (3) dass allfällige Mehrkosten für den Ausbau der eigenen Kanalschächte- und Kabelkanalisationen durch die Möglichkeit ausgeglichen wird, aufgrund des Glasfaserstandards mittels Anmietung oder durch Betreiberkooperationen den Zugang zur Infrastruktur der Energieversorgungsunternehmen in den städtischen Gebieten zu erlangen.

385. Letztlich wird dies auch durch die konkreten Kostenaussagen ihrer eigenen Kostenanalyse bestätigt, die Swisscom anlässlich ihrer Zustimmung zum Glasfaserstandard abgegeben hat. So wurde der gesamte Mehraufwand für die Verlegung von vier Glasfasern für jeden Teilnehmeranschluss von Swisscom sogar ausdrücklich als marginal bezeichnet und damit als unbedeutender Aspekt ausgewiesen (vgl. E. 483). Die Kosten des Stammnetzes wurden nur mit 15% der Gesamtkosten für die Herstellung eines FTTH-Netzes mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie qualifiziert (vgl. E. 497). Dieser Kostenanalyse muss zwangsläufig entweder eine komplette Neuerstellung des Stammnetzes oder eine Verwendung des bisherigen Leitungsnetzes einschliesslich der bestehenden unterirdischen Kanalschächte und Kabelkanalisationen zu Grunde gelegt worden sein. Jedenfalls lässt sie keinen Rückschluss darauf zu, dass Zusatzkosten für die Beseitigung von unzureichenden Kanalschächten oder Kabelkanalisationen ein grösseres Problem dargestellt haben können. Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch bei einer Umgestaltung des FTTS-Netzes zu einem Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie zusätzliche Trassenarbeiten im Stammnetz erforderlich werden können, was durch eine von der Beschwerdeführerin selbst eingereichten Kostenanalyse für ein Glasfasernetz in Mammern TG bestätigt wird (vgl. E. 521). Daher stehen die nunmehr erhobenen Einwände eines substantiellen und unverhältnismässigen Mehraufwands für die Herstellung eines FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard durch die Beschwerdeführerin in einem offensichtlichen Widerspruch zu den früheren Feststellungen von Swisscom zum gleichen Thema. Deshalb sind die Vorbringen der Beschwerdeführerin auch nicht glaubhaft.

386. Jedenfalls umfasst die von Swisscom vorgenommene Zustimmung zu den Vereinbarungen des Runden Tisches für den Ausbau des FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard demzufolge auch allfällige individuelle Zusatzkosten auf Seiten von Swisscom, die sich bei ihr aufgrund von besonderen Problemen beim Einsatz von bereits vorhandenen Kanalschächten und Kabelkanali-

sationen für die Erstellung eines FTTH-Netzes ergeben sollten.

387. Überdies ist es angesichts dieser ausdrücklich erklärten Zustimmung widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich, nunmehr diese Zusatzkosten als Begründung für eine Abweichung vom Glasfaserstandard geltend zu machen.

388. Der Einwand der Beschwerdeführerin einer Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes ist daher auch im Hinblick auf die geltend gemachten sachlichen Ursachen irrelevant.

(vi) *Unterlaufen von allgemeinen Industriestandards*

389. Des Weiteren steht die Ausgangslage schon aus grundsätzlichen Erwägungen dem Einwand einer Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes entgegen.

390. Würde ein derartiges Vorgehen nämlich anerkannt werden, käme dem Glasfaserstandard wie auch allen sonstigen Industriestandards einschliesslich von freiwilligen Selbstbindungen der Industrie keinerlei Bedeutung mehr zu, weil deren Inhalte ohne Weiteres umgangen werden könnten. Denn entgegen den jeweiligen offiziellen Zusagen könnte ein beteiligtes Unternehmen eine beliebige, ihm genehme inhaltlich abweichende Variante umsetzen, um zu einem späteren Zeitpunkt einfach geltend zu machen, dass die Umsetzung des vereinbarten Industriestandards nun nicht mehr möglich sei, weil dies einen höheren Aufwand gegenüber einer Ausgestaltung unter Heranziehung des tatsächlich hergestellten standardwidrigen Zustands erfordere.

391. Zudem widerspricht das Vorgehen eines Unternehmens, bei dem in Widerspruch zu einer ausdrücklich erklärten Zustimmung zu einem anerkannten Industriestandard dennoch eine abweichende individuelle technische Umsetzung vorgenommen und anschliessend eine Unmöglichkeit der korrekten Umsetzung dieses Industriestandards unter Verweis auf allfällige Mehrkosten geltend gemacht wird, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und ist demzufolge als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.

392. Diese Überlegungen gelten insbesondere auch im vorliegenden Zusammenhang. Swisscom hat sich ausdrücklich öffentlich für eine Umsetzung des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie ausgesprochen, wie sich unzweifelhaft aus ihrer Pressemitteilung vom 9. Dezember 2008 ergibt. Im Übrigen hat Swisscom die Umsetzung des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie im Rahmen der Verhandlungen des Runden Tisches sogar gegenüber dem von den Energieversorgungsunternehmen zunächst favorisierten Einfaser-Modell unterstützt. Ungeachtet dessen hat Swisscom selbst einen Ausbau seines bestehenden Leitungsnetzes zu einem FTTS-Netz vorsätzlich so vorgenommen, dass dadurch gleichzeitig eine Umsetzung des Glasfaserstandards verunmöglicht wurde. Denn damit wurde, wie die Beschwerdeführerin selbst dargelegt hat (vgl. E. 375), letztlich die Ausrichtung auf eine spätere Umwandlung in ein Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie verfolgt.

393. Der Einwand der Beschwerdeführerin einer Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes ist daher

auch wegen des damit verbundenen Unterlaufens eines Industriestandards irrelevant.

(vii) Fazit Berücksichtigung des FTTS-Netzes

394. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Einwand, wonach für die Beurteilung der Herstellung eines FTTH-Netzes das bestehende FTTS-Netz im Hinblick auf das dabei zu erzielende Einsparungspotential zu berücksichtigen sei, ist aufgrund der summarischen Prüfung von vornherein irrelevant, weil dieser Aspekt aus verschiedenen sachlichen Gründen jedenfalls nicht als möglicher Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung des Glasfaserstandards herangezogen werden kann.

395. Zudem ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Notwendigkeit einer Berücksichtigung des bestehenden FTTS-Netzes für die Herstellung eines FTTH-Netzes aus Kosten- und Effizienzgründen auch als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren und daher auch deswegen irrelevant.

(e) Substitutionsprodukte

396. Von der Beschwerdeführerin wird der Einwand erhoben, dass verschiedene Substitutionsprodukte als adäquate, sachlich gleichwertige Produkte für einen Layer 1-Zugang zu einem FTTH-Netz vorhanden seien.

(i) BBCS

397. Die Beschwerdeführerin macht geltend (vgl. E. 301), dass auf Grosshandelsebene mit dem Layer 3-Produkt «BBCS» ein für andere Fernmeldeunternehmen valables Produkt vorhanden sei, welches das Layer 1-Produkt «ALO» gleichwertig ersetzen könne. BBCS werde daher auch von vielen Fernmeldeunternehmen genutzt.

398. Die Beschwerdeführerin räumt allerdings auch ein, dass die anderen Fernmeldeunternehmen für BBCS mehr als für ALO bezahlen und sogar einige Vorgaben in technischer Hinsicht in Kauf nehmen müssten.

399. Für die Gegenüberstellung von BBCS und ALO sind verschiedene Aspekte von massgeblicher Bedeutung.

400. Bei ALO nutzt das andere Fernmeldeunternehmen eine einzelne Glasfaser zwischen der jeweiligen Anschlusszentrale und dem Teilnehmeranschluss. Die Übergabe der Glasfaser in der Anschlusszentrale von Swisscom auf das andere Fernmeldeunternehmen ermöglicht diesem, eigene, originär konzipierte Dienstleistungen auf der Teilnehmeranschlussleitung zu erbringen, die zudem individuell auf den jeweiligen Anschlussnehmer zugeschnitten werden können. Dadurch ist es einem anderen Fernmeldeunternehmen möglich, die massgeblichen Leistungsdaten einer Glasfasernutzung durch den jeweiligen Kunden (Geschwindigkeit, Menge, Preis, Bereitstellungsdauer und Servicequalität), welche wiederum die massgeblichen Wettbewerbsparameter der Fernmeldedienste darstellen, eigenständig zu definieren. Infolgedessen kann ein anderes Fernmeldeunternehmen den Kunden des jeweiligen Markts auch bessere Leistungsdaten als Swisscom anbieten. Den anderen Fernmeldeunternehmen wird daher auf den Märkten der Fernmeldedienste eine Produktdifferenzierung ge-

genüber Swisscom als konkurrierende Anbieterin von gleichen Fernmeldediensten ermöglicht, die letztlich die massgebliche Grundlage für wirksamen Wettbewerb bildet. Um diese Gestaltungsfreiheit wahrnehmen zu können, muss ein anderes Fernmeldeunternehmen allerdings auch die technische Ausrüstung in den jeweiligen Anschlusszentralen selbst einrichten und die damit verbundenen höheren Kosten aufwenden.

401. Demgegenüber kann das andere Fernmeldeunternehmen bei der Nutzung von BBCS lediglich die Leistungskriterien der jeweils von Swisscom ausgestalteten Produktvarianten von BBCS anbieten. Insbesondere kann es einem Kunden keine besseren Leistungsdaten anbieten als Swisscom mit den eigenen Produkten. Denn beim Bezug von BBCS dockt ein Fernmeldeunternehmen an einem nationalen Serviceübergabepunkt an das Transitnetz von Swisscom an und bezieht eine fertig konfigurierte Dienstleistung, mit der eine Leitung von Swisscom vermittelt wird, mittels der die Fernmeldedienste vom anderen Fernmeldeunternehmen gegenüber seinem jeweiligen Kunden erbracht wird. Das andere Fernmeldeunternehmen handelt daher in gewissem Sinne als Wiederverkäufer der Produkte von Swisscom. Dementsprechend muss das Fernmeldeunternehmen aber auch nicht in jeder Anschlusszentrale, sondern nur an einem nationalen Serviceübergabepunkt eingerichtet werden, wodurch sich wiederum Kosteneinsparungen bei der eigenen technischen Infrastruktur ergeben.

402. Vor diesem Hintergrund ist BBCS entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht als Substitutionsprodukt für ALO zu qualifizieren. Im Übrigen entspricht dies auch der gleichen Beurteilung, die bereits im Rahmen der Abgrenzung des relevanten Markts vorgenommen wurde (vgl. E. 217 ff.).

403. Dabei können auch die zwischen den Parteien strittigen Aspekte dahingestellt bleiben, welche Preisgestaltung für ALO und BBCS massgeblich ist, ob die massgebliche Preisgestaltung sachgerecht ist oder nicht, und ob die massgebliche Preisgestaltung auf die Einwirkung des Preisübersichters zurückzuführen ist oder nicht. Denn zum einen steht die Preisgestaltung ohnehin immer unter dem Vorbehalt einer Überprüfung ihrer Angemessenheit aufgrund des Kartellgesetzes oder des Preisüberwachungsgesetzes. Zum anderen kann auch eine angemessene Preisgestaltung die Einschränkung nicht kompensieren, dass einem Fernmeldeunternehmen die Möglichkeit genommen wird, bessere Leistungsdaten auf dem Markt anzubieten und damit in einen echten Wettbewerb mit Swisscom einzutreten. Denn gerade dieser Aspekt soll im Rahmen des Glasfaserstandards durch die Festlegung des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie gewährleistet werden. So bleibt es anderen Fernmeldeunternehmen bei BBCS schon verwehrt, für den Kunden günstigere Dienstleistungen zu einem früheren Zeitpunkt als Swisscom anzubieten.

404. Der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach BBCS als Layer 3-Produkt ein Substitutionsprodukt für ALO als Layer 1-Produkt darstelle, ist daher unbegründet.

405. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 302) ist es im vorliegenden Zusammenhang zudem irrelevant, ob gewisse Fernmeldeunternehmen

von Swisscom statt einer ALO lediglich BBCS-Produkte beziehen. Die Auswahl zwischen einem Bezug von ALO oder einem Bezug von BBCS beruht auf einer individuellen Entscheidung eines Unternehmens, die es unter Berücksichtigung seiner konkreten wirtschaftlichen Lage, Tätigkeiten und Ziele vorzunehmen hat. Dabei kann durchaus auch eine sachliche Begründung für den Bezug von BBCS vorliegen. Das Vorhandensein derartiger individueller Entscheidungen zu Gunsten von BBCS stellt allerdings von vornherein keinen Nachweis dafür dar, dass die zu treffenden Entscheidungen immer zu Gunsten von BBCS ausfallen würden und daher ein Bezug von ALO ausgeschlossen werden könnte.

(ii) *Freie Kabelkanalisationen*

406. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand (vgl. E. 315 ff.), dass den anderen Fernmeldeunternehmen aufgrund des gesetzlich vorgesehenen Anspruchs auf den Einzug von eigenen Kabeln im Leitungsnetz von Swisscom gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG erweiterte Zugangsmöglichkeiten zustehen würden, weshalb die Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs zum FTTH-Netz von Swisscom gar nicht notwendig sei.

407. Dieser Aspekt stellt von vornherein keine sachliche Begründung für eine Abweichung vom Glasfaserstandard dar, weil diese erweiterte Zugangsmöglichkeit aus verschiedenen Gründen kein Substitutionsprodukt für einen Layer 1-Zugang darstellt.

408. Wie die Wettbewerbskommission zutreffend festgehalten hat, ergibt sich bereits ein unauflösbarer Widerspruch zwischen diesem Einwand und einem anderen zentralen Einwand der Beschwerdeführerin. Danach soll der zentrale Grund für die Notwendigkeit einer Abweichung vom Glasfaserstandard gerade darin bestehen, dass die vorhandenen Rohrleitungen keine ausreichenden Platzkapazitäten für die Aufnahme der Vielzahl an Glasfasern aufweisen würden, die für ein Vierfasermodell mit P2P-Topologie notwendig seien (vgl. E. 352). Wenn es allerdings bereits Swisscom unmöglich sein sollte, aufgrund der eingeschränkten Platzverhältnisse ein Topologiemodell mit vier Glasfasern für jeden Teilnehmeranschluss zu verwirklichen, dann ist es von vornherein ausgeschlossen, dass alle anderen Fernmeldeunternehmen eine eigene Leitung im Rohrleitungsnetz von Swisscom verlegen können. Denn wie anlässlich der Instruktions- und Vergleichsverhandlung festgestellt wurde, sind die einzelnen Anschlusszentralen jeweils von bis zu 12 anderen Fernmeldeunternehmen besetzt. Wenn demnach bereits keine vier Glasfasern für jeden Teilnehmeranschluss in die vorhandenen Kabelkanalisationen eingezogen werden können, dann ist es offensichtlich ausgeschlossen, dass dies für bis zu 12 Glasfasern bewerkstelligt werden kann.

409. Dieser Widerspruch führt dazu, dass beide Einwände der Beschwerdeführerin als unglaubwürdig zu qualifizieren sind mit der Folge, dass beide für die Beurteilung der Rechtslage irrelevant sind. Die weiteren Ausführungen erfolgen daher nur der Vollständigkeit halber.

410. Die erweiterte Zugangsmöglichkeit zur Kabelkanalisation steht in Widerspruch zum Zweck des Glasfaserstandards, durch die Gewährleistung einer offenen Wettbewerbsmatrix mit einer diskriminierungs- und mo-

nopolisierungsfreien Zugangsmöglichkeit zum Glasfasernetz eine kostenintensive Duplizierung von Infrastrukturen zu vermeiden. Selbst wenn man unterstellt, dass für alle am Markt tätigen Fernmeldeunternehmen ausreichende Rohrleistungskapazitäten vorhanden wären, würden durch die Verlegung eigener Leitungen weitere Glasfasernetze und damit eine Duplizierung der Infrastruktur erfolgen. Die erweiterten Zugangsmöglichkeiten würden daher gesamthaft zu einer Kostenvervielfachung und nicht zu einer Kostenreduzierung führen, weshalb sie unter Effizienzaspekten mangels notwendiger Erforderlichkeit von vornherein nicht als Rechtfertigungsgrund zu berücksichtigen sind.

411. Demzufolge ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 319), wonach auch kleinere und regional tätige Fernmeldeunternehmen erhebliche Beträge in den Ausbau einer eigenen Netzinfrastruktur investieren könnten und dies auch täten, weshalb ein Layer 1-Zugang zum Netz von Swisscom nicht erforderlich wäre, irrelevant.

412. Etwas Anderes würde nur dann gelten, wenn Swisscom in derartigen Fällen auf den Ausbau eines eigenen FTTH-Netzes verzichten würde. Anhaltspunkte für ein derartiges Vorgehen liegen jedoch nicht vor und die Beschwerdeführerin hat keine entsprechenden Erklärungen abgegeben. Vielmehr ist davon auszugehen, dass gegebenenfalls eher Doppelspurigkeiten in Kauf genommen werden. Dies belegt zum Beispiel der jüngst publik gewordene Sachverhalt in der Gemeinde Sissach (Basellandschaftliche Zeitung, 22.05.2021, www.bzbasel.ch/basel/baselland/swisscom-und-elektra-sissach-am-sissacher-glasfasernetz-scheiden-sich-die-Geister-Id.2140595). Bereits in den parlamentarischen Beratungen zur letzten Revision des Fernmeldegesetzes wurde angemerkt, dass in den Gemeinden, in denen aufgrund von lokalen Initiativen FTTH-Netze geplant werden, Swisscom dann auch mit eigenen Ausbauplänen in Erscheinung tritt und dies zu einer Duplizierung der Infrastruktur führt.

413. Darüber hinaus setzt der Anspruch der anderen Fernmeldeunternehmen zur Nutzung von Rohrleitungen des Netzbetreibers voraus, dass überhaupt entsprechende Rohrleitungskapazitäten tatsächlich frei sind. Dabei geht es aber nicht nur um freie Kapazitäten in punktuellen Einzelfällen, sondern auch um die Möglichkeit für ein anderes Fernmeldeunternehmen, ein regionales, überregionales oder sogar landesweites Angebot gegenüber den Endkunden auf den Weg zu bringen. Daher geht der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die punktuellen Bedürfnisse der anderen Fernmeldeunternehmen (vgl. E. 318) auch von vornherein fehl. Jedenfalls ist unter Berücksichtigung der vorgenannten Aspekte nicht davon auszugehen, dass entsprechende Kapazitäten frei verfügbar sind. Die Beschwerdeführerin hat auch keine gegenteiligen konkreten Darlegungen vorgebracht.

414. Die erweiterte Zugangsmöglichkeit zur Kabelkanalisation stellt daher von vornherein keine sachgerechte Alternative zum Glasfaserstandard dar, sondern ist nur eine Ausweichmöglichkeit für besondere Einzelfälle. Deshalb ist die allgemeine Rechtfertigung einer Abwei-

chung vom Glasfaserstandard mittels der erweiterten Zugangsmöglichkeit von vornherein ausgeschlossen.

415. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 316) ist es demzufolge auch irrelevant, ob und inwieweit dieses Angebot durch andere Fernmeldeunternehmen genutzt wird.

(iii) Zugang zum Hausnetz

416. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand (vgl. E. 315 ff.), dass den anderen Fernmeldeunternehmen aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Ansprüche gegenüber den Liegenschaftseigentümern und den Netzbetreibern auf Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt sowie auf Mitbenutzung der für die fernmeldetechnische Übertragung bestimmten gebäudeinternen Anlagen gemäss Art. 35b FMG erweiterte Zugangsmöglichkeiten zustehen würden, weshalb die Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs zum FTTH-Netz von Swisscom gar nicht notwendig sei.

417. Auch dieser Aspekt stellt aus verschiedenen Gründen von vornherein keine sachliche Begründung für eine Abweichung vom Glasfaserstandard dar.

418. Streitgegenstand dieses Verfahrens bildet die Abweichung vom Glasfaserstandard durch Swisscom aufgrund ihrer Netzbastrategie 2020. Die Netzbastrategie weist gegenüber dem Glasfaserstandard für den Ausbau des Stammnetzes zwischen Anschlusszentrale und Gebietsverteiler eine andere Netzarchitektur auf. Für das Verteilnetz zwischen Gebietsverteiler und Gebäudeeinführungspunkt hat Swisscom ausdrücklich bestätigt, dass dieses entsprechend dem Glasfaserstandard mit dem Vierfaser-Modell und P2P-Topologie ausgebaut wird (vgl. E. 498). Für das Hausnetz bestehen keinerlei Hinweise, dass eine Abweichung vom Glasfaserstandard erfolgen soll. Aufgrund des Umstands, dass mit dem Verteilnetz vier Glasfasern an ein Gebäude herangeführt werden, ist davon auszugehen, dass diese dann auch im Hausnetz fortgeführt werden. Ansonsten würde die Verlegung von vier Glasfasern im Verteilnetz von vornherein keinen Sinn machen.

419. Für die Beurteilung, ob ein Layer 1-Zugang für andere Fernmeldeunternehmen innerhalb des Stammnetzes besteht oder nicht, weist der Aspekt, ob anderen Fernmeldeunternehmen ein gesetzlich vorgesehener oder sonstiger Zugang zum Hausnetz ab Gebäudeeinführungspunkt offensteht, keine Bedeutung auf. Daher ist der Einwand der Beschwerdeführerin irrelevant.

(f) Technologieanpassung

420. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand (vgl. E. 305), dass eine Ausgestaltung des Glasfasernetzes mit einer P2MP-Topologie auf Grundlage ihrer Netzbastrategie 2020 der neuesten und anerkannten technologischen Entwicklung entsprechen würde. Deshalb sei ein entsprechender Wechsel der Netzarchitektur mit einer Abweichung vom Glasfaserstandard sachgerecht.

(i) Voraussetzung

421. Zur Rechtfertigung für ein Abweichen von einem bestehenden Industriestandard ist es grundsätzlich denkbar, auf eine technologische Entwicklung abzustellen, die erst nach seiner Festlegung eingetreten ist.

422. Denn aufgrund von technischen Neuerungen können sich im Laufe der Zeit Alternativen zu einem allgemeinen Industriestandard ergeben, die zum Zeitpunkt von dessen Festlegung entweder noch gar nicht bekannt waren oder deren konkrete Anwendung zumindest nicht bekannt oder absehbar war. Deshalb konnte eine Umsetzung dieser Alternativen mit der Festlegung des allgemeinen Industriestandards auch nicht ausgeschlossen werden. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Neuerungen auf neu entwickelte Verfahren, Geräte oder einzelne Gerätekomponenten beziehen.

423. Im Sinne einer Technologieanpassung kann daher auch eine adäquate technologische Alternative als sachgerechte Technologievariante einen inhaltlichen Rechtfertigungsgrund für eine formale Einschränkung eines festgelegten allgemeinen Industriestandards darstellen.

424. Als Voraussetzungen für die Qualifizierung einer technischen Neuerung als Technologieanpassung haben die folgenden grundlegenden Kriterien zu gelten: (i) Zweckbindung: Der Zweck des Standards muss auch durch die Alternative erfüllt werden; (ii) Einsatzbindung: die Einsatzmöglichkeiten für die Abnehmer der jeweiligen Alternative müssen mit denjenigen des allgemeinen Standards übereinstimmen; (iii) Kompatibilitätsbindung: die Kompatibilität zum allgemeinen Standard muss gewährleistet sein, um einen problemlosen industrieweiten Einsatz der Alternative neben dem allgemeinen Standard gewährleisten zu können; (iv) Vorteilsbindung: soweit die Alternative gewisse Nachteile im Hinblick auf deren Zweck, Einsatz oder Kompatibilität gegenüber dem allgemeinen Standard aufweist, muss sie für die anderen Marktteilnehmer zwingend solche Vorteile aufweisen, welche diese Nachteile deutlich überwiegen. Ansonsten bedarf es keines Abweichens von dem festgelegten allgemeinen Standard. Denn allein der Eintritt gewisser individueller Vorteile für ein marktbeherrschendes Unternehmen durch die Umsetzung einer technologischen Alternative stellt keine ausreichende Begründung dafür dar, dass die übrigen Marktteilnehmer in Abkehr vom allgemeinen Standard eine insgesamt nachteilige Änderung der Bedingungen ihrer Marktteilnahme hinnehmen müssen.

425. Die Festlegung des Glasfaserstandards wurde durch den Runden Tisch vorgenommen, um durch eine sachgerechte Ausgestaltung des Glasfasernetzes dessen wettbewerbsneutrale, d.h. nicht monopolisierende und diskriminierungsfreie Nutzung durch alle aktuellen und potentiellen Fernmeldeunternehmen für einen langen Zeitraum von 30 bis 50 Jahren sicherzustellen. Dabei wurde das Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie als massgebliche Netzarchitektur gerade deswegen ausgewählt, um auch in Zukunft allfälligen technischen Neuerungen gerecht werden zu können.

426. Dieser Ansatz umfasst entsprechend des ihm innewohnenden Zwecks allerdings nicht nur gewisse inhaltliche Detailanpassungen des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie als massgebliches Architekturmodell, sondern auch eine grundsätzliche Abänderung des massgeblichen Architekturmodells selbst. Die Festlegung eines bestimmten Architekturmodells im Rahmen des Glasfaserstandards für den Ausbau und die Nutzung

von Glasfasernetzen kann deshalb selbst auch keine absolute Geltung für den vom Runden Tisch vorgesehenen Zeitraum von 30 bis 50 Jahren beanspruchen. Soweit daher ein neues Architekturmodell entwickelt wird, welches die vorstehend genannten Voraussetzungen einer Technologieanpassung erfüllt, kann das bisher bestehende Architekturmodell auch um ein neues Modell erweitert und letztlich durch dieses ersetzt werden.

427. Bei einem Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie lassen sich konkrete einzelne Glasfasern zwischen Anschlusszentrale und dem jeweiligen Teilnehmeranschluss systembedingt physisch identifizieren und dementsprechend auch einer Nutzung durch unterschiedliche Fernmeldeunternehmen zuordnen. Dieser Aspekt bildet gerade die massgebliche Grundlage für die Sicherstellung eines uneingeschränkten Wettbewerbs zwischen den Fernmeldeunternehmen, weil für jeden Teilnehmeranschluss durch dessen Inhaber eine individuelle Auswahl des Dienstleisters im Telekommunikationsbereich vorgenommen werden kann. Dadurch ergibt sich eine offene Wettbewerbsmatrix für alle aktuell und potentiell vorhandenen Konkurrenten in diesem Wirtschaftsbereich (vgl. E. 69).

428. Diesem Ansatz einer offenen Wettbewerbsmatrix im Bereich der Glasfasernetzinfrastruktur liegt die Vereinbarung des Runden Tisches zu Grunde. Entgegen der Ansicht und Darstellung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 311) handelt es sich hierbei demnach nicht um das singuläre und individuell beliebige Geschäftsmodell eines einzelnen Fernmeldeunternehmens wie der Anzeigerin oder sonstiger einzelner Fernmeldeunternehmen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 311) kann der Zugang zum Glasfasernetz durch die Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs oder zumindest einer adäquaten Alternative für ein Fernmeldeunternehmen daher auch nicht einfach als unangemessene Forderung qualifiziert werden.

429. Von einer zulässigen Technologieanpassung im Bereich der Ausgestaltung des Glasfasernetzes ist demzufolge nur dann auszugehen, wenn durch die technischen Neuerungen auch der Ansatz einer offenen Wettbewerbsmatrix erhalten bleibt.

430. Demnach stellt sich im vorliegenden Zusammenhang die Frage, ob die unterschiedlichen Technologievarianten, deren Einsatz bei einer Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 von der Beschwerdeführerin im Rahmen des vorliegenden Verfahrens vorgestellt wurden, als adäquate Technologieanpassung zum bestehenden Vierfaser-Modell des Glasfaserstandards zu qualifizieren sind. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine dieser Technologievarianten dem Ansatz einer offenen Wettbewerbsmatrix entspricht.

(ii) Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie

431. Das von Swisscom ursprünglich vorgesehene einfache Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie bietet keine derartige offene Wettbewerbsmatrix für die entsprechend errichteten Glasfasernetze. Denn bei dieser Netzarchitektur hätten die anderen Fernmeldeunternehmen mit BBCS lediglich ein Layer 3-Produkt und nicht mehr ein Layer 1-Produkt beziehen können. Dies wird von der Beschwerdeführerin ausdrücklich selbst eingeräumt.

432. Wie vorstehend dargestellt wurde (vgl. E. 397 ff.), stellt BBCS auch kein Substitutionsprodukt, sondern ein anderes, nicht gleichwertiges Ersatzprodukt im Verhältnis zu einer ALO dar. Die übrigen Fernmeldeunternehmen sind daher von vornherein nicht in der Lage, ihre Fernmeldeprodukte eigenständig zu definieren und zu konfigurieren sowie gegenüber den Endkunden anzubieten.

(iii) Farbentbündelung / C-ALO

433. Auch die von Swisscom im Laufe des Verfahrens vorgestellte Anpassung des Einfaser-Modells mit P2PM-Topologie durch den Einsatz der sog. Farbentbündelung - bei der mit Hilfe des Wellenlängen-Multiplexverfahrens verschiedene Datenströme in Abhängigkeit der Wellenlänge bzw. der Farbe des Laserlichts erzeugt werden - und der Einführung des sich daraus ergebenden Produkts «C-ALO» führt nicht zur Herstellung einer offenen Wettbewerbsmatrix.

434. Beim Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie führt der Einsatz der Farbentbündelung mittels einer Aufteilung der unterschiedlichen Übertragungsspektren des Glasfaserkabels zur Herstellung verschiedener sog. PON-Bäume im Bereich des Stammnetzes zwischen Anschlusszentrale und Strassenverteiler. In den Strassenverteilern, die in oberirdischen Verteilkästen oder unterirdischen Kanalschächten untergebracht sind, werden die Teilnehmeranschlussleitungen des Verteilernetzes mittels Splittern den verschiedenen Übertragungsspektren und damit den einzelnen PON-Bäumen zugeordnet. Die einzelnen Farbspektren bzw. PON-Bäume können in der Anschlusszentrale wiederum unterschiedlichen Fernmeldeunternehmen zugewiesen werden. Dadurch ergeben sich durchgehende Teilnehmeranschlussleitungen, die je nach Belegung des PON-Baums und des damit verbundenen Farbspektrums unterschiedlichen Fernmeldeunternehmen zugewiesen werden können. In einem PON-Baum werden bis zu 64 Teilnehmeranschlussleitungen zusammengefasst.

435. Zunächst wurde die Farbentbündelung in der angefochtenen Verfügung als valable technologische Alternative zur Herstellung eines sachgerechten Layer 1-Zugangs dargestellt. Aufgrund von weiteren Marktabklärungen im Laufe des Verfahrens qualifiziert die Wettbewerbskommission diese Technologievariante mittlerweile allerdings nicht mehr als taugliche Alternative zur Gewährleistung eines Layer 1-Zugangs für andere Fernmeldeunternehmen.

436. Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin diese Technologievariante zunächst im Rahmen ihrer Beschwerdeschrift als sachlich untaugliche Technologievariante qualifiziert, weil sie eine technisch noch nicht marktfähige und kommerziell nicht massenmarktfähige Netzarchitektur aufweise, und deren Einsatz infolgedessen vehement abgelehnt (vgl. E. 306). Im Laufe des Verfahrens hat sie ihre Ansicht hierzu jedoch in gewissem Umfang geändert. Dabei hat sie auf Grundlage der Farbentbündelung das Produkt C-ALO entworfen und dies seit Mai 2021 auch am Markt angeboten. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sei die Farbentbündelung trotz weiterbestehender Vorbehalte gegenüber einer sachgerechten Umsetzung die einzige Technologievariante, welche unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten

überhaupt als Alternative zum einfachen Einfaser-Modell in Betracht zu ziehen wäre. Ungeachtet dessen hält die Beschwerdeführerin zusammenfassend ausdrücklich fest, dass es sich hierbei zumindest «um eine prüfens- und weiter verfolgenswerte Lösungsmöglichkeit» handle. Im Parallelverfahren wurde das Produkt C-ALO von der Beschwerdeführerin als «zurzeit erst teilweise marktreif» qualifiziert. Allerdings liege es letztendlich in der Natur der Sache, dass «die weiteren Marktgegebenheiten sowie die technologische Entwicklung nur bedingt vorhersehbar seien». Angesichts der unsicheren weiteren technologischen Entwicklungsschritte müssten daher «gewisse Vorbehalte gegenüber einer sachgerechten Umsetzung» eingeräumt werden.

437. Bei der Farbentbündelung und dem Produkt C-ALO besteht für andere Fernmeldeunternehmen grundsätzlich die Möglichkeit eines unmittelbaren Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung zwischen Anschlusszentrale und Teilnehmeranschluss.

438. Allerdings ergeben sich wesentliche Einschränkungen in der tatsächlichen Nutzung dieses Topologiemodells durch andere Fernmeldeunternehmen.

439. Zunächst bestehen bereits wesentliche Einschränkungen auf der Ebene der Zuordnung zu einem einzelnen Fernmeldeunternehmen. Denn ein einzelnes Farbspektrum bzw. ein einzelner PON-Baum kann nur einheitlich einem einzigen Fernmeldeunternehmen zugewiesen werden. Im Gegensatz zum Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie kann daher keine individuelle Zuordnung jeder einzelnen Teilnehmeranschlussleitung vorgenommen werden, sondern nur eine gruppenweise Zuordnung aller Teilnehmeranschlussleitungen, die durch den Splitter im Gebietsverteiler in einem PON-Baum zusammengefasst sind. Diese Netzarchitektur führt dazu, dass ein Fernmeldeunternehmen jeweils ein gesamtes Farbspektrum bzw. einen gesamten PON-Baum anmieten muss, um eine Teilnehmeranschlussleitung im jeweiligen Anschlussgebiet der Anschlusszentrale für einen Endkunden benutzen zu können.

440. Die bei einer P2MP-Topologie mit Farbentbündelung notwendige Anmietung eines ganzen PON-Baumes mit Zugang zu allen Teilnehmeranschlussleitungen eines Strassenverteilers führt bei der hierbei notwendigerweise zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Ausgestaltung für die Anbieter von Fernmeldediensten zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen als die Möglichkeit einer Anmietung einer einzigen Teilnehmeranschlussleitung innerhalb eines Gebietsverteilers beim Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie. Dabei ist davon auszugehen, dass letztlich nur ein grosses Fernmeldeunternehmen aufgrund seiner finanziellen Mittel eine Anmietung von ganzen Farbspektren bzw. PON-Bäumen vornehmen kann. Dies steht dem vorgegebenen Ansatz einer offenen Wettbewerbsmatrix entgegen, weil anderen Fernmeldeunternehmen die Möglichkeit zu einem Einstieg und der mittelfristigen Vergrößerung ihres Marktanteils durch den Einsatz von besseren Produkten und Innovationen verbaut wird und demnach kein ausreichender Wettbewerbsdruck für die Entstehung und Beibehaltung von wirksamem Wettbewerb vorhanden ist. Eine Auflösung dieser Sachproblematik wurde von der Beschwerdeführerin nicht aufgezeigt.

441. Eine weitere Einschränkung besteht auf der Ebene der Zuordnung der Farbspektren bzw. PON-Bäume unter den Fernmeldeunternehmen.

442. Denn eine Anmietung von einzelnen Farbspektren bzw. PON-Bäumen durch dritte Fernmeldeunternehmen ist nur in einer sehr begrenzten Anzahl möglich, weil auf einer einzelnen Leitung nicht beliebig viele Farbspektren bzw. PON-Bäume eingerichtet werden können. Aufgrund der übereinstimmenden Angaben der Parteien ist davon auszugehen, dass lediglich eine Aufteilung in vier Farbspektren bzw. PON-Bäume und damit eine Zuweisung an maximal vier Fernmeldeunternehmen möglich sind. Ob und inwieweit in Zukunft eine grössere Anzahl von PON-Bäumen errichtet werden kann, ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht absehbar.

443. Es ist daher ersichtlich, dass lediglich eine geringe Anzahl von Fernmeldeunternehmen überhaupt Berücksichtigung für eine Nutzung der Farbspektren bzw. PON-Bäume einer Anschlusszentrale finden kann. Auch dabei ist davon auszugehen, dass letztlich nur ein grosses Fernmeldeunternehmen, das eine flächendeckende Abdeckung anstrebt und auch bereits über einen entsprechenden potentiellen Kundenstamm verfügt, aufgrund seiner finanziellen Mittel vorgehend in allen Anschlusszentralen eine Anmietung von Farbspektren bzw. PON-Bäumen vornehmen könnte. Demgegenüber wäre ein solches Vorgehen den meisten anderen Fernmeldeunternehmen verwehrt. Da ihnen aufgrund der beschränkten Verfügbarkeit von Farbspektren bzw. PON-Bäumen eine spätere Ausdehnung der Geschäftstätigkeit verwehrt bliebe, könnten sie nur beschränkt auf gewissen Anschlusszentralen tätig sein. Zukünftige potentielle Konkurrenten könnten sogar überhaupt keinen Marktzugang mehr erwarten.

444. Im Rahmen der Instruktions- und Vergleichsverhandlung wurde von den Parteien übereinstimmend festgehalten, dass bei FTTH-Netzen auf der Basis des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie in den jeweiligen Anschlusszentralen eine unterschiedliche Anzahl von Fernmeldeunternehmen angeschlossen sind. Dabei reicht die Anzahl von einigen wenigen bis jedenfalls 12 Fernmeldeunternehmen. Demnach lassen sich bei Einsatz einer einzigen Glasfaser die notwendigen Farbspektren bzw. PON-Bäume für eine ausreichende Sicherstellung der bereits bestehenden Nachfrage von dritten Fernmeldeunternehmen gar nicht bereitstellen.

445. Damit wäre dieser Netzarchitektur das Prinzip «first come, first served» inhärent, wie es die Beschwerdeführerin im Parallelverfahren für die Technologievariante ALO on demand selbst formuliert hat. Da die Beschwerdeführerin bei dieser Alternative ausdrücklich festgestellt hat, dass deswegen die nachfolgenden Nachfrager zwangsläufig schlechter gestellt und diskriminiert würden, hat diese Einschätzung auch für die Netzbaustrategie 2020 mit Einsatz der Farbentbündelung zu gelten. Demzufolge kann diese Technologievariante die offene Wettbewerbsmatrix mit einem Layer 1-Zugang des Glasfaserstandards nicht ersetzen.

446. Zudem sind weitere nachteilige Aspekte der Farbentbündelung gegenüber dem Glasfaserstandard zu beachten.

447. Sobald vier Fernmeldeunternehmen jeweils einen PON-Baum angemietet haben, um gegenüber einem einzelnen Endkunden ihre eigenen Dienstleistungen erbringen zu können, werden sämtliche in einem PON-Baum zusammengefassten Teilnehmeranschlussleitungen für eine Anmietung durch andere Fernmeldeunternehmen blockiert. Dadurch besteht für jeweils bis zu 60 weitere Endkunden schon aus technischen Gründen überhaupt keine Möglichkeit mehr, eine eigenständige Auswahl des von ihnen bevorzugten Fernmeldeunternehmens und der von diesem angebotenen Telekommunikationsprodukte ausserhalb dieser vier Fernmeldeunternehmen vorzunehmen. Dies gilt letztlich für alle Endkunden, deren Teilnehmeranschlussleitung durch ein Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie statt ein Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie gemäss Glasfaserstandard an eine Anschlusszentrale angebunden sind. Ein wirksamer Wettbewerb auf dem Markt von Telekommunikationsprodukten für Endkunden wird durch die Farbentbündelung demnach wesentlich eingeschränkt. Insbesondere wird es einem Endkunden auch nicht möglich sein, einen neuen Anbieter, der seinen Markteintritt mit günstigen Angeboten gegenüber den Endkunden versehen würde, auszuwählen.

448. Im Rahmen des Verfahrens wurde von den Parteien übereinstimmend festgestellt, dass die für eine Anmietung und Überlassung von PON-Bäumen im Rahmen einer P2MP-Topologie notwendigen Übermittlungsgeräte zum jetzigen Zeitpunkt nicht massenmarktauglich sind, weil sie bislang zu teuer seien. Zwar ist davon auszugehen, dass sich diesbezüglich eine Preisverringerung einstellt, falls sich diese Technologie international durchsetzen sollte und daher aufgrund von Skaleneffekten die notwendigen Übermittlungsgeräte in höheren Stückzahlen hergestellt würden. Ob und inwieweit sich eine wesentliche Veränderung des Preisaspekts aufgrund einer entsprechenden Entwicklung der Praxis einstellen wird, konnte von den Parteien aber nicht abgeschätzt werden. Daher ist jedenfalls eine sachgerechte, zeitnahe Umsetzung der Farbentbündelung nicht gewährleistet.

449. Für alle in einem PON-Baum zusammengefassten Anschlussleitungen entfällt die Möglichkeit zu einer individuellen technischen Ausgestaltung. Die Erbringung von einzelnen spezifischen Endkundenangeboten wird im Gegensatz zum Glasfaserstandard daher ausgeschlossen. Die Gesamtkapazität der einzelnen Glasfaser im Stammnetz wird durch eine Farbentbündelung ebenfalls nicht erhöht, weshalb den in einem PON-Baum zusammengefassten Anschlussleitungen faktisch jeweils eine geringere Bandbreite zukommt als beim Glasfaserstandard.

450. Aufgrund dieser mehrfachen wesentlichen Einschränkungen kann auch das um den Aspekt der Farbentbündelung ergänzte Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie die offene Wettbewerbsmatrix des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie nicht sachgerecht ersetzen.

(iv) *Glasfaserpartnerschaft*

451. Die von der Beschwerdeführerin vorgestellte Glasfaserpartnerschaft, die bislang mit Salt als Kooperationspartner abgeschlossen wurde, kann entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 312 f.) eben-

falls nicht als sachgerechte Technologievariante für einen Ersatz des Glasfaserstandards qualifiziert werden.

452. Im Gegensatz zur vorstehend abgehandelten Variante der Farbentbündelung weist diese Technologievariante zwar den Unterschied auf, dass die jeweiligen Kooperationspartner von Swisscom im Rahmen des Gesamtpakets der wechselseitigen Kooperation ein langfristiges Nutzungsrecht an einer farbentbündelten Teilnehmeranschlussleitung erwerben, statt diese nur für einen kürzeren Zeitraum anzumieten. Die Möglichkeit einer langfristigen Anmietung von Glasfaserleitungen kann gegebenenfalls auch positive Wirkungen auf den Wettbewerb ausüben. Dies setzt allerdings voraus, dass alle anderen Fernmeldeunternehmen von dieser Möglichkeit ebenfalls diskriminierungsfrei Gebrauch machen können. Denn ansonsten wird bereits dadurch der Zugang zum FTTH-Netz faktisch einschränkt.

453. Das für die Glasfaserpartnerschaft verwendete Topologiemodell unterscheidet sich in technischer Hinsicht allerdings nicht von der Netzbaustrategie 2020 in der Adaption der Farbentbündelung. Vielmehr sieht es ebenfalls das Konzept der Anmietung ganzer PON-Bäume als Grundlage des Netzzugangs für die Kooperationspartner von Swisscom vor. Daher bestehen auch bei dieser Technologievariante die entsprechenden wesentlichen Einschränkungen der begrenzten Anzahl an Fernmeldeunternehmen, welchen dadurch der Zugang ermöglicht wird, und der Notwendigkeit zur Anmietung ganzer PON-Bäume.

454. In der Dokumentation zur Glasfaserpartnerschaft von Swisscom wird nämlich ausdrücklich festgehalten, dass in einem Gebiet maximal vier Fernmeldeunternehmen einschliesslich von Swisscom Zugang zum FTTH-Netz gemäss Netzbaustrategie 2020 erhalten könnten, weil nur vier PON-Bäume bestünden. Im Gegensatz zur ALO könnten auch keine einzelnen Anschlüsse überlassen werden. Die maximale Kapazität sei dabei erreicht, wenn neben Swisscom zwei landesweite Partnerschaften und jeweils noch eine regionale Partnerschaft eingerichtet würde. Die regionale Partnerschaft müsse sich typischerweise über mindestens ein Gemeindegebiet erstrecken und ein zusammenhängendes Gebiet definieren. Um eine effiziente Nutzung dieser Infrastruktur sicherzustellen, müsste die Nutzung koordiniert und langfristig geplant werden. Diese Anforderung würde wiederum eine langjährige Partnerschaft und entsprechende Projektverträge bedingen. Der Kooperationsvertrag, den Swisscom bislang abgeschlossen hat, weist eine sehr lange Mindestvertragslaufzeit von {14-[xx]-31} Jahren sowie die Möglichkeit einer optionalen Laufzeitverlängerung auf.

455. Damit können auch beim Zugang aufgrund einer Glasfaserpartnerschaft im jeweiligen FTTH-Netz neben Swisscom nur drei andere Fernmeldeunternehmen Berücksichtigung finden, was einer wesentlichen Einschränkung gleichkommt. Diese Einschränkung wurde bereits von der Wettbewerbskommission im laufenden Verfahren ausdrücklich moniert. Die Beschwerdeführerin ist diesem Einwand zwar mit weitschweifigen Ausführungen zur Richtigstellung mittels einer «Kontextklärung» begegnet, sie hat aber in der Sache gerade keine gegenteilige Erklärung abgegeben, dass an einer An-

schlusszentrale mehr als drei weitere Kooperationspartner angeschlossen werden können.

456. Letztlich bedeutet diese Einschränkung, dass die Glasfaserpartnerschaft noch stärkere nachteilige Einwirkungen auf die Stellung der anderen Fernmeldeunternehmen aufweist als die Technologievariante der Farbentbündelung. Da in den Anschlusszentralen, wie dargelegt, bereits heute bis zu 12 Fernmeldeunternehmen präsent sind, würden von vornherein jeweils 2/3 dieser Wettbewerber bei einer Umsetzung der Glaspartnerschaften verdrängt werden, weil sie schon aus technischen Gründen überhaupt keinen Zugang mehr erhalten könnten. Da aber darüber hinaus zwei von den drei zu vergebenden Zugängen für landesweit tätige Fernmeldeunternehmen reserviert sind, verbleibt infolgedessen in jeder Anschlusszentrale nur ein einziger Zugang für einen regionalen Anbieter. Demnach führt die Glasfaserpartnerschaft noch zu einer Verschärfung der Konkurrenzsituation für alle regionalen Anbieter. Auch die Beschwerdeführerin führt ausdrücklich an, dass die Glasfaserpartnerschaft vorab für grössere Marktakteure in Frage kommen dürfte.

457. Darüber hinaus ist der Zugang zu den einzelnen FTTH-Netzen für potentielle Konkurrenten aufgrund der sehr langen Laufzeiten faktisch ausgeschlossen. Die Technologievariante der Glasfaserpartnerschaft dürfte daher in jedem Fall zu einer Marktverschliessung führen.

458. Aufgrund dieser wesentlichen Einschränkungen kann auch die von Swisscom eingeführte Glasfaserpartnerschaft die offene Wettbewerbsmatrix des Vierfaser-Modells mit P2P-Architektur nicht sachgerecht ersetzen. Letztlich widerspricht eine Glasfaserpartnerschaft daher dem Zweck des Glasfaserstandards, ein schweizweites FTTH-Netz mit einer offenen Wettbewerbsmatrix zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs für alle aktuellen und potentiellen Wettbewerber.

459. Im Übrigen ist angesichts der vorgesehenen Rahmenbedingungen mit der Einräumung eines Nutzungsrechts an den Glasfasern, der vereinbarten Vergütung - mit der offensichtlich eine Amortisation des Netzbaus verbunden ist - und der sehr langen Laufzeit mit Verlängerungsoption auch nicht ersichtlich, welcher sachlich bedeutsame Unterschied eine rechtliche Differenzierung zwischen einer Glasfaserpartnerschaft und einer Baukooperation rechtfertigen würde. Die Beschwerdeführerin gibt selbst an, dass trotz des Fehlens von eigenen Assets eine Investition in die vollständige Netzinfrastruktur erfolgt und dabei nur ein etwas geringeres Geschäftsrisiko als gegenüber einer Baukooperation besteht.

460. Bei einer Baukooperation müsste ein FTTH-Netz gemäss Glasfaserstandard mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie errichtet werden. Diese Ausführung der Netzwerkarchitektur würde nach ausdrücklicher Erklärung der Beschwerdeführerin bei Baukooperationen auch in Zukunft von Swisscom eingehalten werden. Dadurch hätten alle anderen Fernmeldeunternehmen im Rahmen einer offenen Wettbewerbsmatrix einen Layer 1-Zugang zum FTTH-Netz, mit dem unmittelbar jede Leitung für einen einzelnen Teilnehmeranschluss dem Wettbewerb ausgesetzt ist.

461. Demgegenüber sollte nach Ansicht von Swisscom ein FTTH-Netz für eine Glasfaserpartnerschaft gemäss Netzbaustrategie 2020 mit Einfaser-Modell und P2MP-Topologie errichtet werden können. Dadurch würde es ermöglicht, dass ein Grossteil der regionalen Anbieter vom Zugang zu den jeweiligen regionalen FTTH-Netzen ausgeschlossen werden könnten. Denn aus technischen Gründen könnte neben Swisscom und zwei weiteren grösseren, landesweit operierenden Fernmeldeunternehmen nur noch jeweils ein regionales oder lokales Fernmeldeunternehmen in einer Anschlusszentrale angeschlossen werden. Dabei würde dieser Anschluss auch noch langfristig erfolgen. Unter diesen Umständen ist es offensichtlich, dass von den lokalen und regionalen Anbietern kein Wettbewerbsdruck auf die grösseren, landesweit operierenden Fernmeldeunternehmen ausgeübt werden könnte.

462. Demnach entsteht im Rahmen eines summarischen Verfahrens der Eindruck, dass der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Kooperationsvarianten darin besteht, dass bei den Glasfaserpartnerschaften drei grössere Fernmeldeunternehmen sich eines wirksamen Wettbewerbs von Seiten lokaler und regionaler Fernmeldeunternehmen entledigen könnten, was ihnen im Rahmen einer Baukooperation in derselben Weise von vornherein gar nicht möglich wäre.

463. Die Glasfaserpartnerschaft stellt unter Berücksichtigung aller vorstehend genannten Aspekte demzufolge keinen Rechtfertigungsgrund für die Anwendung der Netzbaustrategie 2020 und die damit verbundene Abweichung vom Glasfaserstandard dar.

(v) *Sonstige Technologievarianten*

464. Da die Netzbaustrategie 2020 einschliesslich der von Swisscom im Laufe des Verfahrens vorgenommenen Adaptionen keine tauglichen technologischen Varianten im Sinne einer Technologieanpassung darstellen, könnten demnach allenfalls die von der Wettbewerbskommission bezeichneten Alternativen als entsprechende Varianten zu qualifizieren sein.

465. Die Beschwerdeführerin macht allerdings ausdrücklich geltend, dass kein anderes technologisches Verfahren ein technisches und wirtschaftliches Konzept anbieten würde, welches der ebenfalls mit gewissen Nachteilen behafteten Farbentbündelung vorzuziehen wäre.

466. Insbesondere seien die von der Wettbewerbskommission angeführten Verfahren «Entbündelung ab Schacht», «Modell SFN» und «PON-Trees» jeweils aus unterschiedlichen Gründen als untaugliche Lösungen zu qualifizieren. Gleiches gelte im Ergebnis auch für die von der Wettbewerbskommission angeführten ausländischen Varianten «Open Fiber Italy» und «Openreach GB». Die von der Anzeigerin vorgebrachte Variante des «ALO on demand», bei der auf individuellen Antrag hin einzelne vorhandene Reservefasern zur Bereitstellung einer durchgehenden Teilnehmeranschlussleitung verwendet würden, liesse sich angesichts der begrenzten Anzahl an Reservefasern von vornherein nicht umsetzen. Zudem wäre diese Technologievariante unter anderem mit einem unvertretbaren hohen Aufwand in der praktischen Abwicklung verbunden, der allein zu Lasten von Swisscom ausfallen würde.

467. Vielmehr würden keine vertretbaren, verhältnismässigen und zielführenden sonstigen Umsetzungsvarianten zur Verfügung stehen, mit denen Swisscom der angeordneten vorsorglichen Massnahme zur Bereitstellung eines Layer 1-Angebots nachkommen könnte.

468. Demnach scheiden bereits aufgrund der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin sonstige Technologievarianten als eine anerkannte oder anzuerkennende Technologieanpassung aus.

469. Demzufolge bedarf es im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens, mit dem sich die Beschwerdeführerin gegen die Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs gemäss Glasfaserstandard wehrt, - im Gegensatz zum Parallelverfahren, mit dem die Anzeigerin die Feststellung einer bestimmten technischen Ausgestaltung als massgebliche Technologievariante begehrt - keiner weiteren Abklärungen und Einschätzungen, ob die von der Wettbewerbskommission angeführten Aspekte zur Umsetzung und zum praktischen Einsatz dieser Technologievarianten überhaupt glaubwürdig sind oder nicht.

470. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 309) ist es deshalb irrelevant, ob die Vorinstanz mit dem Nachschieben von potentiellen technologischen Alternativen im Verfahren den Versuch unternimmt, die angefochtene Verfügung zu retten. Auch dem Einwand (vgl. E. 309), dass aufgrund der fehlenden Sachkompetenz der Vorinstanz zur Beurteilung von technologischen Alternativen eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und mangels Befassung mit der Farbentbündelung vor Erlass der angefochtenen Verfügung eine Verletzung des Gehörsanspruchs vorgelegen habe, kommt daher keine Bedeutung zu.

471. Da zum einen das vorliegende Urteil nicht auf die von der Wettbewerbskommission durchgeführten Marktbefragungen im Verlaufe dieses Verfahrens abstellt und zum anderen die Zeitdauer für den Erlass des Urteils nicht in einem Zusammenhang mit der Durchführung dieser Marktbefragungen steht, liegt entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 310) weder eine Instrumentalisierung dieses Verfahrens noch dadurch eine Vorwegnahme des Hauptverfahrens vor. Infolgedessen ist es entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 310) auch irrelevant, falls die von der Vorinstanz durchgeführten Marktbefragungen zu den alternativen Technologien kein repräsentatives und umfassendes Bild abgeben sollten.

(vi) *Fazit Technologieanpassung*

472. Aufgrund des Fehlens einer Technologievariante, die einen sachgerechten Layer 1-Zugang zum FTTH-Netz gewährleistet, stellen die von Swisscom angekündigte und umgesetzte Netzbaustrategie 2020 sowie die von Swisscom vorgenommenen Adaptionen keine Technologieanpassungen dar, die eine Abweichung vom Glasfaserstandard rechtfertigen würden.

(g) *Einsparungspotential*

473. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand (vgl. E. 286 ff.), dass der Ausbau des Glasfasernetzes entsprechend ihrer Netzbaustrategie 2020 auf der Grundlage einer P2MP-Topologie angesichts der dabei unstrittig

zu erzielenden Einsparungen an Kosten und Zeit gegenüber dem Ausbau als Vierfaser-Modell mit einer P2P-Topologie gemäss Glasfaserstandard eine ausreichende sachliche Rechtfertigung darstelle, weil es sich aus betriebswirtschaftlichen Gründen um eine sachlich angemessene Geschäftsführung handle. Nach Darstellung der Beschwerdeführerin ergibt sich dabei angesichts der substantiellen unverhältnismässigen Mehrkosten ein sehr grosses Einsparungspotential, weshalb die Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 alternativlos sei.

(i) *Grundlage*

474. Die betriebswirtschaftlichen Effizienzgewinne eines marktbeherrschenden Unternehmens bilden allein grundsätzlich keine ausreichende Rechtfertigung für ein eigentlich wettbewerbswidriges Verhalten.

475. Grundsätzlich wäre es allerdings denkbar, dass bei der Herstellung eines Glasfasernetzes in die Beurteilung, welche der möglichen tauglichen Alternativen für die Ausgestaltung des jeweiligen Netzes aus sachlichen Gründen vorzuziehen ist, potentielle Zeit- und Kosteneinsparungen einfließen. Denn auch die anderen Fernmeldeunternehmen könnten von allfälligen Zeitgewinnen und Kosteneinsparungen profitieren.

476. Voraussetzung für eine Berücksichtigung wäre allerdings, dass die betriebswirtschaftlichen Effizienzgewinne auch tatsächlich an die Abnehmer der Leistungen weitergegeben werden. Hierfür wäre es wiederum notwendig, dass die anderen Fernmeldeunternehmen einen sachgerechten Zugang zum Netz erhalten. Damit korrelieren die Anforderungen an eine Berücksichtigung des Einsparungspotentials mit den Anforderungen an die Berücksichtigung einer Technologievariante.

477. Denn soweit mit dem Verweis auf das Einsparungspotential eine Abweichung von einem bereits bestehenden allgemeinen Industriestandard begründet werden soll, ist zu berücksichtigen, dass, wie dargelegt, die grundlegende Tauglichkeit der jeweiligen Alternative als Technologieanpassung gegeben sein muss. Gewisse Nachteile der Zweck-, Einsatz- und Kompatibilitätsbindung können im Rahmen der Vorteilsbindung durch ein allfällig bestehendes Einsparungspotential ausgeglichen werden. Hierfür muss ein relevantes Einsparungspotential diese Nachteile der jeweiligen Technologievariante deutlich übersteigen.

478. Vorliegend ist zu beachten, dass die Netzbaustrategie 2020 mit Anwendung der vorgesehenen P2MP-Topologie, wie dargelegt, keine Technologieanpassung des Glasfaserstandards darstellt, weil sie bereits die Voraussetzung der Zweckbindung nicht erfüllt. Daher stellt der Aspekt der Kosteneinsparung im vorliegenden Fall von vornherein keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund dar.

479. Die nachfolgenden Ausführungen zum Einsparungspotential ergehen daher nur der Vollständigkeit halber im Hinblick auf die Durchführung eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens, um eine unnötige, weil bloss formale Rückweisung durch das Bundesgericht zwecks Behandlung dieses Sachaspekts als Rechtfertigungsgrund durch das Bundesverwaltungsgericht zu vermeiden.

(ii) Kostenmassstab

480. Für eine Beurteilung des jeweiligen Einsparungspotentials ist zunächst der Kostenmassstab zu bestimmen. Hierbei handelt es sich um generelle oder spezifische Vorgaben, die in den massgeblichen Industriestandard eingeflossen sind.

481. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der Runde Tisch auch im Hinblick auf die Kosten, die bei einer P2P-Topologie anfallen, eine ausdrückliche Beurteilung vorgenommen hat. Danach ist bei einer Umsetzung des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie in der Schweiz von Mehrkosten in Höhe von 20% auszugehen. Dies wurde vom Präsidenten der Eidgenössischen Kommunikationskommission in einem Interview ausdrücklich festgehalten (vgl. COMCOM, 9.11.2009, Interview). Dabei wurde auch angesprochen, dass Swisscom zumindest ursprünglich sogar von einem Mehraufwand von 30% ausgegangen war.

482. Demzufolge haben die am Runden Tisch beteiligten Unternehmen einschliesslich von Swisscom jedenfalls eine Mehrbelastung in Höhe von 20% der Gesamtkosten als akzeptabel qualifiziert, um die Vorteile des Glasfaserstandards sicherstellen zu können. Es ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass eine entsprechende Entscheidung im Kreis der Industrieunternehmen mit ausgewiesener Expertise augenscheinlich nicht hätte getroffen werden können, wenn sie nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprochen hätte.

483. Hierzu hat Swisscom in ihrer Pressemitteilung vom 9. Dezember 2008 ausdrücklich festgestellt, dass die Ausführung eines Breitbandnetzes als Mehrfasernmodell nur marginal höhere Kosten verursache. Ein Mehraufwand von 20% wurde von Swisscom demzufolge nicht als relevanter, sondern als unbedeutender Aspekt im Hinblick auf die Verwirklichung eines Vierfaser-Modells mit einer P2P-Topologie qualifiziert.

484. Angesichts dieser Ausgangslage ist jedenfalls ein Mehraufwand von bis zu 20% für die Herstellung eines Glasfasernetzes als Vierfaser-Modell mit einer P2P-Topologie im Unterschied zu einem Einfaser-Modell mit einer P2MP-Topologie oder einer sonstigen Netzarchitektur, mit der ebenfalls keine offene Wettbewerbsmatrix sichergestellt wird, von vornherein irrelevant und rechtfertigt keine Abweichung vom Glasfaserstandard, weil ein entsprechender Mehraufwand im Rahmen des Glasfaserstandards bereits enthalten ist.

485. Da der Mehraufwand für die Herstellung eines entsprechenden Glasfasernetzes in der ganzen Schweiz mit dem Wert von 20% angegeben wurde, ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um einen Durchschnittswert handelt, weil die Herstellungsbedingungen offensichtlich nicht für alle Orte in der Schweiz identisch sind. Dies bestätigt die Beschwerdeführerin selbst mit ihrem Verweis darauf, dass der Aufwand für die Herstellung eines FTTH-Netzes massgeblich davon abhängt, wie viele Nutzungseinheiten jeweils mit kurzen Verbindungen angeschlossen werden könnten.

486. Dabei ist davon auszugehen, dass die Herstellungskosten in grösseren Städten am geringsten und in Randregionen am höchsten sind. Auch die Beschwerdeführerin führt im Vergleich zwischen den Orten Basel-

Stadt und Mammern TG aus, dass nicht von den Herstellungskosten an einem Ort auf eine landesweite Herstellung geschlossen werden könne, weil daraus ansonsten völlig unzutreffende, weil jeweils viel zu hohe oder viel zu tiefe Beträge resultieren würden.

487. Demzufolge ist davon auszugehen, dass der Mehrbetrag für die Umsetzung des Glasfaserstandards bei Orten mit den günstigsten Herstellungsbedingungen unter dem Durchschnittswert von 20% liegt und bei Orten mit den ungünstigsten Herstellungsbedingungen darüber. Für Randregionen ist demnach aufgrund einer summarischen Beurteilung davon auszugehen, dass die Mehrkosten für eine Umsetzung des Industriestandards wiederum im Durchschnitt wohl mindestens 30% betragen dürften.

488. Die Beschwerdeführerin hätte im vorliegenden Verfahren zur Rechtfertigung für eine Abweichung vom Glasfaserstandard aus wirtschaftlichen Gründen daher zumindest glaubhaft zu machen, dass das Einsparungspotential bei einem direkten Vergleich der Herstellungsvarianten in Randregionen über Werte von rund 30% hinausgeht und im Landesdurchschnitt dadurch mehr als 20% beträgt.

489. Demzufolge ist jedenfalls der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 297), wonach in jedem Fall eine sachliche Rechtfertigung für die Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 vorliegen würde, weil auch die angefochtene Verfügung feststelle, dass bei Herstellung eines Vierfaser-Modells immerhin ein Mehraufwand im einstelligen Prozentbereich anfallt, von vornherein unbegründet.

(iii) Kostenabschätzung

490. Aufgrund verschiedener Informationen, die von der Wettbewerbskommission und der Anzeigerin vorgelegt wurden, lässt sich eine grundlegende Kostenabschätzung im Hinblick auf die Herstellung eines Glasfasernetzes mit P2P-Topologie oder P2MP-Topologie vornehmen. Diese Kostenabschätzung stimmt auch mit den Angaben von Swisscom zu den anfallenden Kosten beim Glasfasernetzbau überein.

491. Im Planungsleitfaden Breitband, einer Studie des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie von Österreich vom März 2018 zur Planung und Errichtung von Glasfaserzugangnetzen, werden die Kosten für die Herstellung eines Glasfasernetzes im Anschlussbereich in folgender Weise aufgeschlüsselt: (1) Tiefbau: 60%; (2) Ortszentrale: 13%; (3) Lehrrohrsystem: 10%; (4) Faserverteiler: 5%; (5) Kabel: 4%; (6) Hausverkabelung: 6%; (7) Endgerät: 2%. Die Kostenverteilung beruht dabei auf der Annahme einer ungünstigen Ausbaukonstellation mit einer geringen Anschlussrate von 40% der Teilnehmeranschlüsse sowie einer vollständigen Tragung der Tiefbaukosten für den Bau des Glasfasernetzes (www.bmirt.gv.at/planungsleitfaden-outdoor_ua.pdf, zit. Planungsleitfaden, S. 27).

492. Der ganz wesentliche Teil der gesamten Herstellungskosten entfällt somit auf die Tiefbauarbeiten, worauf bereits BR LEUTHARD im Rahmen der parlamentarischen Beratungen hingewiesen hat (AB 2018 SR 13). Diese sind unabhängig von dem gewählten Topologiemodell prinzipiell in gleicher Weise auszuführen; dies

wird durch die Beschwerdeführerin im Parallelverfahren ausdrücklich bestätigt. Der Planungsleitfaden bezeichnet daher auch die enormen Tiefbaukosten als Haupthindernis für einen flächendeckenden Glasfaserausbau. Deswegen spricht er die Empfehlung aus, die Tiefbauarbeiten jeweils im Verbund mit anderen Infrastrukturmassnahmen umzusetzen, um dadurch die Investitionskosten erheblich zu senken. Auch die Herstellungskosten für die Ortszentrale, die Hausverkabelung und die Endgeräte im Umfang von 21% der Gesamtkosten fallen unabhängig vom jeweiligen Topologiemodell an. Demgegenüber machen die Kostenkomponenten in Form der Faserverteiler, Leerrohre und Kabel, bei denen sich Glasfasernetze mit verschiedenen Topologiemodellen unterscheiden können, den geringsten Teil des Aufwands in Höhe von 19% der Gesamtkosten aus. Da auch die Herstellung eines Glasfasernetzes mit Einfaser-Modell und einer P2MP-Topologie hinsichtlich dieser Kostenkomponenten nicht unentgeltlich erfolgen kann, führt eine allfällige Kosteneinsparung durch die Ausführung einer P2MP-Topologie von vornherein nicht zu einem Minderaufwand von über 20% der Gesamtkosten. Dementsprechend sieht der Planungsleitfaden auch vor, dass üblicherweise vier Fasern pro Teilnehmeranschluss verlegt werden sollten, weil die Faserkosten nur einen geringen Anteil an den Gesamtkosten eines Projekts ausmachen und dadurch ein diskriminierungsfreier Open Access-Ansatz unterstützt wird (BMVIT, Planungsleitfaden, 21). Der Planungsleitfaden empfiehlt daher als Glasfaserausbau ebenfalls das in der Schweiz als Glasfaserstandard festgelegte Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie.

493. Eine Vergleichsstudie zum Ausbau von Glasfasernetzen des Landratsamts Ostalbkreis in Zusammenarbeit mit der TKI Tele-Kabel-Ingenieursgesellschaft mbH aus dem Jahr 2015 (Glasfasernetzstrukturen, ein Vergleich zwischen PON und P2P, www.clearingstelle-bw.de/download/Studie/GPON.pdf, zit. Vergleichsstudie Ostalbkreis) veranschlagt die Kosteneinsparungen bei einem Ausbau im ländlichen Raum mit einer P2MP-Topologie statt einer P2P-Topologie mit 6,9% der Gesamtkosten. Diese Einsparung steige auf 10,4%, soweit eine bereits vorhandene Infrastruktur wie ein FTTS-Netz genutzt werden kann. Auch diese Vergleichsstudie bestätigt, dass die Kosteneinsparung durch eine Abweichung vom Glasfaserstandard deutlich unter 20% der Gesamtkosten zu veranschlagen ist.

494. Aufgrund dieser Angaben ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass in der Schweiz ein Mehraufwand von über 20% für die Verwirklichung eines Glasfasernetzes mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie und umgekehrt ein Minderaufwand von über 20% für die Verwirklichung eines Glasfasernetzes mit einem Einfaser-Modell und P2MP-Topologie weder im Durchschnitt für alle Landesgebiete noch allein für Randregionen angenommen werden kann.

495. Die Wettbewerbskommission macht geltend, dass aufgrund der Auskünfte von anderen Fernmeldeunternehmen und insbesondere der Erkenntnisse aus dem Verfahren Glasfaserkooperationen (WEKO, RPW 20212/2, 209, Glasfaserkooperationen, Ziff. 206, Tabelle 7) davon auszugehen sei, dass der Mehr- bzw. Minderaufwand deutlich unter 20% liegt. Danach würden die

tatsächlichen Kosten für die Herstellung des Stammnetzes sogar unterhalb der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Einsparungen liegen.

496. Diese Einschätzungen werden auch durch die Angaben von Swisscom aufgrund einer eigenen Kostenanalyse bestätigt.

497. Swisscom hatte in den Unterlagen ihrer Pressemitteilung vom 9. Dezember 2008 mitgeteilt, dass die Kosten für die Herstellung eines FTTH-Netzes mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie im Anschlussbereich, d.h. von der Anschlusszentrale bis zur Netzwerkeinheit beim Teilnehmeranschluss, in folgender Weise aufzuteilen seien: (1) Stammnetz: 15%; (2) Verteilnetz: 42%; (3) Hausnetz: 43%.

498. Eine Differenzierung der Herstellungskosten wegen einer unterschiedlichen Netzarchitektur ist dabei ausschliesslich für das Stammnetz vorzunehmen. Denn die Netzbaustrategie 2020 sieht auch für den Bereich des Verteilnetzes die Verwendung von vier unabhängigen Glasfasern und damit die Einhaltung des Glasfaserstandards vor. Dies wird von der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 19. März 2020 zum Fragebogen der Wettbewerbskommission ausdrücklich bestätigt. Auch im Rahmen des Hausnetzes ergibt sich keine unterschiedliche Ausgestaltung.

499. Die Kosten für die Herstellung des Stammnetzes beanspruchen somit auch nach Ansicht von Swisscom lediglich einen untergeordneten Teil in Höhe von 15% der Gesamtkosten für die Herstellung eines FTTH-Netzes. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Feststellung zum heutigen Zeitpunkt keine Geltung mehr beanspruchen sollte. Die Beschwerdeführerin hat jedenfalls keine entsprechenden konkreten Umstände vorgetragen. Insbesondere ist auch der Hinweis auf eine angebliche Beschränkung des Glasfaserstandards auf Stadtgebiete, wie dargelegt, unzutreffend (vgl. E. 270 f.).

500. Da die Herstellung des Stammnetzes auch bei Ausführung mit einer P2MP-Topologie nicht unentgeltlich erfolgen kann und hierbei die Tiefbaukosten, die gemäss den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin unabhängig vom Topologiestandard in gleicher Höhe anfallen, den wesentlichen Teil der anfallenden Herstellungskosten ausmachen, ergibt eine Kostenabschätzung, dass das Einsparungspotential bei einer Abweichung vom Glasfaserstandard mit einem Wert von unter 10% anzusetzen ist.

501. Die Beschwerdeführerin bestätigt im Rahmen des Parallelverfahrens denn auch ausdrücklich, dass bei einem Kostenvergleich zwischen einem Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie und einem Einfaser-Modell mit P2P-Topologie unter Berücksichtigung eines Greenfield-Ansatzes - der hierfür wie darlegt massgebend ist (vgl. E. 358 ff.) - nur geringe Kostenunterschiede vorhanden sind (vgl. E. 360).

502. Es ist daher bereits aufgrund der eigenen Kostenanalyse von Swisscom ausgeschlossen, dass die Kosteneinsparung für die Herstellung eines Einfaser-Modells mit P2MP-Topologie entsprechend ihrer Netzbaustrategie 2020 einen Wert von 20% der Gesamtkosten eines Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie übersteigt.

503. Aufgrund allgemeiner Informationen und eigener Kostenanalyse von Swisscom zu den anfallenden Kosten bei der Herstellung von Glasfasernetzen im Anschlussbereich ergeben sich demzufolge keinerlei Anhaltspunkte für die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach die Umsetzung ihrer Netzbaustrategie 2020 mit dem Einsatz einer P2MP-Topologie statt des Glasfaserstandards zu einer erheblichen Kosteneinsparung führen würde. Vielmehr ist im Gegenteil davon auszugehen, dass sich diese Behauptung auch bei einer eingehenden Untersuchung gerade nicht belegen lässt.

504. Dieses Ergebnis gilt auch unter Berücksichtigung des Einwands der Beschwerdeführerin (vgl. 292 ff.), wonach die Möglichkeit zum Ausbau des bestehenden FTTS-Netzes einer Kostenanalyse der beiden Technologievarianten zu Grunde zu legen sei, ungeachtet dessen, dass dieser Einwand, wie dargelegt (vgl. 348 ff.), bereits aus grundlegenden Aspekten irrelevant ist. Denn im Rahmen der Vergleichsstudie Ostalbkreis wird ausdrücklich festgehalten, dass sich auch im Fall einer Nutzung von vorbestehenden Kabelkanalisationen keine wesentlichen Veränderungen am allgemein festgestellten Kostenverhältnis der beiden Technologievarianten ergeben.

505. Daher kommt auch dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 294), wonach die Anwendung eines Greenfield-Ansatzes im Rahmen eines Kostenvergleichs ausgeschlossen sei, weil er aufgrund einer Ausserachtlassung der jeweils bestehenden Gegebenheiten und dabei auftretender realer Restriktionen zu völlig falschen Ergebnissen führen würde, bereits aus diesem Grund keine relevante Bedeutung zu.

506. Darüber hinaus widerspricht die Feststellung der Vergleichsstudie Ostalbkreis auch der Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 292 f.), wonach nur eine P2MP-Topologie mit einer Glasfaser, nicht aber eine P2P-Topologie mit vier Glasfasern in ihr bestehendes Leitungssystem integriert werden könnte. Denn die entsprechende Feststellung in der Vergleichsstudie kann in dieser allgemeinen Weise offensichtlich nur deshalb getroffen werden, weil auch der Unterschied einer Verlegung von vier Glasfasern statt einer einzelnen Glasfaser in ein bestehendes Leitungssystem weder räumlich noch daraus folgend auch preislich einen derartigen Unterschied ausmachen kann, dass sich daraus mehr als eine geringe Differenz hinsichtlich der Gesamtkosten für die Herstellung eines FTTH-Netzes ergibt.

507. Aufgrund der vorstehend aufgeführten Aspekte ist auch die Relevanz der von der Beschwerdeführerin im Parallelverfahren eingereichten Kostenberechnung der Glasfaserverlegung in ihrem bereits bestehenden Leitungssystem, wonach allein die Kosten einer Verlegung des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie um den Faktor 10 höher wären als für die Verlegung des Einfaser-Modells mit P2MP-Topologie (vgl. E. 291), für die Gesamtkosten nicht gegeben.

508. Denn bei dem von der Beschwerdeführerin angegebenen Verhältnis könnte der Planungsleitfaden nicht ausdrücklich empfehlen, gleich vier Glasfasern statt einer Glasfaser zu verlegen, weil dies angesichts des geringen Anteils der Faserkosten nur eine unbedeutende Auswirkung auf die Gesamtkosten eines Glasfaser-

projekts habe. Bei einem vom Planungsleitfaden festgestellten Anteil der Faserkosten von 4% an den Gesamtkosten eines Glasfaserprojekts würde ein entsprechender Faktor auch ganz andere Auswirkungen auf die Gesamtkosten aufweisen. Wenn ein Ausbau gemäss Glasfaserstandard um den Faktor 10 teurer wäre, dann würden sich allein die Kosten für die Glasfasern auf 40% der Gesamtkosten belaufen und die gesamte Darstellung der Gesamtkosten für ein FTTH-Projekt sowohl durch den Planungsleitfaden als auch durch Swisscom selbst wäre unrichtig. Da hiervon nicht auszugehen ist, kann die Behauptung der Beschwerdeführerin nicht korrekt sein. Soweit ein Ausbau gemäss Netzbaustrategie 2020 um den Faktor 10 günstiger wäre, würden sich die Faserkosten von 4% auf 0,4% verringern, was zu einer Einsparung von 3,6% führen würde. Eine entsprechende Einsparung wäre im Hinblick auf die Gesamtkosten nicht von massgeblicher Bedeutung, weshalb dies mit der Kostendarstellung im Planungsleitfaden und durch Swisscom in Einklang stehen würde. Allerdings ist auch diese Kosteneinsparung im Hinblick auf den massgeblichen Kostenmassstab, wonach die landesweiten durchschnittlichen Mehrkosten von 20% für eine Umsetzung des Glasfaserstandards anerkannt sind, nicht von Bedeutung.

(iv) Kostendarlegung

509. Zum Beleg ihres Einwands hat die Beschwerdeführerin mit konkreten Angaben auf das Ausbauprojekt Appenzell-Innerrhoden und Bregaglia sowie in allgemeiner Weise auf die erschwerenden und kostenerhöhenden Umstände bei der Umsetzung einer P2P-Topologie verwiesen. Ansonsten hat die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren keine detaillierteren Angaben zum Einsparungspotential gemacht. Erst im Parallelverfahren hat die Beschwerdeführerin konkretere Angaben zu den Mehrkosten einer Umsetzung des Glasfaserstandards einschliesslich von weiteren Projektdaten vorgelegt.

510. Die Wettbewerbskommission monierte bereits im Rahmen der angefochtenen Verfügung wie auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens, dass die Beschwerdeführerin keine konkreten Angaben zu den Kosteneinsparungen gemacht hat. Sowohl im Kartellverfahren als auch im Beschwerdeverfahren hat die Beschwerdeführerin den Einwand erhoben (vgl. E. 298), dass dadurch überrissene Anforderungen aufgestellt würden, weil sie zur Glaubhaftmachung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes keine darüber hinaus gehenden Angaben zu machen brauche.

511. Die wiederkehrend geltend gemachten unterschiedlichen Einwände der Parteien im vorliegenden und im Parallelverfahren, welche prozessbeteiligte Partei in welcher Weise und mit welchem Detaillierungsgrad zur Erfüllung des Beweismasses der Glaubhaftmachung Angaben zu machen habe, bedürfen im vorliegenden Rahmen unter Berücksichtigung der Beweiswürdigung durch das Gericht keiner detaillierten Auflösung. Allerdings ist grundsätzlich festzuhalten, dass das Beweismass der Glaubhaftmachung nicht erfüllt wird durch Angaben einer Partei, die keinen Bezug zu objektiven Tatsachen oder Referenzwerten aufweisen. Vielmehr handelt es sich hierbei auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes lediglich um blosser, nicht substanti-

ierte Behauptungen. Diese können zwar im Rahmen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht zur Glaubhaftmachung beitragen, sie müssen aber keinesfalls zwingend als glaubhafte Aussagen im Rahmen der Entscheidungsfindung Berücksichtigung finden.

512. Vor diesem Hintergrund liegt das Risiko einer ausreichenden Glaubhaftmachung des Einsparungspotentials auf Seiten der Beschwerdeführerin, weil sie die notwendigen Umstände darzulegen hat, welche eine Abweichung vom Glasfaserstandard rechtfertigen. Soweit die Beschwerdeführerin das Einsparungspotential als Rechtfertigungsgrund geltend macht, hat sie demzufolge bereits im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ausreichend detaillierte Angaben zu den anfallenden Kosten einzureichen, die in nachvollziehbarer Weise eine tatsächlich vorhandene Einsparung nahelegen, und die im Hauptverfahren aufgrund einer Beweiserhebung im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes überprüft und bestätigt werden können. Ohne eine entsprechende Darlegung liegt von vornherein keine Glaubhaftmachung eines Einsparungspotentials vor.

513. Beim Projekt Appenzell-Innerrhoden macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Gesamtkosten durch den Einsatz des Einfaser-Modells mit P2MP-Topologie lediglich einen Betrag in Höhe von {10-[xx]-25} Mio. CHF statt eines solchen in Höhe von {45-[xx]-60} Mio. CHF bei Umsetzung eines Vierfaser-Modells mit P2P-Technologie betragen würden (vgl. E. 287). Damit wird ein Einsparungsbetrag in Höhe von {xx} Mio. CHF und damit eine Kosteneinsparung von 68% der Gesamtkosten behauptet. Konkrete Ausführungen dazu, aus welchen Gründen sich diese Einsparung ergibt, werden von der Beschwerdeführerin jedoch nicht vorgebracht.

514. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Kosteneinsparung lässt sich mit den vorstehend dargestellten Informationen zur Kostenabschätzung im Glasfaserbau in keiner Weise erklären. Da sich zum einen der Aufwand für die Herstellung des Stammnetzes nach der eigenen Kostenanalyse von Swisscom lediglich auf 15% der Gesamtkosten beläuft und der geltend gemachte Mehrbetrag zum anderen sogar über die Kosten der Tiefbauarbeiten hinausgeht, ist ein entsprechender Minderaufwand nur aufgrund des unterschiedlichen Topologiemodells offensichtlich ausgeschlossen. Soweit man die offiziellen Verlautbarungen zu diesem Projekt näher konsultiert, ergeben sich zudem weitere offene Fragen, weil das Projekt z.B. auch den Einsatz von Funktechnik und den Ausbau der 5G-Mobiltechnik umfasst. Selbst die Ausführungen der Beschwerdeführerin weisen die unbestimmte und relativierende Formulierung auf, «unter anderem kann auch die Wahl einer P2MP-Architektur einen Teil dazu beitragen [...]», weshalb bereits deswegen kein konkreter, aussagekräftiger Kostenvergleich vorliegt. Daher ergibt sich allein aus der Gegenüberstellung von zwei angeblichen Gesamtkosten keine sachlich nachvollziehbare Darlegung, welcher Umfang der Einsparung sich ausschliesslich auf einen Vergleich zwischen einem Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie und einem Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie stützt.

515. Die Angaben der Beschwerdeführerin zum Projekt Appenzell-Innerrhoden stellen daher blosser Behauptungen

dar, die angesichts der relevanten Grundlagen der Kostenabschätzung sachlich unglaubwürdig sind. Eine Glaubhaftmachung eines zu berücksichtigenden Einsparungspotentials gegenüber einer Umsetzung des Glasfaserstandards liegt damit nicht vor.

516. Für die Errichtung eines FTTH-Netzes in der Gemeinde Bregaglia im Kanton Graubünden gemäss Neubastrategie 2020 verweist die Beschwerdeführerin darauf (vgl. E. 288), dass eine Ausführung gemäss Glasfaserstandard zu {25-[xx]-35}% Mehrkosten gegenüber einer Ausführung gemäss Netzbastrategie 2020 führen würde. Bei der Gemeinde Bregaglia handelt es sich um einen Ort mit 1'551 Einwohnern und einer Bevölkerungsdichte von 6 Einwohnern/km², die im Jahr 2010 aus einer Fusion der zuvor selbständigen Gemeinden Bondo, Castasegna, Soglio, Stampa und Vicosoprano hervorgegangen ist. Bregaglia stellt somit unzweifelhaft eine Randregion im Sinne der vorliegenden Definition dar (vgl. E. 92 ff.). Die Beschwerdeführerin macht allgemein geltend, dass gerade in den Randregionen der Ausbau eines FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard besonders hohe Mehrkosten verursache und daher unverhältnismässig sei, weshalb ein derartiger Ausbau auch nicht mit städtischen Gebieten, wie z.B. der Stadt Basel, verglichen werden könne.

517. Der auch von Swisscom anerkannte und daher relevante Kostenmassstab weist Mehrkosten für eine landesweite Umsetzung des Glasfaserstandards von durchschnittlich 20% auf (vgl. E. 480 f.). Entsprechend dem Vorbringen der Beschwerdeführerin ist daher davon auszugehen, dass die Mehrkosten für den Ausbau in Randregionen deutlich über diesen Betrag hinausgehen und dabei durchaus auch {25-[xx]-35}% erreichen können. Dies gilt insbesondere für Gemeinden wie Bregaglia, bei der die Ausbauschwierigkeiten am oberen Rand der Skala liegen dürften. Daher wird von der Beschwerdeführerin mit dem Verweis auf das Ausbauprojekt Bregaglia nicht glaubhaft gemacht, dass beim Ausbau des FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard die anerkannten Mehrkosten in jedem Fall in solcher Weise überschritten werden, dass ein Festhalten am Glasfaserstandard unverhältnismässig und ein Abweichen durch die Netzbastrategie geboten seien.

518. Im Übrigen gilt dies umso mehr unter Berücksichtigung des Umstands, dass auch die Kostenangaben zum Projekt Bregaglia auf der Grundlage eines Ausbaus des bisherigen FTTS-Netzes beruhen. Ein entsprechender Kostenvergleich ist deshalb in jedem Fall nicht vollständig, wie anschliessend zum Ausbauprojekt Mammern TG detailliert aufgezeigt wird. Ohnehin ist ein derartiger Kostenvergleich aus grundsätzlichen Überlegungen irrelevant (vgl. E. 394 f.).

519. Für die Erstellung eines FTTH-Netzes in der Gemeinde Mammern TG hat die Beschwerdeführerin eine Projektstudie eingereicht, welche von einem externen Planungsbüro erstellt wurde (vgl. E. 289). Das Planungsbüro erbringt im Rahmen einer langjährigen Zusammenarbeit entsprechende Planungsarbeiten für Swisscom. Die Gemeinde Mammern TG wird von der Beschwerdeführerin als kleine ländliche Gemeinde mit wenigen Nutzungseinheiten und ohne eigene Anschlusszentrale dargestellt. Sie hat 659 Einwohner bei

einer Einwohnerdichte von 121 Einwohnern/km², weshalb sie jedenfalls eine unterdurchschnittliche Gemeinde im Landesvergleich darstellt (vgl. E. 101 f.). Die Projektstudie stellt Mehrkosten für eine Umsetzung des Glasfaserstandards gegenüber einer Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 in Höhe von insgesamt {30-[xx]-40}% auf, wobei der Unterschied für die Erstellung des Stammnetzes sogar {70-[xx]-80}% betragen soll, während sich für die Erstellung des Verteilnetzes Mehrkosten von {5-[xx]-15}% ergeben würden.

520. Die Projektstudie weist eine Aufstellung der einzelnen Kostenpositionen auf, wodurch vordergründig zunächst der Eindruck einer sachlich ausreichenden Begründung vermittelt wird. Allerdings wird bei näherer Betrachtung offenkundig, dass die Darlegung wesentliche Lücken für eine ausreichende Glaubhaftmachung aufweist.

521. Die gesamte Projektstudie steht hinsichtlich einer Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 unter dem Vorbehalt, dass die Trasse ab der Anschlusszentrale auch nachzugfähig ist. Soweit dies nicht der Fall sein sollte, würden zusätzliche Kosten für einen eventuellen Trassenneubau entstehen. Die Berechnung der Kosten für ein Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie ist demzufolge offensichtlich nicht abgeschlossen und weist damit auch keine sachdienliche Gesamtsumme auf. Gleichzeitig wird durch diese Feststellung in allgemeiner Weise bestätigt, dass entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 352 f.) auch bei einer Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 Trassenarbeiten im Stammnetz erforderlich werden können.

522. Die Projektstudie weist auch für das Verteilnetz Mehrkosten in Höhe von {5-[xx]-15}% aus. Da die Beschwerdeführerin bereits gegenüber der Wettbewerbskommission bestätigt hat, dass das Verteilnetz auch im Rahmen der Netzausbaustrategie mit vier Glasfasern entsprechend dem Glasfaserstandard ausgebaut wird (vgl. E. 498), ist nicht ersichtlich, warum in diesem Bereich Mehrkosten anfallen sollten. Eine entsprechende Begründung wird von der Beschwerdeführerin nicht angegeben.

523. Auch diese Projektstudie beruht auf der Grundlage eines Ausbaus des bestehenden FTTS-Netzes, wie in dem Gutachten ausdrücklich festgehalten wird. In der Projektstudie werden die Kosten, die für die Erstellung des FTTS-Netzes angefallen sind, allerdings nicht ausgewiesen. Daher lässt sich der Darlegung keine Aussage zu den tatsächlich anfallenden Gesamtkosten eines FTTH-Netzes gemäss Netzbaustrategie 2020 entnehmen. Zudem bleibt völlig offen, welche Kosten tatsächlich angefallen wären, wenn ein ordnungsgemässes FTTH-Netz gemäss Glasfaserstandard direkt erstellt worden wäre, statt es erst zu einem späteren Zeitpunkt auf ein ohnehin nicht sachgerechtes FTTS-Netz aufzusetzen, weil entsprechende Kostenangaben hierzu ebenfalls völlig fehlen. Angesichts dieser fehlenden Angaben auf beiden Seiten eines Kostenvergleiches zwischen einem FTTH-Netz gemäss Glasfaserstandard und einem solchen gemäss Netzbaustrategie 2020 lassen sich keine sachdienlichen inhaltlichen Aussagen ableiten. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass nach der Darlegung der Beschwerde-

führerin bei einem weiteren Ausbau gemäss Glasfaserstandard zwingend die kostenintensiven Tiefbauarbeiten zur Anpassung des Leitungsnetzes erforderlich seien, während derartige Arbeiten bei einem weiteren Ausbau gemäss Netzbaustrategie 2020 nicht berücksichtigt werden. Daher kann dahingestellt bleiben, dass bei einem Kostenvergleich der Ausbau eines FTTS-Netzes, wie dargelegt (vgl. E. 394), gar nicht zu berücksichtigen ist.

524. Darüber hinaus widersprechen die in der Kostenanalyse dargelegten Ergebnisse deutlich den vorstehend dargestellten Grundlagen der Kostenabschätzung zu den anfallenden Mehrkosten einer Umsetzung des Glasfaserstandards.

525. Die Angaben der Beschwerdeführerin zum Glasfaserprojekt Mammern TG sind daher bei einer näheren Prüfung weder im Allgemeinen noch für dieses Ausbauprojekt im Speziellen als Nachweis für relevante Mehrkosten bei der Erstellung eines FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard zu qualifizieren. Vielmehr vermitteln auch sie keine Glaubhaftmachung der geltend gemachten substantiellen unverhältnismässigen Mehrkosten eines Ausbaus gemäss Glasfaserstandard.

526. Die Darlegung der anfallenden Kosten für die notwendigen Glasfasern durch die Beschwerdeführerin (vgl. E. 291), wonach diese Kosten für die Umsetzung des Glasfaserstandards um den Faktor 10 höher seien als bei einer Umsetzung der Netzbaustrategie 2020, ist, wie bereits dargelegt wurde (vgl. E. 507 f.), nicht glaubwürdig und belegt ebenfalls keine substantiellen unverhältnismässigen Mehrkosten.

527. Überdies bestehen auch in Bezug auf die Kriterien, die von der Beschwerdeführerin zur Erstellung eines Kostenvergleichs herangezogen werden, gewisse sachliche Vorbehalte. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass Bauvorhaben innerhalb einer Gemeinde wie Kanalisations- oder Strassenerneuerungsarbeiten einen bedeutsamen Einfluss auf die Ausbaukosten eines Netzes haben würden und deshalb bei der Ermittlung der Herstellungskosten und damit bei einem Kostenvergleich zu berücksichtigen seien. Da die Tiefbauarbeiten den weitaus grössten Anteil an den Gesamtkosten ausmachen, ist es zwar zutreffend, dass die Möglichkeit zum Ausbau eines Netzes anlässlich sonstiger Tiefbaumassnahmen einen erheblichen Einfluss auf die tatsächlich anfallenden Kosten hat. Dennoch ist dieser Aspekt bei einem Kostenvergleich nur einheitlich zu berücksichtigen. Denn die Einsparungen aufgrund von weiteren Tiefbaumassnahmen fallen ungeachtet dessen an, ob der Ausbau mit einem Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie oder einem Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie erfolgt. Bei beiden technischen Varianten sollte ein Ausbau erst zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem auch sonstige Tiefbaumassnahmen stattfinden, um einen Einsparungseffekt erzielen zu können. Soweit dies im Einzelfall gelingt, handelt es sich um einen Zufallseffekt, der für die Beurteilung der unterschiedlichen Netzarchitektur keine Bedeutung erlangt.

528. Für die Beurteilung der von der Beschwerdeführerin im Parallelverfahren geltend gemachten gesamthaften Mehrkosten in Höhe von {2-[xxx]-3} Milliarden CHF, die durch die Umsetzung des Glasfaserstandards gegenüber einer Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 anfal-

len würden (vgl. E. 295), sind verschiedene Aspekte zu beachten.

529. Die Beschwerdeführerin hat mitgeteilt, dass der von ihr vorgelegte Kostenvergleich auf näherungsweise Ableitungen beruhe, weil buchhalterisch keine Zahlen verfügbar seien, welche einen direkten Vergleich der Herstellungskosten für den Stammbereich jeweils für die beiden Netzarchitekturen zulassen würden. Die Gesamtsumme ergibt sich demnach aufgrund einer von Swisscom intern durchgeführten Berechnung anhand aller von Swisscom noch durchzuführenden FTTH-Ausbauprojekte unter Berücksichtigung der relevanten Kriterien. Die Darlegung durch die Beschwerdeführerin weist allerdings keine für das Gericht nachvollziehbare Berechnung unter Einbeziehung von objektiven Faktoren auf. Denn die Beschwerdeführerin legt nicht genau dar, wie sich die verschiedenen Einzelsummen, die von ihr auf- und gegenübergestellt werden, zustande gekommen sind.

530. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerin selbst angibt, dass die Kosten für die einzelnen Glasfaserprojekte von verschiedenen variablen Faktoren als relevante Kriterien abhängig sind, die zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führen würden (vgl. E. 299). Bei rund 2'000 zu erschliessenden Gemeinden mit jeweils geographischen, topologischen, baulichen und populationsmässigen Eigenheiten liege es nach Ansicht der Beschwerdeführerin in der Natur der Sache, dass bei jeder dieser Gemeinden die Kosten unterschiedlich hoch ausfallen würden. Dies sei auch durch eine Berechnung der bereits durchgeführten FTTH-Ausbauprojekte bestätigt worden, bei der sich eine grosse Bandbreite der anfallenden Kosten pro Nutzungseinheit ergeben habe, wofür von der Beschwerdeführerin auch eine abstrakte Darstellung eingereicht wurde.

531. Wie sich aus den Verweisen der Beschwerdeführerin auf die Ausbauprojekte Bregaglia und Mammern TG ergibt, ist allerdings davon auszugehen, dass Swisscom sowohl den relevanten Kostenmassstab als auch die Investitionszuschüsse Dritter (vgl. E. 539 ff.) im Rahmen ihrer Berechnung nicht berücksichtigt hat. Deshalb steht von vornherein in Frage, ob überhaupt bei allen Ausbauprojekten berücksichtigungsfähige Mehrkosten anfallen würden. Zudem widersprechen die angegebenen Gesamtkosten auch den Grundlagen der massgeblichen Kostenabschätzung und damit sogar der eigenen Kostenanalyse von Swisscom. Darüber hinaus bestehen gegen die von der Beschwerdeführerin vorgelegten individuellen Kostenaussagen erhebliche sachliche Vorbehalte, die bereits vorstehend aufgezeigt wurden.

532. Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin schliesslich nach Durchführung einer weiteren Modellrechnung mitgeteilt, dass sich durch den Einsatz der P2MP-Technologie ein Gesamtbetrag in Höhe von rund {1,4-[xxx]-2,4} Milliarden CHF gegenüber der P2P-Technologie einsparen lasse.

533. Bereits diese erhebliche Differenz der behaupteten Mehrkosten in Höhe von 24% bei den von der Beschwerdeführerin selbst vorgelegten Berechnungen zeigt auf, dass eine seriöse Einschätzung der Mehrkosten aufgrund einer Umsetzung des Glasfaserstandards

im Rahmen dieses summarischen Verfahrens nicht vorgenommen werden kann.

534. Die geltend gemachte Gesamtsumme der Mehrkosten für einen Ausbau der FTTH-Netze gemäss Glasfaserstandard wurde von der Beschwerdeführerin demzufolge ebenfalls nicht glaubhaft gemacht.

535. Bei den übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Einsparungspotential handelt es sich letztlich nur um nicht substantiierte allgemeine Behauptungen über eine angeblich substantielle und unverhältnismässige Kosteneinsparung, mit denen eine ausreichende Glaubhaftmachung nicht erzielt wird.

536. Die Beschwerdeführerin hat somit das Vorliegen des von ihr behaupteten substantiellen und unverhältnismässigen Einsparungspotentials sogar im Rahmen einer blossen Glaubhaftmachung nicht in ausreichender Weise dargelegt.

(v) *Kostenqualifizierung*

537. Da der Kostenmassstab des Glasfaserstandards die akzeptierten Mehrkosten für den Ausbau von FTTH-Netzen mit einem Vierfaser-Modell und P2P-Topologie im Landesdurchschnitt vorsieht, bedarf es eines Umrechnungsfaktors, um für FTTH-Netze in bestimmten Ausbaukonstellationen diejenigen Mehrkosten zu bestimmen, die noch vom Glasfaserstandard abgedeckt sind.

538. Hinsichtlich dieses Aspekts haben die Parteien keine Erläuterungen vorgenommen. Im Hauptverfahren wird dieser Aspekt abzuklären sein.

(vi) *Investitionszuschüsse*

539. Im Hinblick auf die anfallenden Kosten bei der Herstellung eines FTTH-Netzes sind nicht nur Kosteneinsparungen, welche aufgrund einer technologischen Anpassung anfallen, unter dem Gesichtspunkt des Einsparungspotentials zu berücksichtigen, sondern umgekehrt auch Kostenminderungen, die sich aufgrund von Investitionszuschüssen, d.h. von Leistungen Dritter, im Rahmen eines Netzausbaus ergeben.

540. Während die Kosteneinsparungen im Rahmen einer Beurteilung des Einsparungspotentials als Rechtfertigungsgrund dabei zu Lasten des Glasfaserstandards Eingang finden, wirken sich die Kostenminderungen demgegenüber zu Gunsten des Glasfaserstandards aus.

541. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 481 ff.), weist der Glasfaserstandard einen von den beteiligten Fernmeldeunternehmen anerkannten Kostenmassstab auf, wonach bei einem landesweiten Ausbau des FTTH-Netzes mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie durchschnittliche Mehrkosten in Höhe von 20% anfallen und diese für die Umsetzung irrelevant sind. Für Randregionen mit den dort herrschenden ungünstigeren Herstellungsbedingungen liegt dieser Wert der Mehrkosten noch darüber.

542. Da die Vereinbarung des Runden Tisches eine privatwirtschaftliche Erschliessung der Schweiz mit FTTH-Netzen vorsieht, betrifft der Kostenmassstab demnach auch allein die von den jeweiligen Fernmeldeunternehmen aufzubringenden Mittel.

543. Daraus folgt, dass jedenfalls Investitionszuschüsse, die von Seiten öffentlich-rechtlicher Körperschaften als Auftraggeber oder Dritte gegenüber einem Netzbetreiber für die Herstellung eines FTTH-Netzes zusätzlich geleistet werden, für die Beurteilung des tatsächlich vorhandenen Einsparungspotentials Berücksichtigung finden müssen. Massgeblich ist daher nur dasjenige Einsparungspotential, welches nach Abzug eines allfällig vereinbarten Investitionszuschusses als tatsächlich vorhandene Kosteneinsparung verbleibt.

544. Dieser Aspekt erlangt auch im vorliegenden Verfahren eine relevante Bedeutung.

545. Denn zumindest die Herstellung eines FTTH-Netzes in den Randregionen erfolgt nicht selten mit der zusätzlichen Leistung von Finanzbeiträgen durch die jeweils betroffenen Gemeinden oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften. Diese Investitionszuschüsse werden zu dem Zweck geleistet, dass Swisscom die Errichtung des jeweiligen FTTH-Netzes überhaupt vornimmt oder zumindest förderlich behandelt und dessen Umsetzung in zeitlicher Hinsicht vorzieht. Dies wird von der Beschwerdeführerin ausdrücklich bestätigt. Zu diesem Zweck schliesst Swisscom mit den jeweiligen Körperschaften besondere schriftliche Verträge über die Zahlung eines Baukostenzuschusses als Investitionsbeteiligung ab.

546. So beträgt zum Beispiel der Investitionszuschuss der Gemeinde Bregaglia im Kanton Graubünden in Höhe von {xxxxxx} CHF für die Errichtung eines Glasfasernetzes gemäss Netzbaustrategie 2020 annähernd die Hälfte der hierfür angesetzten Kosten in Höhe von {xxxxxx} CHF, während Swisscom mit einem Betrag in Höhe von {xxxxxx} CHF etwas mehr als die Hälfte dieser Kosten übernimmt. Die Ausführung des FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard hätte dabei nach Angaben der Beschwerdeführerin rund {25-[xx]-35}% Mehrkosten in Höhe von {xxxxxx} CHF verursacht. Der Investitionszuschuss der Gemeinde Bregaglia liegt somit nach den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin über den durch einen Ausbau gemäss Glasfaserstandard hervorgerufenen Mehrkosten.

547. Dies bedeutet, dass für den Bau eines FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard in der Gemeinde Bregaglia nach dem relevanten Kostenmassstab tatsächlich überhaupt keine Mehrkosten auf Seiten von Swisscom anfallen, sondern ihr sogar noch eine Reduktion der anfallenden Kosten aufgrund des überschüssigen Investitionsbetrags zu Gute kommt. Die Ausgangslage für einen Ausbau des FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard in der Gemeinde Bregaglia stellt sich somit günstiger dar, als dies aufgrund des relevanten Kostenmassstabs des Runden Tisches zu erwarten war.

548. Bei dieser Ausgangslage ist kein Grund ersichtlich, warum sich Swisscom zur Rechtfertigung einer Abweichung vom Glasfaserstandard auf Mehrkosten in Höhe von 30% berufen können sollte.

549. Im Hauptverfahren werden daher die Investitionszuschüsse, die im Rahmen der einzelnen Ausbauprojekte durch die Gemeinden und sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften geleistet werden, genau fest-

zustellen und bei der Ermittlung des Einsparungspotentials zu berücksichtigen sein.

550. Ob und inwieweit der Abschluss und der Inhalt derartiger Investitionsvereinbarungen entsprechend dem Einwand der Wettbewerbskommission auch ein missbräuchliches Verhalten in Form eines Konditionenmissbrauchs oder einer Preisdiskriminierung darstellt, bedarf im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens dagegen keiner näheren Beurteilung.

551. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass allfällige Investitionszuschüsse auch bei einer kartellrechtlichen Berechnung der angemessenen Vergütung für die Nutzung von Fernmeldeprodukten eines Netzbetreibers zu berücksichtigen sind. Denn ein Netzbetreiber kann sich nicht für Kosten entschädigen lassen, die von ihm nicht aufgewendet wurden.

(vii) Relevanz des Einsparungspotentials

552. Im Übrigen stellt sich im Hinblick auf die Relevanz des Einsparungspotentials abschliessend eine grundlegende Sachfrage, zu der die Parteien keine näheren Ausführungen vorgebracht haben.

553. Die Beschwerdeführerin behauptet einerseits, der erhebliche Mehraufwand für die Ausgestaltung einer P2P-Topologie sei betriebswirtschaftlich völlig sachwidrig und unverhältnismässig. Zudem würde durch die Umsetzung des Glasfaserstandards anderen Fernmeldeunternehmen die Möglichkeit der Trittbrettfahrerei eröffnet, um in Randregionen auch ohne eigene Investitionen in ein Glasfasernetz originäre Fernmeldedienste anbieten zu können, was nicht akzeptabel und im Bereich des Fernmelderechts ausdrücklich unerwünscht sei. Andererseits macht sie zum einen geltend, dass das Layer 3-Produkt BBCS stark und sogar mehr als das Layer 1-Produkt ALO nachgefragt werde. Zum anderen bringt sie vor, dass die sonstigen Fernmeldeunternehmen auch dann hinsichtlich ihrer Tätigkeit in den Randregionen nicht eingeschränkt würden, wenn sie aufgrund der Netzbaustrategie 2020 zukünftig nur noch BBCS beziehen könnten. Zudem könnten die sonstigen Fernmeldeunternehmen dann allenfalls auch C-ALO zu einem vorteilhaften angemessenen Preis beziehen.

554. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin stellen die von Swisscom angebotenen Dienstleistungen BBCS und C-ALO daher erfolgreiche Produkte dar, deren Rentabilität in ausreichender Weise gegeben sei, um die Investitionen in ein FTTH-Netz auch in Randregionen zu begründen. Die prinzipielle Amortisationsfähigkeit eines FTTH-Netzes ist demnach auch in Randregionen gegeben. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesamt für Kommunikation in einem Zusatzbericht ausdrücklich festgestellt hatte, dass eine Regulierung nicht zu einem Investitionshindernis beim Ausbau des Glasfasernetzes in Randregionen führt (vgl. E. 119).

555. Wie dargelegt, ist unstrittig, dass die Nutzung eines von Swisscom errichteten Glasfasernetzes durch ein anderes Fernmeldeunternehmen die Zahlung einer Nutzungsentschädigung voraussetzt (vgl. E. 124). Die Nutzungsvergütung kann bei Fehlen einer anderen regulatorischen Regelung bis zur Grenze einer missbräuchlichen Preisgestaltung festgelegt werden. Die Preisberechnung

umfasst dabei die tatsächlichen Kosten für die Herstellung des jeweiligen Glasfasernetzes unter Ausschluss von Investitionszuschüssen. Dementsprechend umfasst der Preis bei einem FTTH-Netz mit Vierfasermodell und P2P-Topologie auch den Mehraufwand gegenüber einem Ausbau des FTTH-Netzes mit Einfaser-Modell und P2MP-Topologie. Dieses Ergebnis besteht auch bislang für die von Swisscom schon errichteten Glasfasernetze mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie in den städtischen Gebieten.

556. Wenn also Swisscom die tatsächlichen Kosten für den Ausbau eines Glasfasernetzes einschliesslich eines hierfür bedingten Mehraufwands sowohl an die anderen Fernmeldeunternehmen als Grossabnehmer als auch an die Einzelkunden zulässigerweise weitergeben kann, ist nicht ersichtlich, welche konkrete Beeinträchtigung sich für Swisscom bei der standardgemässen Herstellung eines FTTH-Netzes mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie in Randregionen ergeben soll.

557. Denn für die anderen Fernmeldeunternehmen ohne eigenes Netz, welche auf eine Abnahme der Produkte ALO oder BBCS bzw. C-ALO angewiesen sind, ergibt sich dadurch kein Vorteil, weil sie auch den Mehraufwand für ein standardmässig hergestelltes FTTH-Netz im Rahmen des Nutzungsentgelts zu entrichten haben. Dies gilt selbst dann, wenn ein anderes Fernmeldeunternehmen nur BBCS oder C-ALO und gar kein ALO beziehen will. Und auch die Endkunden müssen diesen Mehraufwand im Rahmen des jeweiligen Nutzungsentgelts gegenüber ihrem Dienstleistungsanbieter unmittelbar oder mittelbar vergüten, unabhängig davon, ob es sich hierbei um Swisscom oder ein anderes Fernmeldeunternehmen handelt.

558. Wenn die Beschwerdeführerin demnach kein beachtenswertes Investitionsrisiko für den Ausbau von Glasfasernetzen in Randregionen mittels einer P2MP-Topologie ausmacht, weil den anderen Fernmeldeunternehmen Produkte auf der Grundlage von BBCS zur Verfügung stehen und diese auch in einem ausreichenden Mass nachgefragt werden, ist nicht ersichtlich, warum sich ein erheblich anderes Investitionsrisiko bei einem Ausbau mit P2P-Topologie einstellen sollte, wenn die anderen Fernmeldeunternehmen dann nicht nur BBCS, sondern darüber hinaus sogar das Produkt ALO beziehen könnten, was ihnen nach Ansicht der Beschwerdeführerin ja noch mehr Möglichkeiten im Wettbewerb eröffnen und sie deshalb zur Trittbrettfahrerei anregen würde. Denn in jedem Fall sind die gesamten tatsächlichen Kosten des jeweiligen Netzausbaus abzüglich allfälliger Investitionszuschüsse zu erstatten.

559. Ohne den entsprechenden Nachweis einer relevanten Bedeutung des Mehraufwands für einen verringerte Amortisationsfähigkeit des jeweiligen FTTH-Netzes aufgrund eines verringerten Absatzes der hierdurch vermittelten Produkte stellt ein tatsächlich bestehendes Einsparungspotential demnach auch aus grundlegenden Aspekten keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für eine Abweichung vom Glasfaserstandard dar.

(viii) Fazit Einsparungspotential

560. Zur Anerkennung des Einsparungspotentials als Rechtfertigungsgrund für ein Abweichen vom Glasfaser-

standard müssen mehrere Voraussetzungen gegeben sein. Bei der Abweichung muss es sich um eine Technologieanpassung handeln, für deren Beurteilung allfälliger Nachteile gegenüber dem Glasfaserstandard die Mehrkosten für dessen Umsetzung zu berücksichtigen sind. Der Kostenvergleich ist mittels einer allgemeinen Kostenbeurteilung auf der Grundlage eines Greenfield-Ansatzes durchzuführen. Die durchschnittlichen Mehrkosten für die schweizweite Erstellung der FTTH-Netze müssen über den im Rahmen des Runden Tisches anerkannten Wert von 20% hinausgehen. Für die Erstellung von FTTH-Netzen in Randregionen müssten demzufolge Mehrkosten dargelegt werden, die deutlich über diesem Wert liegen. Zur Herstellung der Vergleichbarkeit mit dem Durchschnittswert bedarf es eines Umrechnungsfaktors, um für FTTH-Netze in bestimmten Ausbaukonstellationen die massgeblichen Mehrkosten zu bestimmen. Zudem sind im Rahmen einer Berechnung der Mehrkosten im Einzelfall jedenfalls Investitionszuschüsse, die von öffentlich-rechtlichen Körperschaften zur Herstellung eines FTTH-Netzes geleistet werden, von den tatsächlich anfallenden Kosten abzuziehen. Bei relevanten Mehrkosten bedarf es abschliessend der Feststellung, dass die Amortisation des FTTH-Netzes bei einer Umsetzung des Glasfaserstandards nicht gewährleistet wäre. Diese Anforderungen müssten sowohl bei einem Alleinbau als auch bei einer Baukooperation gegeben sein.

561. Eine Glaubhaftmachung dieser Voraussetzungen liegt nicht vor, weil die Beschwerdeführerin keine sachlich ausreichenden Umstände und Fakten für deren Erfüllung vorgetragen hat.

562. Der Aspekt des Einsparungspotentials stellt somit ebenfalls keinen sachlichen Grund für eine Rechtfertigung zum Abweichen vom Glasfaserstandard mittels der Netzbaustrategie 2020 dar.

(h) Standortsanierung

563. Der Aspekt der Standortsanierung stellt entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 300), wonach an verschiedenen Standorten auf eine P2MP-Topologie zurückgegriffen werden müsse, um veraltete und störanfällige Ausrüstungen in Mehrfamilienhäusern auf ein FTTH-Netz umstellen zu können, auch keinen Rechtfertigungsgrund für eine Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 dar.

564. Zunächst bestehen die beschriebenen Mängel an den verschiedenen Standorten nicht erst seit Erlass der vorsorglichen Massnahme durch die Vorinstanz. Es ist daher nicht ersichtlich, warum die Durchführung von Sanierungsmassnahmen nunmehr unaufschiebbar sein sollte, wenn die Mängel nicht bereits vorher beseitigt wurden.

565. Zudem ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum die Notwendigkeit zu einer Sanierung von einzelnen Standorten mit einer bestimmten Netzarchitektur an Glasfasern die Möglichkeit für ein Fernmeldeunternehmen eröffnen sollte, den verbleibenden Ausbau von 2/3 des FTTH-Netzes in der Schweiz ebenfalls mit dieser bestimmten Netzarchitektur durchzuführen.

566. Darüber hinaus steht die geltend gemachte Sanierung in keinem sachlichen Zusammenhang mit der hier

fraglichen Umsetzung des Glasfaserstandards im Bereich des Stammnetzes. Zum einen hat die Beschwerdeführerin selbst ausgeführt, dass das Verteil- und das Hausnetz auch in Zukunft entsprechend dem Industriestandard mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie ausgeführt werden (vgl. E. 498). Daher ist die bisherige Zuleitung zu den Mehrfamilienhäusern im Verteilnetz ohnehin durch eine Ausgestaltung gemäss Industriestandard zu ersetzen, weshalb ein Verweis auf den Einsatz einer P2MP-Topologie von vornherein irrelevant ist. Zum anderen ist die Berufung auf die vorgängig durchgeführte Ausführung des Netzes an diesen Standorten mit einem Einfaser-Modell auch grundsätzlich irrelevant, wie dies bereits allgemein für den Einwand der Beschwerdeführerin zur Berücksichtigung des FTTS-Netzes dargelegt wurde (vgl. E. 348 ff.).

567. Da die Beschwerdeführerin darauf verweist, dass die Glasfaserkabel schon bis zu den Micro-Cans im Gebäude, mit denen die Überführung der Glasfaserkabel auf die Kupferverkabelung bewerkstelligt wird, verlegt seien, entsteht durch den Ersatz der Kupferkabelleitungen zumindest eine singuläre durchgehende Teilnehmeranschlussleitung auf Glasfaserbasis von der Anschlusszentrale bis zum Teilnehmeranschluss. Diese könnte von Swisscom bis zur endgültigen Herstellung eines Vierfaser-Modells im Haus- und Verteilnetz sowie dem Stammnetz wie die vierte Leitung im Glasfaserstandard auch anderen Fernmeldeunternehmen zugänglich gemacht werden, wodurch für die anderen Fernmeldeunternehmen immerhin ein ähnlicher Zustand wie beim Glasfaserstandard entsteht. Daher sollte es kein Problem darstellen, aufgrund einer genauen Darstellung der Sachlage von der Vorinstanz ungeachtet der weiteren allgemeinen Gültigkeit der vorsorglichen Massnahme eine ausdrückliche Zustimmung zu einer Sanierung dieser Standorte im Rahmen einer Wiedererwägung zu erhalten.

568. Der Einwand der Beschwerdeführerin einer Standortsanierung zur Rechtfertigung einer Abweichung vom Glasfaserstandard ist daher irrelevant.

(i) Kundenzufriedenheit

569. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 320), wonach die Gemeinden mit den geplanten und durchgeführten FTTH-Ausbauten mit Einfaser-Modell und P2MP-Topologie praktisch durchwegs sehr zufrieden seien, stellt jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund dar.

570. Selbstverständlich ist davon auszugehen, dass in den Gemeinden, bei denen bereits ein FTTH-Ausbau stattgefunden hat, regelmässig Zufriedenheit herrschen wird, weil in jedem Fall eine Verbesserung der Versorgung mit Hochbreitbandnetzen erfolgt. Dabei ist es zunächst auch unerheblich, ob der Ausbau auf Grundlage des Glasfaserstandards oder der Netzbaustrategie 2020 stattgefunden hat.

571. Im vorliegenden Verfahren bildet allerdings nicht eine missbräuchliche Ausbeutung der Endkunden den zentralen Gegenstand der gerichtlichen Beurteilung, sondern eine Behinderung der Konkurrenten. Bei den Missbrauchstatbeständen, denen eine Behinderung der Konkurrenten zu Grunde liegt, können durchaus Vorteile

zu Gunsten der anderen Marktteilnehmer auftreten. So führt z.B. ein unzulässiges KampfpPreisverhalten selbstverständlich zur Zufriedenheit der Kunden, weil sie die jeweiligen Produkte zu unschlagbar günstigen Preisen erwerben können. Massstab für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung bildet daher bei diesen Missbrauchsformen die Einwirkung auf den Wettbewerb zu Lasten der jeweiligen Konkurrenten, während der Zufriedenheit der Abnehmer keine entscheidungserhebliche Bedeutung zukommt. Dies gilt auch für die Missbrauchsform der Technologieeinschränkung.

572. Demzufolge ist der Einwand der Beschwerdeführerin einer festzustellenden Kundenzufriedenheit irrelevant.

(j) Zusammenfassung

573. Aufgrund der im Verfahren von den Parteien vorgebrachten Umstände und der dabei aufgeworfenen Aspekte ist festzustellen, dass kein ausreichender Sachgrund für eine Rechtfertigung der vorgenommenen Einschränkung der technischen Entwicklung vorliegt und deshalb die Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 von Swisscom entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 282) nicht als Ergebnis einer effizienten, objektiv notwendigen und sachlich legitimierten Geschäftsführung, sondern als missbräuchliche Verhaltensweise zu qualifizieren ist.

574. Dabei kann jedenfalls im vorliegenden Rahmen dahingestellt bleiben, ob es sich hierbei um einen technischen Winkelzug von Swisscom handelt, um mittels eines Technologiemonopols und im Sinne einer Verdrängungsstrategie gegenüber Mitbewerbern eine gezielte und dauerhafte Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen ihrer Konkurrenten zu bewerkstelligen, weil eine entsprechende subjektive Haltung auf Seiten eines Unternehmens keine Voraussetzung für die Verwirklichung des Tatbestands der Technologieeinschränkung darstellt (vgl. E. 591). Daher ist auch der entsprechende Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 281) irrelevant.

8) Wettbewerbsverfälschung

575. Die angefochtene Verfügung stellt fest, dass durch die Änderung der Netzarchitektur eine Beeinträchtigung der anderen Fernmeldeunternehmen erfolgt bzw. erfolgen würde, weil diese in der Aufnahme und Ausübung ihrer Tätigkeit auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienstleistungen behindert werden.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

576. Die Beschwerdeführerin macht verschiedene grundlegende Einwände gegenüber einer Anwendung von Art. 7 KG geltend, die in Zusammenhang mit dem Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung stehen und hierbei abzuhandeln sind.

577. Die Beschwerdeführerin erhebt zunächst den Einwand, dass es sich beim Vorgehen der Vorinstanz im Ergebnis um eine unzulässige staatliche Investitionslenkung und einen strukturpolitisch nicht legitimierten Eingriff der Wettbewerbsbehörden handle, der de facto einem verkappten Technologiezwang gleichkomme.

578. Hierzu macht sie geltend, dass im System der Marktwirtschaft auch einem potenziell marktbeherrschenden Unternehmen unternehmerische Entscheidungsfreiheit zustehe und dieses in seiner Disposition über eigene Vermögenswerte sowie die strategischen Weiterentwicklungen seiner Einrichtungen und Infrastrukturen grundsätzlich nicht eingeschränkt sei. Auch einem marktbeherrschenden Unternehmen sei es gestattet, seine eigenen Geschäftsinteressen in vernünftigem Mass zu wahren, seine Stellung unter Anwendung sachgerechter, kaufmännischer Grundsätze zu behaupten und angemessen auf das dynamische Marktumfeld zu reagieren.

579. Daher lasse sich aus einer marktbeherrschenden Stellung keine generelle Pflicht ableiten, den Marktzugang von Wettbewerbern zu fördern und diesen Zugang zu Einrichtungen und Netzinfrastrukturen mit der gewünschten Konfiguration sowie in einer Form und mit Leistungsmerkmalen zu gewährleisten, damit jegliches singuläre und individuelle Geschäftsmodell von Fernmeldeunternehmen, welche sich selber nicht substantiell an den Investitionen in die physische Netzinfrastruktur beteiligen, erfolgreich sein könne.

580. Demnach sei Swisscom rechtlich nicht verpflichtet, die eigenen Infrastrukturen auf eine bestimmte Art und Weise entsprechend den Partikularinteressen und einem bestimmten Geschäftsmodell eines einzelnen Wettbewerbsteilnehmers auszubauen. Swisscom könne daher nicht durch substantielle, nicht gerechtfertigte Eingriffe in ihre grundrechtlich geschützten Positionen der Eigentumsgarantie sowie der Wirtschaftsfreiheit verpflichtet werden, ihre Netzbaustrategie auf Individualbedürfnisse auszurichten.

581. Zudem erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass Art. 7 KG keine präventive Verhaltenskontrolle im Sinne einer «Ex ante-Regulierung» vorsehe. Die kartellrechtliche Massnahme ergehe im Bereich von erst entstehenden neuen Märkten bzw. sich erst im Aufbau befindlichen Netzen. Bereits aufgrund des klaren gesetzgeberischen Willens in der Botschaft KG 1995 (BBl 1995 I 575) könne die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle aber nicht dazu verwendet werden, den marktbeherrschenden Unternehmen die technische Entwicklung vorzuschreiben.

582. Die Wettbewerbskommission gebe aber zumindest indirekt eine technologische Entwicklung vor, wenn sie den Eingriff mittels der angeordneten Massnahmen unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten zu rechtfertigen versuche und dabei auf die aktuell noch kaum marktfähige, teure Farbentbündelung verweise. Dabei handle es sich entgegen der angefochtenen Verfügung nicht um eine Basistechnologie, welche für Innovationen unersetzbar sei.

583. Überdies werde ein Layer 1-Zugang in einem P2MP-FTTH-Netz durch die «Hintertür» des Wettbewerbsrechts mittels der allgemeinen kartellrechtlichen Instrumente und nicht über eine sektorspezifische Regelung regulatorisch erzwungen. Dies widerspreche zum einen dem Fernmelderecht, welches keine Verpflichtungen eines Fernmeldeunternehmens hinsichtlich des Ausbaus und der strategischen Weiterentwicklung der Netzinfrastruktur gemäss gewissen technologischen

Leistungsmerkmalen oder einer ganz bestimmten Netzarchitektur statuieren, weshalb es keine hinreichende rechtliche Grundlage für entsprechende Eingriffsmöglichkeiten des Regulators biete. Zum anderen sei eine solche Regulierung vom Gesetzgeber gerade erst abgelehnt worden.

584. Aufgrund dieser grundsätzlichen Überlegungen bestünden keine Eingriffskompetenz der Wettbewerbsbehörden und keine rechtsgenügenden Grundlagen, um die Verhaltensweise von Swisscom im Rahmen der Erfolgsprognose für das Hauptsacheverfahren als mutmasslich missbräuchlich und mit der Vorgabe der Verhaltenslenkung gemäss Art. 7 KG nicht vereinbar zu bezeichnen und gestützt darauf einschneidende vorsorgliche Massnahmen zu verfügen.

585. Darüber hinaus erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die Tatbestandsmässigkeit eines missbräuchlichen Verhaltens auch deshalb zu verneinen sei, weil Swisscom mit ihren strategischen Entscheiden in Zusammenhang mit dem Glasfasernetzausbau keine Wettbewerbsbehinderung bezweckt oder eine Behinderungsabsicht verfolgt habe.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

586. Die von der Beschwerdeführerin vorgetragene Einwände werden von der Vorinstanz in anderem Zusammenhang abgelehnt.

(3) Würdigung durch das Gericht

587. Die angefochtene Verfügung hält unter Verweis auf die Wettbewerbspraxis (WEKO, 2014, Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA, RPW 2014/4, 668, Ziff. 134) sowie Ansichten in der Literatur (STÄUBLI LUCA/SCHRANER FELIX, in: Zäch u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 2018, zit. Dike-KG, Art. 7 Rn. 473 f.) fest, dass neben einer Einschränkung der technischen Entwicklung auch eine Wettbewerbsbehinderung gegeben sein müsse. Diese liege vor, wenn durch die Verhaltensweise andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden oder die Marktgegenseite benachteiligt wird.

(a) Grundlage

588. Das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung im Rahmen eines Marktmachtmissbrauchs weist den Inhalt auf, dass das jeweilige tatbestandsmässige Verhalten auch zu einer Behinderung oder Benachteiligung im Wettbewerb führen muss. Dieser Inhalt umfasst sowohl die allgemeinen Anforderungen an das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung als auch die Feststellung eines wettbewerbswidrigen Nachteils, d.h. einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb zu Lasten der Marktteilnehmer, der sich aus dem zu prüfenden wirtschaftlichen Verhalten ergibt.

(i) Allgemeine Anforderungen

589. In allgemeiner Hinsicht wird durch das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung das Ausmass der nachteiligen Auswirkungen vorgegeben (ausführlich BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1115 ff.). Dabei lassen sich verschiedene grundlegende Prämissen zusammenfassen.

590. Das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung setzt weder die Erfüllung eines Erheblichkeitsmerkmals noch

die Verwirklichung einer sonstigen Anwendungsschwelle voraus (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1133 ff.). Für das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung ist grundsätzlich auch keine Wettbewerbsbeseitigung erforderlich, sondern eine blosser Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreichend; Ausnahmen können sich bei einzelnen Missbrauchsformen aufgrund der jeweiligen Sachverhaltskonstellation ergeben (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1148 ff.). Das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung setzt zudem weder einen Marktaustritt eines anderen Marktteilnehmers noch dessen Existenzbedrohung voraus (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1181 ff. m.w.N.).

591. Darüber hinaus setzt das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung auch keine Feststellung eines bestimmten subjektiven Tatbestandsmerkmals voraus. Subjektive Beweggründe einer Zuwiderhandlung auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens sind für die Beurteilung des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens für die Beurteilung nicht massgeblich. Ihnen kommt allenfalls eine indikative Bedeutung zu; sie bilden aber keine allgemeine konstitutive Voraussetzung für die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1194 m.w.N.).

592. Für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung bedarf es schliesslich keines Nachweises eines Eintritts von tatsächlichen Auswirkungen (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1207 m.w.N.). Ausreichend ist bereits die Möglichkeit einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb, soweit sie nicht nur rein hypothetischer Natur ist (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1203 f.). Gleichfalls unerheblich ist der Aspekt, ob ein von dem missbräuchlichen Verhalten betroffenes Unternehmen dem dadurch entstehenden wirtschaftlichen oder sonstigen Druck standhält, hätte standhalten können oder nachgibt (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1208 m.w.N.). Aus diesem Grund stellt bereits die Androhung eines missbräuchlichen Verhaltens ein tatbestandliches Verhalten dar (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1208 m.w.N.).

(ii) *Nachteilige Einwirkung*

593. Bei Missbrauchsformen, die von der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG erfasst werden, sind die Kriterien der Behinderung und/oder der Benachteiligung ausdrücklich zu prüfen, weil sie die massgeblichen Anknüpfungspunkte für das jeweilige tatbestandliche Verhalten bilden. Hierbei bildet die positive Feststellung eines wettbewerbswidrigen Nachteils die notwendige Grundlage für die Verwirklichung des jeweiligen Missbrauchstatbestands.

594. Bei den Missbrauchsformen der Regelbeispiele von Art. 7 Abs. 2 KG bilden die von diesen Regelungen aufgestellten Tatbestandsmerkmale die massgeblichen Anknüpfungspunkte für das jeweilige tatbestandliche Verhalten dieser Missbrauchstatbestände. Mit der Erfüllung dieser Tatbestandsmerkmale ist daher auch der jeweilige Missbrauchstatbestand grundsätzlich verwirklicht. Denn durch die Statuierung der Regelbeispiele hat der Gesetzgeber klargestellt, dass bei diesen Verhaltensweisen eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorliegt (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1126). Eine darüber hinausgehende, ausdrückliche positive Feststellung eines wettbewerbswidrigen Nachteils ist daher nicht

erforderlich. Allerdings bedarf es zumindest einer negativen Feststellung, dass keine Anhaltspunkte vorhanden sind, die den Eintritt eines wettbewerbswidrigen Nachteils im jeweiligen Einzelfall ausschliessen (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1401).

595. Diese grundlegende Einschätzung gilt auch für eine Technologieeinschränkung. Soweit ein anerkannter bzw. anzuerkennender Industriestandard besteht, der durch eine bestimmte Massnahme eines marktbeherrschenden Unternehmens eingeschränkt wird, welche nicht durch einen ausreichenden Sachgrund gerechtfertigt ist, wird der Tatbestand grundsätzlich erfüllt, weshalb ohne Weiteres vom Vorliegen einer Wettbewerbsfälschung auszugehen ist, soweit im Einzelfall keine besonderen Anhaltspunkte bestehen, dass trotz der Einschränkung keine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb gegeben ist. Sind derartige Anhaltspunkte gegeben, bedürfen sie einer gesonderten Überprüfung, um das Vorliegen oder das Fehlen einer Wettbewerbsverfälschung nachzuweisen.

(iii) *Allgemeine Einwände*

596. Die Einwände, die von der Beschwerdeführerin in allgemeiner Weise gegen das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens vorgebracht werden, sind irrelevant.

597. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 578 f.), wonach sie nicht durch Eingriffe in die ihr zukommenden Grundrechte der Wirtschafts- und Eigentumsfreiheit dazu verpflichtet werden könne, die eigenen Infrastrukturen entsprechend den Geschäftsmodellen und Partikularinteressen von Wettbewerbern auszugestalten, weil auch einem potentiell marktbeherrschenden Unternehmen die Freiheit zustehe, seine eigenen Geschäftsinteressen in vernünftiger Mass zu wahren, geht bereits grundsätzlich fehl und ist daher irrelevant. Denn es ist in Rechtsprechung und Lehre unstrittig, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen bei bestimmten Sachverhaltskonstellationen Einschränkungen im Hinblick auf eine Ausgestaltung von gewissen Infrastrukturen hinzunehmen hat, weshalb bereits die Ausgangshypothese der Beschwerdeführerin unzutreffend ist.

598. Darüber hinaus steht im Zentrum der vorliegenden rechtlichen Beurteilung die Sachverhaltskonstellation einer Technologieeinschränkung, weil Swisscom in Zukunft von einem Glasfaserstandard für den Ausbau von Infrastrukturen in Form von FTTH-Netzen abweichen will, den sie selbst massgeblich mitbegründet hat. Hierbei geht es nicht primär um die Festlegung einer generellen Zugangsverpflichtung zu einem FTTH-Netz als Infrastruktureinrichtung, sondern um die konkrete Ausgestaltung eines FTTH-Netzes in Umsetzung des Glasfaserstandards oder zumindest einer Verwirklichung von dessen Zweck.

599. Aus diesem Grund ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 581 f.), wonach mittels des Kartellrechts keine ex ante-Regulierung einer technologischen Entwicklung vorgegeben werden könne und dürfe, irrelevant. Zentraler Sachaspekt ist nicht die Zulässigkeit der Vorgabe einer technischen Ausgestaltung von FTTH-Netzen durch die Wettbewerbskommission, sondern die Zulässigkeit einer Abweichung von einem

Glasfaserstandard für die Ausgestaltung von FTTH-Netzen durch Swisscom.

600. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 583), wonach ein Layer 1-Zugang zum FTTH-Netz nicht in Widerspruch zum Fernmelderecht und dem Willen des Gesetzgebers durch die Hintertür des Kartellrechts eingeführt werden kann, ist schon deshalb irrelevant, weil dieser Aspekt bereits im Rahmen der Prüfung der Anwendbarkeit des Kartellrechts als sachlich unzutreffend zu qualifizieren war und ihm deshalb im Rahmen der materiellen Beurteilung keine Bedeutung mehr zukommt (vgl. E. 135 f.). Im Übrigen wurde das Erfordernis eines Layer 1-Zugangs nicht durch die Hintertüre des Kartellrechts, sondern durch die Vereinbarung des Runden Tisches unter Zustimmung von Swisscom eingeführt.

601. Dementsprechend ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 584), wonach keine Rechtsgrundlage für einen Eingriff der Wettbewerbskommission in die Ausgestaltung von FTTH-Netzen durch die Swisscom bestünde, unzutreffend und irrelevant.

602. Schliesslich ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 585), wonach die Tatbestandsmässigkeit eines missbräuchlichen Verhaltens in jedem Fall zu verneinen sei, weil Swisscom mit ihren strategischen Entscheiden in Zusammenhang mit dem Glasfasernetzausbau keine Wettbewerbsbehinderung bezwecke oder eine Behinderungsabsicht verfolgt habe, irrelevant, weil die Verwirklichung sowohl einer Technologieeinschränkung als auch von weiteren Missbrauchstatbeständen gemäss Art. 7 KG keine entsprechenden Absichten auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens voraussetzt.

(iv) Sachverhalt

603. Die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der technischen Entwicklung und deren Einschränkung führt grundsätzlich zu einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb. Im Einzelfall müssten Anhaltspunkte dargelegt werden, dass sich aufgrund der jeweiligen konkreten Umstände keine derartigen Einwirkungen ergeben.

604. Vorliegend sind keine Anhaltspunkte für entsprechende besondere Umstände ersichtlich. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände sind, wie dargelegt, irrelevant oder unbegründet. Vielmehr wurde bereits in Zusammenhang mit der Prüfung der Tatbestandsmerkmale und einer allfälligen Rechtfertigung der Einschränkung festgestellt, dass sich eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ergibt.

605. Der Vollständigkeit halber werden die nachteiligen Einwirkungen unter dem Prüfungselement der Nachteilsprognose konkret aufgezeigt, um die von der Beschwerdeführerin hiergegen vorgebrachten Einwände zu behandeln (vgl. E. 611 ff.).

9) Verschulden

606. Gemäss ständiger Rechtsprechung setzt die Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens auch dessen Vorwerfbarkeit auf Seiten des jeweiligen Unternehmens voraus. Die Vorwerfbarkeit ist dabei sowohl bei einer vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Sorgfaltspflichtverletzung in Form eines aktiven Handelns oder Unterlassens als auch bei einem Sorgfaltsmangel im

Sinne eines Organisationsverschuldens gegeben (ausführlich BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1488 ff., m.w.N.).

607. Vorliegend steht ausser Frage, dass Swisscom die Einschränkung der technologischen Entwicklung wesentlich und willentlich vorgenommen hat. Denn nach den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin war es bekannt und gewollt, dass mit einer Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 eine Abweichung vom Glasfaserstandard stattfindet und dadurch die Mitbewerber keinen sachgerechten Layer 1-Zugang mehr erhalten. Die von der Beschwerdeführerin hierfür als Begründung angeführten Sachgründe sind nicht geeignet, das Vorgehen zu rechtfertigen. Hierüber konnten auf Seiten von Swisscom auch keine Fehlvorstellungen bestehen.

608. Die vielen widersprüchlichen und sachlich unzulänglichen Vorbringen vermitteln zudem den Eindruck, dass damit der Versuch unternommen wird, nachträglich eine ausreichende Begründung für das unzulässige Verhalten zu konstruieren.

609. Das Verschulden ist daher gegeben.

10) Ergebnis

610. Die Erfolgsprognose fällt eindeutig und zu Lasten der Beschwerdeführerin aus. Angesichts einer anzunehmenden marktmissbräuchlichen Verhaltensweise in Gestalt einer Technologieeinschränkung bestätigt sie die Notwendigkeit einer Anordnung von Massnahmen durch die Wettbewerbskommission, mit denen Swisscom die Umsetzung ihrer Netzbaustrategie 2020 vorläufig untersagt wird.

VI. NACHTEILSPROGNOSE

611. Die angefochtene Verfügung bejaht das Vorliegen eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils mit dem Hinweis auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb und die anderen Fernmeldeunternehmen, die sich bei einem Ausbau der Netzinfrastruktur mit der von Swisscom intendierten Netzarchitektur in Abweichung vom Glasfaserstandard ergeben.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

612. Gegen das Vorliegen einer ausreichenden Nachteilsprognose erhebt die Beschwerdeführerin verschiedene Einwände.

613. Zunächst erhebt die Beschwerdeführerin den grundlegenden Einwand, dass der erforderliche Nachteil sich auf den funktionierenden Wettbewerb und nicht auf private Interessen der beteiligten Parteien beziehen müsse. Daher sei auf einen objektiven Nachteil für den wirksamen Wettbewerb abzustellen, während ein allfälliger subjektiver Nachteil der Anzeigerin für sich alleine nicht entscheidend sei. Letztlich würden durch die vorgenommene Anordnung lediglich private Interessen von dritten Fernmeldeunternehmen verfolgt, welche durch vorsorgliche Massnahmen im Kartellverfahren aber nicht geschützt werden könnten. Vielmehr seien diese Fernmeldeunternehmen auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.

614. Zudem erhebt die Beschwerdeführerin den allgemeinen Einwand, dass die Nachteilsprognose für den Wettbewerb nur dann gegeben sei, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen

Markts drohen würden, wenn die wirtschaftliche Existenz der betroffenen Unternehmen ernsthaft in Frage gestellt sei oder ein anderweitiger schwerer Nachteil für den Wettbewerb als dem vom Kartellgesetz geschützten Rechtsgut zur Diskussion stehe.

615. Mit Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die Vorinstanz in Widerspruch zur regionalen Marktabgrenzung dem nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil für den Wettbewerb in räumlicher Hinsicht dadurch Gewicht verschaffen wolle, indem sie von einer landesweiten Marktabgrenzung auszugehen scheine. Diese Sachverhaltserhebung sei falsch und aktenwidrig, denn die Beschwerdeführerin habe im Rahmen ihrer Stellungnahme stets darauf hingewiesen, dass Fernmeldeunternehmen das Layer 1-Angebot von Swisscom in Gebieten mit einer P2P-Netzarchitektur, d.h. den bisherigen Gebieten mit Baukooperationen, mindestens im bisherigen Umfang weiter beziehen könnten.

616. Darüber hinaus erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass der von der Wettbewerbspraxis vorausgesetzte nicht leicht wieder gut zu machende Nachteil vorliegend nicht bejaht werden könne.

617. Denn zum einen seien die anderen Fernmeldeunternehmen in den massgeblichen Gebieten aufgrund von ausreichenden Handlungsalternativen allenfalls marginal davon betroffen, dass aufgrund der eingesetzten P2MP-Technologie kein klassisches Layer 1-Angebot ermöglicht werden könne. So würden auch in den bereits bestehenden FTTH-Netzen trotz des vorhandenen Angebots eines Layer 1-Zugangs gewisse Fernmeldeunternehmen dennoch andere Layer 3-Produkte beziehen.

618. Vielmehr hätten gewisse Fernmeldeunternehmen durch ein faktisches Technologieverbot für eine P2MP-Topologie sogar unmittelbar negative Auswirkungen zu gewärtigen.

619. Zum anderen drohe schon deshalb kein Nachteil für den Wettbewerb, weil keine ausreichenden Nachweise für das Bestehen eines strukturellen Marktverschlusses oder einer akuten Existenzbedrohung für andere Fernmeldeunternehmen einschliesslich der Anzeigerin oder eines sonstigen schwerwiegenden Nachteils vorgebracht worden seien.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

620. Die Vorinstanz hält an der Nachteilsprognose der angefochtenen Verfügung fest. Die hierfür vorgebrachten Aspekte werden im Rahmen der Würdigung durch das Gericht berücksichtigt.

(3) Würdigung durch das Gericht

621. Die Nachteilsprognose erfordert unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Kartellgesetzes (vgl. E. 168) die Feststellung, dass der Verzicht auf die vorsorgliche Massnahme einen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil für einen Betroffenen im Wettbewerb bewirken könnte bzw. würde. Teilweise wird dieses Kriterium in der Rechtspraxis auch als Anordnungsgrund bezeichnet (BVGer, 8.10.2007, A-6043/2007, E. 5.3).

(a) Betroffene

622. Als Betroffene eines Verzichts auf die vorsorgliche Massnahme haben die anderen Marktteilnehmer zu gelten, die dem in Frage stehenden, potentiell wettbewerbswidrigen Verhalten ausgesetzt sind. Dabei werden jedenfalls sowohl Konkurrenten als auch Lieferanten oder Kunden der potentiell wettbewerbswidrig handelnden Unternehmen erfasst.

623. Auch in anderen Rechtsgebieten wurde bislang auf die individuelle Betroffenheit eines einzelnen Unternehmens abgestellt, wie z.B. im Fernmelderecht (BGE 127 II 132, Swisscom/TDC - vorsorgliche Massnahmen, E. 4a).

624. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 613) sind für eine Beurteilung der Nachteilsprognose auch die privaten Interessen anderer Marktteilnehmer zu berücksichtigen (vgl. E. 168). Denn die neuere Rechtsprechung hat bestätigt, dass der Schutzzweck des Kartellgesetzes nicht nur als Institutionenschutz den Wettbewerb in seiner Funktion umfasst, sondern darüber hinaus gleichrangig auch als Individualschutz den Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.2). Dieser umfassende Schutzzweck ist auch für das Kartellverfahren massgebend (anders noch BGer, 2A.142/2003, Cablecom/Teleclub, E. 3.1). Es ist weder ein Grund ersichtlich noch wird ein solcher von der Beschwerdeführerin vorgetragen, warum diese duale Ausrichtung im Rahmen eines Kartellverfahrens zwar für den Endentscheid, nicht aber für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu berücksichtigen wäre.

625. Eine entsprechende Beschränkung wäre sachlich auch nicht umsetzbar, weil im Rahmen der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen allein die individuelle Beeinträchtigung eines einzelnen Unternehmens massgebend sein kann, ohne dass hierbei die Feststellung einer darüber hinaus gehenden gesonderten Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs erforderlich ist. So ist der wirksame Wettbewerb in seiner Funktion allein durch das Vorhandensein eines marktbeherrschenden Unternehmens bereits so stark gestört, dass jede weitere unangemessene Beeinträchtigung eines einzelnen Unternehmens in Gestalt eines Marktmachtmissbrauchs als wettbewerbschädigend zu qualifizieren ist, unabhängig davon, inwieweit dadurch sonstige Marktteilnehmer beeinträchtigt werden. Auch die Wettbewerbswidrigkeit von Wettbewerbsabreden in Form von Kernbeschränkungen ist vorbehaltlich einer allfälligen Rechtfertigung gegeben, ohne dass hierfür die Betroffenheit einer bestimmten Anzahl an Unternehmen als quantitative Erheblichkeit erforderlich wäre, wie dies bei anderen Wettbewerbsabreden der Fall ist. Das materielle Kartellrecht lässt demnach allein die individuelle Betroffenheit eines Unternehmens zur Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung genügen, weil dies für eine unzulässige Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs ausreichend ist. Daher kann im Rahmen des Verfahrens zur Abwendung eines sich daraus ergebenden Nachteils für einen Betroffenen der Individualschutz nicht einfach ausgeblendet werden.

626. Eine Beschränkung der Nachteilsprognose auf das ausschliessliche Vorliegen eines allfälligen Nachteils für den wirksamen Wettbewerb, insbesondere in Form einer irreversiblen Strukturveränderung des relevanten Markts, ist demnach aufgrund des umfassenden Schutzzwecks des Kartellgesetzes ausgeschlossen.

627. Im Übrigen steht der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Einwand in einem grundlegenden Widerspruch zu einem anderen von ihr vorgebrachten Einwand gegen die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Denn einerseits macht die Beschwerdeführerin geltend, die privaten Interessen einzelner Marktteilnehmer seien nicht zu berücksichtigen. Andererseits verlangt sie, dass der Nachteil - wenn schon nicht in einer irreversiblen Änderung der Marktstruktur - zumindest in einer Existenzbedrohung oder einem Marktaustritt eines betroffenen Unternehmens bestehen müsse. Wenn ein Unternehmen zur Begründung einer Beantragung von vorsorglichen Massnahmen aber das Vorliegen der eigenen Existenzbedrohung oder des eigenen Marktaustritts glaubhaft zu machen hätte, müsste es hierfür zwangsläufig die eigenen privaten Interessen an der Vermeidung dieser Gefahren darlegen und belegen. Die beiden von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anforderungen an eine vorsorgliche Massnahme schliessen sich demzufolge inhaltlich aus. Die beiden Einwände sind daher irrelevant.

628. Vorliegend sind durch die Abweichung vom Glasfaserstandard jedenfalls alle Fernmeldeunternehmen betroffen, die als aktuelle oder potentielle Marktteilnehmer bereits jetzt oder in Zukunft Fernmeldedienste gegenüber Endkunden anbieten wollen und hierfür auf das Angebot an FTTH-Netzen zurückgreifen müssen.

629. Da allen anderen Fernmeldeunternehmen aufgrund der Abweichung vom Glasfaserstandard die Möglichkeit verwehrt wird, eigenständige Fernmeldedienste gegenüber den Endkunden erbringen zu können, wird in jedem Fall auch der wirksame Wettbewerb auf dem Markt der Fernmeldedienste funktional beeinträchtigt.

630. Daher ist der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 613), mit der vorsorglichen Massnahme würden nur die privaten Interessen anderer Fernmeldeunternehmen geschützt, offensichtlich unbegründet.

(b) Nachteil

631. Als Ausgangspunkt einer inhaltlichen Feststellung des Nachteils für einen Betroffenen ist zunächst zu beachten, dass für diesen Nachteil keine anderen Anforderungen gestellt werden können, als an eine Feststellung des Nachteils für das wettbewerbswidrig handelnde Unternehmen, der diesem durch die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme entsteht. Denn für die Feststellung der Zumutbarkeit müssen die widerstreitenden Interessen zunächst unvoreingenommen und gleichrangig gegenübergestellt werden, um eine sachgerechte Interessenabwägung vornehmen zu können. Daher können keine unterschiedlichen Anforderungen an eine Feststellung dieser Interessen in Abhängigkeit von der jeweiligen Parteistellung gestellt werden.

632. Dies gilt aus verfahrensrechtlicher Sicht im Übrigen schon deshalb, weil im Einzelfall auch das wettbewerbswidrig handelnde Unternehmen einen Antrag auf

Erlass einer vorsorglichen Massnahme zur modifizierten Weiterführung des fraglichen Verhaltens bis zu einem Endentscheid stellen kann und sich mit dem Wechsel der verfahrensrechtlichen Stellung der beteiligten Parteien auch die Betrachtungsweise umkehrt.

633. Als Grundlage für einen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil eines Betroffenen ist nach ständiger Rechtsprechung ein rechtliches oder tatsächliches Interesse zu qualifizieren, wobei insbesondere ein wirtschaftliches Interesse ausreichend sein kann (BGer, 2A.142/2003, Cablecom/Teleclub, E. 3.1; BGer, 1.12.2004, 2A.439/2004, Sport-Toto-Gesellschaft gg. SpielbankenKom, zit. Tactilo, E. 2.3; BVGer, A-359/2018, Inclusion, E. 4.2). Dabei werden keine besonderen Anforderungen an den Nachteil gestellt (BGE 127 II 132, Swisscom/TDC - Vorsorgliche Massnahmen, E. 4a; BVGer, A-359/2018, Inclusion, E. 5.1). Der Nachteil darf nicht leicht wieder gut zu machen sein, wodurch sich eine mildernde Abweichung gegenüber der Anforderung für den Nachweis der Beschwerdelegitimation ergibt. Ungeachtet dessen wird er teilweise auch als «schwerer Nachteil» bezeichnet (BVGer, 8.10.2007, A-6043/2002, E. 5.3).

634. Diese inhaltliche Einschätzung korrespondiert mit dem Umstand, dass auch für eine Beurteilung der aufschiebenden Wirkung, die den gleichen Anforderungen untersteht (vgl. E. 179), die jeweiligen Gründe für deren Entzug lediglich diejenigen Gründe für die Regelanwendung bzw. die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung überwiegen müssen (BGE 129 II 286 E. 3.3; BVGer, A-359/2018, Inclusion, E. 8.2) und keine ganz aussergewöhnlichen Umstände vorausgesetzt werden (BGE 129 II 286 E. 3.1; BGE 99 Ib 215 E. 5).

635. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass sogar für den nicht wieder gut zu machenden Nachteil als Voraussetzung der Beschwerdelegitimation bereits die Gefahr des Verlusts von Aufträgen als eine Einschränkung der wettbewerbswirtschaftlichen Entfaltung und damit als ausreichender Nachteil qualifiziert wird. Denn im Rahmen eines Konkurrenzverhältnisses gegenüber einem allfällig marktbeherrschenden Unternehmen besteht die Gefahr, beim Bezug von dessen Produkten wegen allenfalls überhöhter Preise Aufträge von Kunden nicht zu erhalten und dadurch eine bleibende Behinderung zu erleiden (BGer, 17.12.1999, Commcare AG gg. Swisscom AG und ComCom, publ. BGE 125 II 613, zit. Commcare I, E. 6b). Darüber hinaus wird auch eine finanzielle Einbusse, die sich aufgrund allfällig überhöhter Preise ergibt, als ausreichender Nachteil angesehen, soweit eine rückwirkende Rückforderung nach Erlass der Endentscheidung nicht gesichert ist (BGE 125 II 613, Commcare I, E. 4a).

636. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 616 f.) setzt die Nachteilsprognose demzufolge insbesondere nicht voraus, dass der Nachteil in einer Existenzbedrohung oder einem allfälligen Marktaustritt der Mitbewerber als betroffene Marktteilnehmer besteht. Ein entsprechendes Verständnis würde sowohl dem Wortlaut und dem Zweck des Merkmals als auch der Systematik des einstweiligen Rechtsschutzes widersprechen. Dasselbe gilt aus den gleichen Gründen ebenfalls für

den Aspekt einer allfälligen irreversiblen Strukturveränderung des relevanten Markts.

637. Die Formulierung «nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil» grenzt Beeinträchtigungen gegenüber solchen ab, die «leicht wieder gut zu machen» sind. Massgeblicher Aspekt der Beurteilung ist aus sprachlicher Sicht daher die Möglichkeit zu einer leichten Wiedergutmachung und nicht eine besonders geartete, abstrakte Schwere eines Nachteils. Als leichte Wiedergutmachung ist die Aussicht zu qualifizieren, dass die bis zum Zeitpunkt des Endentscheids allfällig eintretenden Beeinträchtigungen von einem Betroffenen danach ohne nennenswerte grössere Schwierigkeiten und demnach mit einem geringen Aufwand innerhalb eines kurzen überschaubaren Zeitraums wieder ausgeglichen werden können. Demzufolge ist die Nachteilsprognose umgekehrt bereits dann zu bejahen, wenn aufgrund der konkreten Umstände davon auszugehen ist, dass ein betroffener Marktteilnehmer die Beeinträchtigungen nach Erlass des Endentscheids nicht mit geringem Aufwand innerhalb eines kurzen überschaubaren Zeitraums ausgleichen kann.

638. Demgegenüber lässt sich die Formulierung des nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils jedenfalls nicht auf das Vorliegen von schwerwiegendsten Beeinträchtigungen begrenzen, weshalb eine Einschränkung auf die Notwendigkeit einer Existenzbedrohung oder eines Marktaustritts bereits aus sprachlichen Gründen ausscheidet.

639. Bei einer teleologischen Betrachtung lässt sich eine entsprechende allgemeine Anforderung der Existenzbedrohung oder des Marktaustritts schon deshalb nicht begründen, weil sie im Einzelfall regelmässig zu sachwidrigen Ergebnissen führen würde. So wäre es dadurch sogar ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbehörden die Fortführung eines unzweifelhaft wettbewerbswidrigen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen mittels einer vorsorglichen Massnahme sofort unterbinden könnten, weil der jeweilige Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauch nicht in einer vollständigen Existenzvernichtung bestehen oder nicht zumindest zu einem Marktaustritt eines Mitbewerbers führen würde. Mit der Statuierung einer entsprechenden Anforderung würde demzufolge der Zweck einer Anordnung von vorsorglichen Massnahmen durch die Wettbewerbsbehörden - zum Schutz eines bestehenden Zustands oder von bedrohten Interessen durch Massnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes eingreifen zu können (vgl. E. 165) - geradezu konterkariert.

640. Diese sprachliche und teleologische Auslegung und Einschätzung wird durch eine systematische Betrachtung bestätigt.

641. So wurde durch die Rechtspraxis auch für die Berücksichtigung des Nachteils eines wettbewerbswidrig handelnden Unternehmens im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung keine entsprechende Anforderung der Existenzbedrohung oder des Marktaustritts aufgestellt. Vielmehr wurde auch das blosses Interesse anerkannt, einen Aufwand während des Zeitraums bis zum Endentscheid zu vermeiden, der sich danach als unnütz erweisen könnte, ohne dass hierfür eine Gefahr der Existenzbedrohung oder des Marktaustritts für das

marktbeherrschende Unternehmen erforderlich war (BGE 127 II 139, Swisscom/TDC, E. 4b). Es ist kein Grund ersichtlich, warum den Aspekten der Existenzbedrohung und des Marktaustritts nur eine Bedeutung bei der Beurteilung des Nachteils der von einem wettbewerbswidrigen Verhalten betroffenen Marktteilnehmer, nicht aber bei der Beurteilung des Nachteils für das wettbewerbswidrig handelnde Unternehmen zukommen soll.

642. Auch für die Feststellung einer Technologieeinschränkung und anderer Marktmachtmissbräuche in der Hauptsache ist das Vorliegen einer Existenzvernichtung oder eines Marktaustritts von anderen Marktteilnehmern nicht erforderlich (vgl. E. 590).

643. Die Aspekte der Existenzvernichtung und des Marktaustritts bilden denn auch in anderen Rechtsgebieten keine zwingenden Voraussetzungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Es ist kein Grund ersichtlich und von der Beschwerdeführerin ist auch kein solcher Grund angeführt worden, warum im Kartellrecht die Anforderungen an eine grundsätzliche Anordnung in derartiger Weise erhöht werden müssten.

644. Zudem finden für den Entzug oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer (allgemeinen) Verfügung die gleichen Kriterien Anwendung wie für die Beurteilung einer Verfügung von vorsorglichen Massnahmen (vgl. E. 179). Folgerichtig wäre die aufschiebende Wirkung einer Verfügung demnach nur noch in den Fällen wiederherzustellen, in denen das von der Verfügung betroffene und die Wiederherstellung beantragende Unternehmen andernfalls in seiner Existenz bedroht wäre oder zumindest einen Marktaustritt zu befürchten hätte. In diesem Fall hätte auch die Beschwerdeführerin für ihren Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung darlegen müssen, dass sie bei dessen Ablehnung in ihrer Existenz bedroht wäre oder aus dem Markt austreten müsste, was sie aber offensichtlich unterlassen hat, weil eine entsprechende Voraussetzung nicht besteht. Denn es ist nicht ersichtlich, dass durch die Rechtspraxis bislang eine entsprechende Voraussetzung für das Kartellrecht oder ein anderes Rechtsgebiet aufgestellt wurde oder die Statuierung einer entsprechenden Voraussetzung als sachlich angemessen zu qualifizieren wäre.

645. Darüber hinaus korrespondiert der vorliegend festgestellte Inhalt des Merkmals eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils auch eher mit dem Inhalt des Merkmals des nicht wieder gut zu machenden Nachteils als Voraussetzung der Beschwerdelegitimation eines Beschwerdeführers bei der Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung (vgl. E. 6). Denn es wäre widersprüchlich, wenn an die Voraussetzung der Nicht-leichten-Wiedergutmachung, der bloss eine relative Bezugnahme zu Grunde liegt, die höheren sachlichen Anforderungen gestellt werden würden als an die Voraussetzung der Nicht-Wiedergutmachung, der eine absolute Bezugnahme zu Grunde liegt. Auch letztere setzt nur voraus, dass die bis zum Erlass des Endentscheids allfällig eintretende Beeinträchtigung nachträglich nicht mehr ausgeglichen werden kann und nicht, dass darüber hinaus ein betroffenes Unternehmen deshalb auch noch seine Existenz verliert oder aus dem Markt austreten

muss. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass auch zwischen den beiden unterschiedlichen Anforderungen der Zulässigkeit und der materiellen Beurteilung eine grundlegende Abweichung verbleibt.

646. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das Vorliegen eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils weder eine Existenzbedrohung noch einen allfälligen Marktaustritt eines betroffenen Marktteilnehmers noch eine irreversible Strukturveränderung des relevanten Markts voraussetzt, um die Nachteilsprognose als Grundlage einer vorsorglichen Massnahme zu erfüllen.

(c) Berücksichtigung des Nachteils

647. Bei der Berücksichtigung des Nachteils ist zwischen dessen Feststellung im Rahmen der Nachteilsprognose und dessen Bedeutung im Rahmen der Zumutbarkeit zu unterscheiden, weil es sich hierbei um unterschiedliche Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme handelt.

648. Für die Feststellung des Nachteils im Rahmen der Nachteilsprognose ist das Vorliegen eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils ausreichend. Damit ist allerdings noch keine Bewertung des Nachteils im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit verbunden. Denn für die Interessenabwägung sind die wiederstreitenden Interessen unter Berücksichtigung der Erfolgsprognose einander gegenüberzustellen. Dabei muss der mit der angeordneten Massnahme abzuwendende Nachteil umso gewichtiger zu beurteilen sein, je geringer die Erfolgsprognose ausfällt, um gegenüber einem anerkanntenswerten Interesse des Wettbewerbsstörers Vorrang zu erhalten.

649. Die Aspekte einer Existenzvernichtung und eines Marktaustritts können demnach dann eine massgebliche Bedeutung erlangen, wenn im Einzelfall die Erfolgsprognose in Bezug auf die Bejahung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens eher zweifelhaft ist und dementsprechend die Möglichkeit einer immensen Schädigung anderer Marktteilnehmer gegeben sein müsste, um die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme überhaupt begründen zu können.

650. In diesem Sinne sind auch die Ausführungen zur Nachteilsprognose in der bisherigen Wettbewerbspraxis (BGE 130 II 149, Sellita, E. 2.4 und 3.4.1; BGE 127 II 132, Swisscom/TDC - Vorsorgliche Massnahmen, E. 4b; WEKO, Eishockey im Pay-TV, RPW 2017/3, 419, Ziff. 87; WEKO, Sport im Pay-TV - vorsorgliche Massnahmen, RPW 2014/2, 389, Ziff. 18 m.w.H.) zu verstehen, auf welche die Beschwerdeführerin verweist. Auch die angefochtene Verfügung stellt hierzu in Übereinstimmung mit früheren Entscheiden bereits fest, dass es sich bei derartigen Sachverhaltskonstellationen nur um «den klarsten Fall» einer Nachteilsprognose handelt.

(d) Sachverhalt

651. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Erfolgsprognose von der Verwirklichung einer Technologieeinschränkung zu Lasten der Beschwerdeführerin auszugehen. Daher besteht von vornherein keine Notwendigkeit zur Einschränkung der Nachteilsprognose auf die Feststellung einer Existenzvernichtung oder eines Marktaustritts. Deshalb bedürfen diese Aspekte auch

keiner weiteren inhaltlichen Erörterung im Rahmen der Nachteilsprognose.

652. Das Abweichen vom Glasfaserstandard beim Ausbau eines FTTH-Netzes mit dem intendierten Einfasermodell mit P2MP-Topologie durch Swisscom führt dazu, dass die übrigen Fernmeldeteilnehmer keinen Layer 1-Zugang zu diesem Glasfasernetz erhalten, sondern nur Layer 3-Produkte von Swisscom als Ersatzprodukte beziehen müssen. Dadurch ist es ausgeschlossen, dass die anderen Fernmeldeunternehmen eigenständige Fernmeldedienste auf dem Markt anbieten können. Dieser Umstand ist unstrittig und wird von der Beschwerdeführerin selbst eingeräumt (vgl. E. 277). Soweit andere Fernmeldeunternehmen im Rahmen der erweiterten Netzbaustrategie einen gewissen unmittelbaren Zugang zu einer Teilnehmeranschlussleitung erhalten, ist zum einen deren Anzahl auf vier Unternehmen je Anschlusszentrale bzw. Strassenverteiler beschränkt und zum anderen kann ein solcher Zugang nicht individuell für einzelne Teilnehmeranschlüsse hergestellt, sondern nur für sämtliche Teilnehmeranschlüsse der jeweiligen Anschlusszentrale bzw. des jeweiligen Strassenverteilers zugewiesen werden, weshalb er nicht als Layer 1-Zugang zur Sicherstellung einer offenen Wettbewerbsmatrix zu qualifizieren ist (vgl. E. 433 ff.).

653. Wie bereits im Rahmen der Erfolgsprognose dargelegt, ergibt sich dadurch eine schwerwiegende Einschränkung sowohl der wirtschaftlichen Freiheiten der übrigen Fernmeldeunternehmen und der Endkunden als auch des Wettbewerbs auf den Gross- und Einzelhandelsmärkten für Fernmeldedienste.

654. Zum einen sind die übrigen Fernmeldeunternehmen aufgrund der Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit nicht in der Lage, auf der Einzelhandelsebene mit originären Produkten einen umfassenden Wettbewerbsdruck sowohl im Leistungsbereich als auch im Preisbereich gegenüber den Produkten von Swisscom zu erzeugen. Insbesondere könnten die übrigen Fernmeldeunternehmen keinen Vorsprung im Wettbewerb durch die zeitlich frühere Bereitstellung eines verbesserten Angebots erzielen. Vielmehr wären sie ausschliesslich darauf beschränkt, im Rahmen des Wiederverkaufs der Ersatzprodukte von Swisscom den Endkunden Preisvorteile gegenüber den leistungsmässig identischen Produkten von Swisscom einzuräumen. Damit kämen den Endkunden auch keine umfassenden Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Leistungsbereichs und des Preisbereichs der von den verschiedenen Fernmeldeunternehmen angebotenen Produkte zu.

655. Zum anderen ergeben sich Kapazitätsprobleme für andere Fernmeldeunternehmen, weshalb der Markteintritt von neuen Fernmeldeunternehmen und die Expansionsbestrebungen der bestehenden Fernmeldeunternehmen beeinträchtigt werden.

656. Diese schwerwiegenden Einschränkungen würden ohne vorsorgliche Massnahme durch den Ausbau des unzulässigen FTTH-Netzes bis zum Erlass einer rechtsverbindlichen Entscheidung in der Hauptsache zementiert. Dabei ist davon auszugehen, dass der potentiell rechtswidrige Ausbau angesichts der in Kartellverfahren üblichen Zeitdauer und dem Umstand, dass Wettbewerbsentscheide regelmässig über mehrere Instanzen

angefochten werden, für viele Jahre fortgesetzt werden könnte. Swisscom will in den nächsten drei Jahren bis 2025 einen weiteren Anteil von annähernd 33% des FTTH-Netzes erstellen. Ein allfälliger Rückbau eines unzulässigen FTTH-Netzes - wenn er überhaupt in Betracht zu ziehen wäre - würde wiederum einige Jahre beanspruchen.

657. Demzufolge wären die anderen Wettbewerber während eines Zeitraums von vielen Jahren in der Aufnahme ihrer Tätigkeit und der eigenständigen Ausgestaltung ihrer Dienstleistungen eingeschränkt. Infolgedessen würden sich mit hoher Wahrscheinlichkeit die Möglichkeit zu einer geringeren Kundenakquisition und damit auch finanzielle Einbussen ergeben. Aufgrund der fehlenden Möglichkeit zur wettbewerbswirtschaftlichen Entfaltung wäre zudem die Wettbewerbsfähigkeit gegenüber Swisscom eingeschränkt.

658. Die Nachteilsprognose ist aufgrund dieser Ausgangslage ohne Weiteres erfüllt.

659. Die von der Beschwerdeführerin hiergegen vorgebrachten weiteren Einwände sind unbegründet oder irrelevant.

660. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 617) stellen die bislang vorhandenen Ersatzprodukte von Swisscom, wie bereits darlegt, keine valable Alternative für einen Layer 1-Zugang auf Grundlage des Glasfaserstandards dar. Diese Einschätzung vermag auch der Umstand, dass gewisse Fernmeldeunternehmen diese Ersatzprodukte in den bereits vorhandenen FTTH-Netzen beziehen, nicht aufzuheben.

661. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 617) steht der vorstehenden Bewertung im Rahmen der Nachteilsprognose nicht entgegen, dass auch bei einem Ausbau gemäss Glasfaserstandard in Zukunft einzelne Fernmeldeunternehmen nur Ersatzprodukte beziehen und auf den Bezug eines Layer 1-Angebots verzichten werden. Denn genau mit einer derartigen Auswahlentscheidung machen diese Unternehmen von der ihnen tatsächlich zukommenden wirtschaftlichen Handlungsfreiheit Gebrauch, die den anderen Unternehmen umgekehrt verwehrt werden würde.

662. Im Übrigen legt die Beschwerdeführerin entgegen ihrem Einwand (vgl. E. 618) in diesem Zusammenhang nicht dar, in welcher Weise andere Fernmeldeunternehmen bei einem Ausbau eines FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard gegenüber einem Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie negative Auswirkungen zu gewärtigen hätten. Denn nach den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin können die anderen Fernmeldeunternehmen bei den bestehenden, gemäss Glasfaserstandard ausgebauten FTTH-Netzen die Ersatzprodukte von Swisscom uneingeschränkt beziehen, weshalb sich kein Unterschied zu dem von Swisscom intendierten Netzausbau ergibt. Ihre Behauptung ist daher widersprüchlich und irrelevant.

663. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 615), wonach die notwendige Nachteilsprognose erst durch eine räumliche Ausdehnung auf das gesamte Landesgebiet in der angefochtenen Verfügung nachgewiesen werde, ist unbegründet, weil es für die Nachteilsprognose ausreichend ist, dass ein entsprechender Nachteil für

die Mitbewerber und den Wettbewerb für die Neubaugebiete, in denen ein FTTH-Netz erst noch hergestellt werden muss, festzustellen ist. Daher bedarf es keiner darüber hinaus gehenden Abklärung, ob dieser Einwand angesichts der Ausführungen in der angefochtenen Verfügung überhaupt zutreffend ist.

(e) Kausalzusammenhang

664. In der Wettbewerbspraxis wird zusätzlich das Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und dem allfällig eintretenden Nachteil verlangt.

665. Dieser Kausalzusammenhang ist vorliegend offensichtlich gegeben.

VII. DRINGLICHKEIT

666. Die angefochtene Verfügung bejaht die Dringlichkeit einer Anordnung der vorsorglichen Massnahmen mit dem Verweis auf den laufenden und forcierten Ausbau von Glasfasernetzen durch Swisscom mit der von ihr angestrebten Netzarchitektur in Abweichung vom Glasfaserstandard.

(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerin*

667. Die Beschwerdeführerin bringt verschiedene Einwände gegen das Vorliegen der Dringlichkeit vor.

668. Zunächst erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass sowohl aus dem Verhalten der Anzeigerin als auch demjenigen der Vorinstanz keine unmittelbare zeitliche Dringlichkeit abgeleitet werden könne.

669. Die Anzeigerin habe bereits im Jahr 2018 Kenntnis von der Netzbaustrategie 2020 erlangt. Dass in einer ersten Phase noch Unklarheiten über den Umfang und die Reichweite des Einsatzgebiets für die P2MP-Netzarchitektur bestanden habe, würde daran nichts ändern. Vor diesem Hintergrund habe die Anzeigerin mit der Anzeige und dem Gesuch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu lange zugewartet, als dass noch von zeitlicher Dringlichkeit gesprochen werden könne. Entsprechende Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz wären bereits früher möglich und ohne Weiteres zumutbar gewesen. Die Anzeigerin habe es auch unterlassen, plausibel und glaubhaft darzulegen, weshalb nun gerade in der aktuellen Situation umgehender Handlungsbedarf bestehen soll.

670. Nachdem die Vorinstanz bereits ab März 2020 Sachverhaltsabklärungen vorgenommen und sich nach Eingang der Anzeige vom 9. September 2020 noch drei Monate Zeit bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung gelassen habe, sei es nicht nachvollziehbar und glaubwürdig, dass Ende 2020 plötzlich unmittelbarer Handlungsbedarf bestanden haben soll.

671. Zudem erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass eine zeitliche Dringlichkeit auch nicht durch den Hinweis der Vorinstanz nachgewiesen werde, wonach Swisscom derzeit den Netzausbau forcieren und damit die Gefahr eines fait accompli bestehe, weil Swisscom mit jedem Ausbau ihrer Infrastruktur täglich Fakten schaffe und nachträgliche Umrüstungen sowie bauliche Anpassungen zudem mit grossen Kosten verbunden seien. Vielmehr sei dies eine widersprüchliche und inkonsequente Argumentation der Vorinstanz. Denn

dabei werde für die Begründung der zeitlichen Dringlichkeit in Widerspruch zur Begründung der angeblichen Verhältnismässigkeit der vorsorglichen Massnahme, wonach der angeordnete Eingriff angesichts der Möglichkeit eines Layer 1-Entbündlungsangebots massvoll und zumutbar sei, offenbar von der Prämisse eines (zumindest de facto) Baustopps bzw. einer Technologievorgabe (Verbot P2MP-Netzarchitektur) ausgegangen.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

672. Die Vorinstanz hält an der angefochtenen Verfügung fest. Die hierfür vorgebrachten Aspekte werden im Rahmen der Würdigung durch das Gericht berücksichtigt.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

673. Dringlichkeit setzt voraus, dass die Erhaltung des bestehenden Zustands oder die Sicherstellung bedrohter Interessen unmittelbar gefährdet ist und daher zu deren Schutz die Notwendigkeit besteht, die vorsorgliche Massnahme sofort anzuordnen (BGE 130 II 149, Sellita, E. 2.2; BGE 127 II 132, Swisscom/TDC, E. 3; BVGer, 31.3.2016, A-1703/2016, E. 3.2; SEILER, WW-VwVG, Art. 55 Rn. 94; WEISSENBERGER PHILIPPE/HIRZEL ASTRID, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, zit. Suspensiveffekt, 73). Erscheint es hingegen zumutbar, auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Rechtsmittelverfahrens zu verzichten, ist keine Dringlichkeit gegeben (BGER, 15.2.2002, 1A.6/2002 u. 1A.7/2002, E. 4.3). Für die Beurteilung im Einzelfall ist dabei zu beachten, dass zur Begründung der Dringlichkeit einerseits nicht nur ganz aussergewöhnliche Umstände vorliegen müssen und andererseits allgemeine Lebensrisiken nicht ausreichen (BGE 129 II 286 E. 3.2; BGE 105 V 266 E. 2; SEILER, WW-VwVG, Art. 55 Rn. 94).

674. Bei Schutzobjekten wie Infrastrukturnetzen einschliesslich von Telekommunikations- und Glasfasernetzen, bei denen ein Dauerzustand hergestellt wird oder fortbesteht, nimmt die Dringlichkeit einer Sicherstellung des bisherigen Zustands oder der gefährdeten Interessen mit dem zunehmenden Umfang eines unrechtmässigen Neu- oder Ausbaus fortlaufend zu.

675. Dies wurde für andere Rechtsbereiche bereits festgestellt (BGE 127 II 132, Swisscom/TDC - Vorsorgliche Massnahmen, E. 4a).

676. Die Dringlichkeit endet bei solchen Schutzobjekten dann, wenn zwischen dem angestrebten und dem bereits erreichten Zustand kein wesentlicher Unterschied mehr besteht, weil der Endzustand bereist vollständig oder zumindest annähernd erreicht ist, und eine bestimmte angeordnete oder in Betracht zu ziehende Massnahme, die auf eine Vermeidung des Endzustands ausgerichtet ist, daher ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann. In diesem Fall ist allerdings auch die Geeignetheit der Massnahme im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht gegeben, weil der Sicherungszweck nur durch den Erlass einer anderen vorsorglichen Massnahme, mit der die Aufhebung des Endzustands herbeigeführt wird, erreicht werden könnte.

677. Ansonsten endet die Dringlichkeit nur dann, wenn nach allgemeinen Grundsätzen von der Erlangung einer unanfechtbaren Rechtsposition durch das wettbewerbswidrig handelnde Unternehmen oder von einer Verwirkung der Rechtsposition des Anspruchstellers bzw. der Wettbewerbsbehörden auszugehen wäre.

678. Die Anordnung, beim Bau von FTTH-Glasfasernetzen einen Layer 1-Zugang für andere Fernmeldeunternehmen bereitzustellen, war im Dezember 2020 geboten, weil ein weiteres Zuwarten dazu geführt hätte, dass der Ausbau des wettbewerbswidrigen FTTH-Netzes mit jedem Tag fortlaufend erweitert und damit auch die Wiederherstellung eines ordnungsgemässen Zustands durch einen Rückbau des wettbewerbswidrigen FTTH-Netzes nur noch weiter hinausgezögert und erschwert worden wäre.

679. Swisscom hatte im Rahmen ihrer Neubaustrategie im Februar 2020 angekündigt, innerhalb von fünf Jahren bis zum Jahr 2025 weitere annähernd 33% des FTTH-Netzes herzustellen und damit ihr FTTH-Netz in der Schweiz zu verdoppeln. Damit wurde entsprechend der Einschätzung in der angefochtenen Verfügung und entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 671) ein forciertes Ausbau des FTTH-Netzes eingeleitet, nachdem für die Herstellung der zu diesem Zeitraum bereits bestehenden ersten rund 33% des FTTH-Netzes ein wesentlich längerer Zeitraum von rund zehn Jahren beansprucht worden war. Angesichts der notwendigen Dauer von Kartellverwaltungsverfahren und der üblicherweise durchgeführten Rechtsmittelverfahren war daher davon auszugehen, dass der vorgesehene Ausbau des FTTH-Netzes durch Swisscom noch vor Erlass einer letztinstanzlichen Entscheidung hätte beendet werden können. In dem vorgesehenen Zeitraum wäre somit ein wesentlicher Anteil des FTTH-Netzes vollständig ausgebaut und dabei vom Glasfaserstandard abgewichen worden.

680. Bereits für den Zeitraum zwischen Januar 2021 und Januar 2022 war vorgesehen, eine Vielzahl von Ausbauprojekten im ganzen Land einschliesslich von grossen Orten mit urbanen Verhältnissen (vgl. E. 108) durchzuführen. Dies ergibt sich eindeutig aus der von der Beschwerdeführerin eingereichten Liste der Ausbauprojekte, die insgesamt {550-[xxx]-600} Gemeinden der in der Schweiz vorhandenen 2002 Gemeinden (vgl. E. 102) umfasst. Der Erlass der vorsorglichen Massnahme war demnach geboten, um einen ungehinderten forcierten Ausbau von wettbewerbswidrigen FTTH-Netzen zu unterbinden und die Einhaltung des Glasfaserstandards sicherzustellen.

681. Die Erlangung einer unanfechtbaren Rechtsposition durch Swisscom war zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung im Dezember 2020 jedenfalls weder bereits eingetreten noch überhaupt absehbar. Gleiches gilt für eine Verwirkung des Durchsetzungsanspruchs der Wettbewerbsbehörden aufgrund ihres bisherigen Untersuchungsverhaltens.

682. Die Rechtspraxis hat die Dringlichkeit bereits bei weniger einschneidenden Auswirkungen angenommen. So wurde z.B. das behördliche Verbot einer einstweiligen Aufstellung von Lotteriegeräten bis nach Beendigung von deren notwendiger fachtechnischer Untersu-

chung bestätigt, weil sich bis dahin ein breites System von Lotteriemaschinen hätte entwickeln können, die im Falle ihrer Untersagung wieder zu beseitigen gewesen wären (BGer, 2A.439/2004, Tactilo, E. 3.2.2).

683. Die Dringlichkeit der angeordneten vorsorglichen Massnahme ist daher gegeben.

684. Die von der Beschwerdeführerin hiergegen vorgebrachten Einwände sind irrelevant oder unbegründet.

685. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 668 ff.) setzt die Dringlichkeit einer Massnahme insbesondere keine sofortige oder unverzügliche Anordnung durch die Wettbewerbsbehörden voraus. Denn die Dringlichkeit der angeordneten Massnahme besteht in Bezug auf das Schutzobjekt und nicht hinsichtlich der Aktivität der Wettbewerbsbehörden oder dritter Unternehmen. Deshalb ist sie auch nur im Hinblick auf das Schutzobjekt festzustellen. Die Dringlichkeit entfällt demzufolge nicht deshalb, weil eine Behörde keine sofortige oder unverzügliche Anordnung der vorsorglichen Massnahme vorgenommen hat. Gleiches gilt für allfällige Anzeigen von betroffenen Unternehmen. Daher bedarf es vorliegend entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 669) von vornherein auch keiner Abklärung, wann und unter welchen Umständen die Anzeigerin oder die Wettbewerbskommission bereits vor der öffentlichen Verkündung der Netzbaustrategie 2020 durch Swisscom von deren entsprechenden Plänen Kenntnis hätte erlangen können, ungeachtet dessen, dass sich allein aus der Bekanntgabe eines allfälligen zukünftigen Verhaltens auch keine Handlungsverpflichtungen für Konkurrenten oder die Wettbewerbsbehörden ergeben.

686. Im Übrigen stellt der von den Wettbewerbsbehörden beanspruchte Zeitrahmen zwischen dem Beginn der Marktklärungen und dem Erlass der vorsorglichen Massnahme auch sachlich keine unangemessene Zeitdauer dar. Denn die behördliche Untersuchung eines hochkomplexen technischen Sachgebiets und einer sachgerechten rechtlichen Würdigung bedarf auch bei einer Hilfeleistung durch Branchenunternehmen und Sachverständige einer gewissen Zeitdauer, die ohne Weiteres den Zeitraum von zehn Monaten deutlich übersteigen kann. Dies gilt umso mehr, wenn das betreffende Unternehmen eine Vielzahl von Stellungnahmen zu sämtlichen tatsächlichen und rechtlichen Aspekten der jeweiligen Sachumstände abgibt, die allesamt einer eingehenden Abklärung zugeführt werden müssen.

687. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 671) ist angesichts der dargelegten Ausbauintentionen sowohl von einem forcierten Ausbau des FTTH-Netzes als auch von einem kosten- und zeitintensiven Rückbau auszugehen, wobei sich aus diesen Aspekten kein Widerspruch zur vorgenommenen Interessenabwägung ergibt, sondern diese dadurch vielmehr gerade gestützt wird.

VIII. GEEIGNETHIT

688. Die angefochtene Verfügung bejaht die Geeignetheit der vorsorglichen Massnahme zur Gewährleistung der bestehenden Marktstruktur mit einem Layer 1-Angebot beim weiteren Ausbau des FTTH-Netzes.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

689. Die Beschwerdeführerin bringt verschiedene Einwände gegen das Vorliegen der Geeignetheit der vorsorglichen Massnahme vor.

690. Zunächst erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, die Vorinstanz habe im Rahmen der angefochtenen Verfügung in keiner Weise dargelegt und nachgewiesen, dass ein Layer 1-Zugang eine notwendige Voraussetzung für die Herstellung von wirksamem Wettbewerb darstelle.

691. Hierzu verweist die Beschwerdeführerin auf die Bekanntmachung von Sunrise, nach der diese auch ohne Layer 1-Zugang ein solides Jahresumsatzplus von 11,3% und damit einen erheblichen Kunden- und Marktanteilsgewinn erzielt habe.

692. Zudem erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass weder die Farbentbündelung noch andere mögliche Layer 1-Zugangsvarianten massenmarktauglich seien, sondern erst noch entwickelt, getestet und eingeführt werden müssten. Daher sei es fraglich, ob die angeordneten Massnahmen während des Hauptsacheverfahrens überhaupt verbindlich umgesetzt werden könnten. Im Laufe des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin dann ausgeführt, dass eine Umsetzung der Farbentbündelung möglich sei und auch immerhin eine gewisse Möglichkeit für deren Durchsetzung am Markt bestünde.

693. Darüber hinaus erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die angefochtene Verfügung die verbotene Verhaltensweise entgegen den allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen nur ungenügend bestimme und das gebotene Verhalten nicht klar umschreibe und eingrenze, was in Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit der angeordneten vorsorglichen Massnahme zu berücksichtigen sei.

694. Danach bestehe die Unbestimmtheit und die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit insbesondere in Bezug auf die Frage, unter welchen Bedingungen und mit welchem Zeithorizont von einer direkt sanktionsbedrohten Verletzung der Anordnung auszugehen sei. Denn es bliebe sowohl sachlich unklar, inwieweit die von der Vorinstanz stark in den Vordergrund gerückte Variante der Farbentbündelung angesichts der bestehenden Vorbehalte tatsächlich mit befreiender Wirkung für Swisscom angewendet werden könne, als auch völlig unbestimmt, in welchem Zeitraum die angeordneten Massnahmen umzusetzen seien, weil die Verfügung keine Umsetzungs- oder Übergangsfristen aufweisen würde, innerhalb deren die vorsorgliche Massnahme umgesetzt hätte werden müssen.

695. Diese Unbestimmtheit sei trotz eines formalen Erklärungsersuchens der Beschwerdeführerin nicht beseitigt, sondern nur mit weiteren ausweichend-unverbindlichen Aussagen durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission verstärkt worden.

696. Im Übrigen sei die Differenzierung zwischen der Zulässigkeit eines Baus und der Unzulässigkeit einer Inbetriebnahme der jeweiligen Netze nicht nachvollziehbar. Dies sei auch auf grosses Unverständnis in den vom Ausbaustopp betroffenen Gemeinden gestossen.

Dies gelte insbesondere für diejenigen Orte, in denen der physische Anschluss des jeweiligen Glasfasernetzes bereits erfolgt ist, die Inbetriebnahme und die effektive Nutzung des Netzes aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen vorsorglichen Massnahme aber nunmehr nicht mehr möglich sein soll.

697. Des Weiteren erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die vorsorgliche Massnahme ungeeignet sei, weil damit auch die Bereitstellung des Produkts FTTH on demand untersagt werde. Denn bei diesem Produkt erfolge die Ausführung auf ausdrückliches Verlangen der jeweiligen Liegenschaftseigentümer. Diese hätten mit Swisscom einen Vertrag zur Herstellung eines FTTH-Netzanschlusses abgeschlossen und würden nunmehr auch dessen Erfüllung durch Swisscom verlangen.

698. Schliesslich erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die Geeignetheit schon deshalb nicht gegeben sei, weil die vorsorgliche Massnahme wesentliche Nachteile für die Mitbewerber zur Folge habe, weil diese ebenfalls keine höherwertigen Breitbandprodukte auf Basis des Produkts BBCS von Swisscom beziehen und gegenüber den Endkunden anbieten könnten.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

699. Die Vorinstanz hält an der angefochtenen Verfügung fest. Die hierfür vorgebrachten Aspekte werden im Rahmen der Würdigung durch das Gericht berücksichtigt.

(3) Würdigung durch das Gericht

700. Das Merkmal der Geeignetheit im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung setzt voraus, dass der mit der Massnahme verbundene Zweck auch tatsächlich erreicht werden kann. Vorliegend muss mit der vorsorglichen Massnahme demnach erreicht werden können, dass trotz einer Abweichung vom Glasfaserstandard beim weiteren Ausbau des FTTH-Netzes dritten Fernmeldeunternehmen die Möglichkeit eines Layer 1-Zugangs verbleibt, um einen wettbewerbsneutralen weil diskriminierungs- und monopolfreien Zugang zum jeweiligen Netz und damit wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten.

701. Die Anordnung, beim Bau von FTTH-Glasfasernetzen einen Layer 1-Zugang für andere Fernmeldeunternehmen bereitzustellen, ist ohne Weiteres geeignet, die mittels des Glasfaserstandards angestrebten Zwecke einer diskriminierungsfreien Nutzung von FTTH-Netzinfrastrukturen und der Verhinderung einer Monopolisierung eines FTTH-Netzes sowie insgesamt einer Sicherstellung von wirksamem Wettbewerb auf FTTH-Glasfasernetzen zu gewährleisten.

702. Mit dem blossen Verweis auf die Zurverfügungstellung eines Layer 1-Zugangs ohne Anordnung einer bestimmten technologischen Grundlage wird zudem der Möglichkeit einer allfälligen technologischen Entwicklung seit Festlegung des Vierfaser-Modells mit P2P-Topologie Rechnung getragen. Denn Swisscom wird dadurch nicht verpflichtet, den Glasfaserstandard trotz allfällig vorhandener technologischer Entwicklungen eins zu eins umzusetzen, sondern nur angehalten, die mit dem Glasfaserstandard verbundenen Zwecke und die

daraus abzuleitenden Ergebnisse zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere für die Herstellung einer offenen Wettbewerbsmatrix. Swisscom verbleibt dadurch die Möglichkeit einer eigenverantwortlichen Auswahl aus den hierfür geeigneten Technologien zum Ausbau ihres eigenen FTTH-Netzes.

703. Soweit bislang - wie von der Beschwerdeführerin selbst vorgetragen wird (vgl. E. 692) - allerdings gar keine alternative massenmarkttaugliche technologische Variante zur Herstellung eines Layer 1-Zugangs vorhanden ist, um das Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie des Glasfaserstandards zu ersetzen, kann von vornherein auch keine Abweichung hiervon stattfinden. Auch deshalb ist die vorsorgliche Massnahme zur Einhaltung der notwendigen technologischen Ausgestaltung unzweifelhaft geeignet.

704. Die von der Beschwerdeführerin gegen die Geeignetheit der vorsorglichen Massnahme vorgebrachten Einwände sind unbegründet oder irrelevant.

705. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 693 f.) sind weder der sachliche Inhalt und der zeitliche Rahmen der vorsorglichen Massnahme noch die Sanktionierung im Falle einer Widerhandlung unklar.

706. Die Anordnung der Sicherstellung eines Layer 1-Zugangs weist keine sachliche Unbestimmtheit auf. Denn in sämtlichen Rechtsschriften der Beschwerdeführerin findet sich keine einzige Passage, bei welcher in Frage gestellt wird, was sachlich-inhaltlich unter einem Layer 1-Zugang zu verstehen sei. Auch anlässlich der Instruktionsverhandlung bedurfte dieser Aspekt keiner näheren Erläuterung, Abklärung oder Abstimmung zwischen den Parteien. Swisscom war und ist daher offensichtlich bewusst, was unter einem Layer 1-Zugang zu verstehen ist und welche Anforderungen an eine Umsetzung zu stellen sind. Da Swisscom mit ihrer Netzbaustrategie 2020 vom bestehenden Glasfaserstandard aber abweichen will, obliegt es ihrer Verantwortung sicherzustellen, dass dieses Abweichen wettbewerbskonform erfolgt und ein Layer 1-Zugang für die anderen Fernmeldeunternehmen gewährleistet wird. Daher hat sie auch die möglichen Technologien einer entsprechenden Abklärung zuzuführen.

707. Die vorsorgliche Massnahme stellt auch ausdrücklich klar, dass die Untersagung der Erstellung eines FTTH-Netzes ohne Layer 1-Zugang sowohl die Variante einer originären Herstellung eines entsprechenden Leitungsnetzes durch Swisscom als auch in der Variante einer Anpassung von bereits bestehenden Leitungsnetzen von Swisscom erfasst. Deshalb bestehen auch im Hinblick auf den sachlichen Umfang der Untersagung keine Unklarheiten.

708. Dementsprechend ist auch eine Differenzierung zwischen einem zulässigen (Aus-)Bau eines solchen Netzes und dessen unzulässiger Inbetriebnahme entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 696) ausgeschlossen. Auch der Hinweis der Beschwerdeführerin, wonach diese Differenzierung auf Unverständnis in den betroffenen Gemeinden gestossen sei, vermag keine andere Einschätzung herbeizuführen. Das Unverständnis in diesen Gemeinden wäre zweifellos noch viel grösser, wenn die Nutzung eines bereits in Betrieb ge-

nommenen Glasfasernetzes wieder eingestellt werden müsste.

709. Die mit der vorsorglichen Massnahme getroffene Anordnung weist auch keine zeitliche Unklarheit auf. Selbstredend gilt die Anordnung unmittelbar mit Erlass der vorsorglichen Massnahme, weshalb Swisscom auch seit Dezember 2020 verpflichtet ist, einen weiteren Ausbau des FTTH-Netzes ohne Gewährleistung eines Layer 1-Zugangs vollständig zu unterlassen. Für die Anordnung der Einstellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens bedarf es keiner Ansetzung von Umsetzungs- oder Übergangsfristen, wie dies von der Beschwerdeführerin zu Unrecht moniert wird. Dies gilt umso mehr, als Swisscom die Prüfung ihrer Netzbaustrategie 2020 durch die Wettbewerbsbehörden bereits seit Februar 2020 bekannt war.

710. Dementsprechend bestehen auch keine Unklarheiten hinsichtlich einer Sanktionierung. Denn ein Verstoß gegen eine vorsorgliche Massnahme untersteht dem Anwendungsbereich von Art. 50 KG (BVGer, 3.10.2007, B-2157/2006, Flughafen Zürich AG (Unique) gg. Weko, zit. Unique, E. 4.1.2). Die Unternehmen tragen dementsprechend das Sanktionsrisiko, wenn sie sofort vollziehbare vorsorgliche Massnahmen nicht befolgen und diese in der Folge rechtskräftig werden (BVGer, B-2157/2006, Unique, E. 4.1.3). Aus diesem Grund sind auch alle Massnahmen zur Herstellung und Inbetriebnahme eines FTTH-Netzes ohne Layer 1-Zugang, die nach Dezember 2020 bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache unternommen werden und gegen die Anordnung der vorsorglichen Massnahme verstossen, zu sanktionieren.

711. Dies gilt im Übrigen auch für einen Ausbau des FTTH-Netzes aufgrund der mit Salt abgeschlossenen Kooperationsvereinbarung. Denn Swisscom kann eine bestimmte Anordnung der Wettbewerbskommission zum Ausbau ihres Glasfasernetzes nicht dadurch unterlaufen, dass der Ausbau nicht mehr eigenständig, sondern in einer Baukooperation oder aufgrund einer sonstigen Zusammenarbeitsvereinbarung mit einem Dritten erfolgt.

712. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 695) bedarf die Anordnung daher auch keiner inhaltlichen Erläuterung, weshalb sowohl das Erläuterungsgesuch der Beschwerdeführerin als auch die Antwort der Vorinstanz für eine Beurteilung der angeordneten Massnahme und deren tatsächliche und rechtliche Wirkungen irrelevant sind.

713. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Einwand (vgl. E. 690), wonach die Vorinstanz die Notwendigkeit eines Layer 1-Zugangs als Voraussetzung für wirksamen Wettbewerb weder dargelegt noch nachgewiesen habe, steht in einem offensichtlichen Widerspruch zu den eigenen Erklärungen von Swisscom, weshalb der Einwand irrelevant ist. Denn Swisscom hat mit ihrer Medienmitteilung zum Runden Tisch den Layer 1-Zugang als notwendige Grundlage für Marktdynamik und technologische Innovation in der Telekommunikationsindustrie für die nächsten 30 bis 50 Jahre selbst anerkannt (vgl. E. 71). Die Notwendigkeit eines Layer 1-Zugangs als Grundlage von wirksamem Wettbewerb kommt daher bereits durch den Glasfaserstandard zum Ausdruck, weshalb von Seiten der Vorinstanz hierzu überhaupt keine Darlegung und kein Nachweis anzu-

bringen ist. Vielmehr wäre es Sache der Beschwerdeführerin, im Rahmen des von ihr beantragten einstweiligen Rechtsschutzes gewesen, glaubhaft zu machen und später im Hauptverfahren nachzuweisen, warum eine bestimmte und von ihr angestrebte Abweichung vom Glasfaserstandard dennoch wirksamen Wettbewerb ermöglichen würde. Hierzu fehlt allerdings die notwendige sachdienliche Darlegung durch die Beschwerdeführerin. Der blosser Verweis auf das eigene BBSCS als Ersatzprodukt, mit dem, wie bereits dargelegt (vgl. E. 397 ff.), keine Substitution eines Layer 1-Zugangs erfolgen kann, oder ein gewisses Jahresumsatzplus anderer Fernmeldeunternehmen (vgl. E. 691), das sich letztlich aus beliebigen Gründen ergeben kann, stellt entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin jedenfalls keine Glaubhaftmachung einer entsprechenden Tatsache dar.

714. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 697) ist auch das Produkt «FTTH on demand» für die Beurteilung der Geeignetheit der angeordneten vorsorglichen Massnahme aus mehreren Gründen nicht von Bedeutung.

715. Wie die Beschwerdeführerin selbst vorträgt, führt eine entsprechende Vertragsbeziehung zwischen Swisscom und einem Kunden nicht dazu, dass sich an der Qualifizierung von Swisscom als Betreiber und Eigentümer der jeweiligen Glasfaserverbindungen zwischen Gebäudeübergabepunkt und Anschlusszentrale oder zumindest Strassenverteiler etwas ändert. Als Netzbetreiber untersteht Swisscom daher unzweifelhaft der vorsorglichen Massnahme.

716. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass im Hauptverfahren das Produkt FTTH on demand nach einer eingehenden Prüfung von dessen technischer Realisierung als Ausnahmekonstellation zu qualifizieren ist, kann dieser Umstand nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung der angeordneten Massnahme im Allgemeinen führen. Im Rahmen einer vorläufigen und summarischen Beurteilung lässt sich eine hierfür notwendige, ausreichend detaillierte und verbindliche Abklärung ohnehin nicht vornehmen.

717. Denn dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht konsistent sind. Einerseits behauptet sie, dass die jeweiligen Kunden völlig frei in der Wahl ihres Anbieters seien, von dem sie über den FTTH on demand-Anschluss die Fernmeldedienste zukünftig beziehen wollen, weshalb der Wettbewerb auf dem Markt für Endkunden dadurch keinerlei Einschränkungen erfahre. Demnach müsste die Teilnehmeranschlussleitung bei einem FTTH on demand-Ausbau eine singuläre durchgehende Glasfaser von der Anschlusszentrale bis zum Teilnehmeranschluss aufweisen. Diese Aussage korrespondiert mit der Stellungnahme der Beschwerdeführerin, dass das Verteil- und das Gebäudenetz in jedem Fall entsprechend dem Glasfaserstandard mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie ausgestaltet würden. Andererseits macht die Beschwerdeführerin aber geltend, dass bei FTTH on demand gerade kein P2P-Ausbau erfolge, sondern der Ausbau mittels eines P2MP-Netzes verwirklicht werde. Demzufolge bleibt unklar, ob dem Produkt FTTH on demand tatsächlich ein Layer 1-Zugang im Sinne des Glasfaser-

standards zugrunde liegt und eine Umsetzung auch unter Beachtung der vorläufigen Massnahme möglich wäre, oder ob ein entsprechender Layer 1-Zugang nicht gegeben ist und daher eine Umsetzung ebenfalls ausscheidet.

718. Soweit die Vorinstanz im Rahmen des Hauptverfahrens feststellen sollte, dass eine Umsetzung des Produkts FTTH on demand in wettbewerbsrechtlich zulässiger Weise möglich und auch nicht als besondere Form des Marktmissbrauchs zu qualifizieren sei (vgl. E. 550), könnte dies allenfalls im Rahmen einer teilweisen Wiedererwägung der vorsorglichen Massnahme Berücksichtigung finden.

719. Die Geeignetheit der Massnahme wird entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 698) auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass andere Fernmeldeunternehmen keine höherwertigen Breitbandprodukte auf Basis des Swisscom-Produkts BBCS beziehen können. Denn das Produkt BBCS stellt gar kein Substitutionsprodukt für einen Layer 1-Zugang dar (vgl. E. 397 ff.), weshalb auch der Aspekt, in welcher Bandbreite dieses Produkt bezogen werden kann, für die Beurteilung der vorsorglichen Massnahme irrelevant ist.

IX. ERFORDERLICHKEIT

720. Die angefochtene Verfügung bejaht die Erforderlichkeit der vorsorglichen Massnahme, weil Swisscom nur die Beibehaltung eines Layer 1-Angebots, nicht aber die sonstigen technischen Grundlagen für den Ausbau ihres FTTH-Netzes vorgegeben werden.

721. Weitergehende inhaltliche Anordnungen, die von Seiten der Anzeigerin beantragt worden waren, wurden von der Vorinstanz wegen der nicht dargelegten Erforderlichkeit der beantragten Massnahmen abgelehnt. Die entsprechenden Anträge der Anzeigerin lauteten:

«[...]

3. Die Angezeigte sei zu verpflichten, den Netzzugang zu ihren FTTH-Netzen den Wholesales-Kunden weiterhin überall auf Layer 1 bzw. als ALO anzubieten. Ortszentralen müssen dabei ein Versorgungsgebiet von mindestens 3'000 Anschlüssen erfassen.

4. Die Angezeigte sei zu verpflichten, die eigene Einführung und Vermarktung von auf XGS-PON (NG-PON) basierenden Diensten und Produkten im Endkundenmarkt (Retail) derart zu gestalten, dass die Wholesale-Kunden nicht unverschuldet benachteiligt werden. Dabei hat sie namentlich sicherzustellen, dass ihre Retail-Vermarktung erst dann erfolgt, wenn die Verpflichtung gemäss Rechtsbegehren 3 erfüllt ist.»

722. Mit ihrer Beschwerde vom 3. März 2021 verfolgt die Anzeigerin den inhaltlich über die angefochtene Verfügung hinausgehenden Antrag der Ziff. 3 ihrer Anzeige auf Gewährung eines Layer 1-Zugangs in modifizierter Form weiter, wobei als Layer 1-Zugang ausschliesslich das Produkt ALO zu verstehen sei.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

723. Hinsichtlich des Kriteriums der Erforderlichkeit erhebt die Beschwerdeführerin keine konkreten Einwände. Allerdings macht sie geltend, dass die Vorinstanz den weitergehenden Antrag der Anzeigerin zu Recht als nicht erforderlich abgelehnt habe.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

724. Die Vorinstanz hält an der angefochtenen Verfügung fest. Die hierfür vorgebrachten Aspekte werden im Rahmen der Würdigung durch das Gericht berücksichtigt.

(3) Würdigung durch das Gericht

725. Die Erforderlichkeit im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung setzt voraus, dass kein milderes Mittel zur Verfügung steht, um den Zweck, der mit der behördlichen Massnahme angestrebt wird, zu erreichen.

726. Die Anordnung der angefochtenen Verfügung, beim Bau von FTTH-Glasfasernetzen einen Layer 1-Zugang für andere Fernmeldeunternehmen bereitzustellen, ist in der Sache erforderlich, weil zumindest zum jetzigen Zeitpunkt kein milderes Mittel zur Verfügung steht, um die Beachtung eines durch den Glasfaserstandard festgelegten diskriminierungsfreien und nicht monopolisierten Zugangs zum FTTH-Netz für dritte Fernmeldeunternehmen und damit eine offene Wettbewerbsmatrix sicherzustellen.

727. Die Beschwerdeführerin bestätigt zum einen ausdrücklich, dass ihre Netzbaustrategie 2020 keinen Layer 1-Zugang bietet und zum anderen legt sie nicht dar, welche Massnahme als milderes Mittel zu qualifizieren wäre. Vielmehr bringt sie gerade vor, dass keine tauglichen technologischen Varianten als Technologieanpassung vorhanden seien (vgl. E. 464 f.). Die von ihr ansonsten vorgebrachten Einwände mit einem gewissen Bezug zur Erforderlichkeit sind irrelevant. So stellt das von ihr als valables Alternativprodukt bezeichnete BBCS kein Substitutionsprodukt zu einem Layer 1-Zugang dar, wie bereits im Rahmen der Erfolgsprognose festgestellt wurde (vgl. E. 396 ff.). Gleiches gilt auch für die von ihr erwähnten Möglichkeiten des gesetzlich vorgesehenen Zugangs zur Kabelkanalisation und dem Hausnetz für dritte Fernmeldeunternehmen.

728. Dass sich die angefochtene Verfügung mit allfälligen Möglichkeiten alternativer Topologien beschäftigt, die über die Netzbaustrategie 2020 von Swisscom hinausgehen, ist aus der Sicht einer ermittelnden Behörde verständlich, weil dies in einem engen Zusammenhang mit der Behandlung und dem Verständnis der Angelegenheit steht. Gleiches gilt umgekehrt für die von der Beschwerdeführerin im Laufe des Verfahrens vorgenommenen Anpassungen ihrer Netzbaustrategie 2020 mit der Farbentbündelung und der Glasfaserpartnerschaft. Allerdings ist dies aus Sicht der Rechtsmittelinstanz für die Beurteilung der Rechtslage im Ergebnis irrelevant. Massgebend ist allein, dass die Netzbaustrategie 2020 von Swisscom einschliesslich der im Rahmen des vorliegenden Verfahrens vorgenommenen Anpassungen keine wettbewerbsrechtlich zulässigen Abweichungen vom Glasfaserstandard darstellen (vgl. E. 420 ff.). Es ist daher Sache der Beschwerdeführerin, im Rahmen des Hauptverfahrens eine taugliche Variante zur Sicherstellung eines Layer 1-Zugangs zu ihrem FTTH-Netz vorzustellen und es ist Sache der Vorinstanz, eine allfällig vorgestellte Variante auf ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin zu prüfen. Auf die Beurteilung der Erforderlichkeit der angeordneten vor-

sorglichen Massnahme zum jetzigen Zeitpunkt hat dies jedenfalls keinen Einfluss.

729. Zutreffend ist allerdings die vorgenommene Einschränkung der vorsorglichen Massnahme durch die angefochtene Verfügung auf die Anordnung der Sicherstellung eines Layer 1-Zugangs, während der weitergehende inhaltliche Antrag der Anzeigerin mit Blick auf die Erforderlichkeit der Massnahme aus verschiedenen Gründen offensichtlich abzulehnen war.

730. Die Feststellung, dass eine bestimmte technologische Variante keine taugliche Alternative zum Glasfaserstandard darstellt, ist wesentlich einfacher und mit geringerem Aufwand zu treffen, als die Feststellung, dass eine bestimmte technologische Variante die einzige taugliche Alternative zum Glasfaserstandard bildet. Nur bei letzterer Feststellung könnte eine vorsorgliche Massnahme aber inhaltlich überhaupt auf eine bestimmte technologische Variante als einzige Alternative eingeschränkt werden.

731. Wie bereits dargelegt, bezeichnet der Begriff ALO das Produkt von Swisscom, mit dem bislang ein Layer 1-Zugang im FTTH-Netz angeboten wird. ALO basiert dabei auf einem Vierfasernmodell mit P2P-Topologie gemäss Glasfaserstandard. Soweit eine taugliche Alternative zum Glasfaserstandard mit Sicherstellung eines Layer 1-Zugangs im Rahmen eines neuen FTTH-Netzes hergestellt werden würde, besteht keine Verpflichtung von Swisscom, das Produkt ALO für dieses neue FTTH-Netz anzubieten. Denn es steht schon aufgrund der unterschiedlichen technischen Ausgestaltung im freien Ermessen von Swisscom, den entsprechenden Layer 1-Zugang unter dem gleichen oder einem anderen Produktnamen anzubieten.

732. Ungeachtet dessen, ob eine taugliche Alternative zum Glasfaserstandard gefunden wird oder nicht, umfasst die Anordnung zur Gewährleistung eines Layer 1-Zugangs das Vorhandensein eines diskriminierungsfreien und nicht monopolisierten Zugangs zu einem FTTH-Netz. Dabei würde der Anordnung durch eine formale Erweiterung auf das Produkt ALO inhaltlich keine sachdienliche Spezifizierung beigefügt. Soweit keine taugliche technologische Alternative zum Glasfaserstandard existiert, entspricht einem Layer 1-Zugang ohnehin ausschliesslich das Produkt ALO. Soweit allerdings taugliche technologische Alternativen zum Glasfaserstandard geschaffen würden, würde eine Beschränkung auf das Produkt ALO faktisch den Ausschluss einer tatsächlichen Nutzung dieser Alternativen darstellen und somit den Anforderungen an die Erforderlichkeit nicht genügen.

733. Bei dieser Ausgangslage ist insbesondere unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes demnach nicht ersichtlich, aus welchem Grund eine entsprechende ausdrückliche Anordnung mittels einer erweiterten vorsorglichen Massnahme gerade für den Zeitraum bis zu einem Entscheid in der Hauptsache vorgenommen werden müsste.

734. Da im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes angesichts der Anforderung der Dringlichkeit eine möglichst rasche Entscheidung zu treffen ist, sind sachlich abgesicherte Anordnungen grundsätzlich auch zeitnah

zu verfügen und nicht bis zur vollständigen Abklärung von darüber hinaus gehenden theoretisch möglichen Alternativen aufzuschieben. Dies gilt auch bei Schutzobjekten, die einen Dauerzustand herbeiführen, ungeachtet dessen, dass die Dringlichkeit in diesen Fällen kontinuierlich ansteigt. Die Vorinstanz hat demzufolge mit der Anordnung der Gewährleistung eines Layer 1-Zugangs und ohne das endgültige Ergebnis umfassender Abklärungen zu technischen Alternativen abzuwarten, eine korrekte Ermessensentscheidung getroffen.

735. Die weitergehenden Anträge der Anzeigerin weisen angesichts der tatsächlich vorgenommenen Anordnung durch die angefochtene Verfügung daher keine entscheidungserhebliche Bedeutung für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen durch die Vorinstanz im Hinblick auf den gegenteiligen Antrag der Beschwerdeführerin auf.

736. Die vorstehend dargestellten Aspekte des einstweiligen Rechtsschutzes gelten nicht nur für das Kartellverfahren, sondern auch für das vorliegende Rechtsmittelverfahren. Das Gericht hat so rasch als möglich, d.h. soweit dies angesichts der sich stellenden komplexen und erstmaligen Sach- und Rechtsfragen in einem summarischen Prüfungsverfahren möglich ist, über die vorliegende Beschwerde der Beschwerdeführerin zu entscheiden. Gleiches gilt im Parallelverfahren der Beschwerde der Anzeigerin gegenüber der angefochtenen Verfügung, welches wegen deren erforderlicher Anonymisierung erst deutlich später eingeleitet wurde. Daher ist ungeachtet der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit einer Vereinigung dieser beiden Verfahren zunächst über die aufgrund der inhaltlich beschränkten Anträge mit einem geringeren Aufwand zu befindende vorliegende Beschwerde der Beschwerdeführerin und erst danach unter Erbringung des höheren notwendigen Aufwands über die Beschwerde der Anzeigerin mit inhaltlich weitergehenden Anträgen zu entscheiden.

737. Aus diesen Gründen hat das Gericht auf eine Vereinigung der beiden Beschwerdeverfahren verzichtet.

X. ZUMUTBARKEIT

738. Die angefochtene Verfügung geht davon aus, dass die Anordnung der vorsorglichen Massnahme aufgrund des gewichtigeren öffentlichen Sicherheitsinteresses an einem Schutz des Wettbewerbs im Bereich des Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten durch die Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs gerechtfertigt sei. Dadurch würden über Jahre und Jahrzehnte Wettbewerb und Innovationen zu Gunsten der Endkunden gewährleistet, während das Interesse von Swisscom an einem individuellen Ausbau des Glasfasernetzes geringer zu gewichten sei.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

739. Die Beschwerdeführerin erhebt verschiedene Einwände gegen die Feststellung der Zumutbarkeit der angeordneten vorsorglichen Massnahme und macht deren Unzumutbarkeit geltend. Dabei wiederholt sie im Wesentlichen die Einwände, die sie bereits in Zusammenhang mit anderen Elementen einer Prüfung von vorsorglichen Massnahmen vorgebracht hat.

740. Zunächst erhebt die Beschwerdeführerin den grundsätzlichen Einwand, dass die Vorinstanz ihre Abwägung auf unzutreffende Annahmen hinsichtlich des Infrastrukturwettbewerbs stütze.

741. So stehe vorliegend gar nicht der Infrastrukturwettbewerb zur Diskussion. Durch die Netzbautätigkeit und die hohen Investitionsausgaben von Swisscom werde der Infrastrukturwettbewerb nicht in Frage gestellt oder gefährdet. Vielmehr werde sichergestellt, dass die Bevölkerung und die Wirtschaft möglichst rasch und flächendeckend mit Hochbreitbandinfrastruktur und -diensten versorgt würden. Daher gehe es höchstens darum, ob anderen Fernmeldeunternehmen, die gerade nicht gewillt seien, in einem nennenswerten Umfang in eine eigene Glasfaserinfrastruktur zu investieren, mit Hilfe des Wettbewerbsrechts auf Kosten der Infrastrukturanbieter jedes denkbare Geschäftsmodell im Rahmen des Dienstewettbewerbs zu ermöglichen.

742. Würden darüber hinaus auch die Kabelnetzbetreiber mit ihren Kabelnetzen einbezogen werden, müsste festgestellt werden, dass ausreichender Infrastrukturwettbewerb herrsche und damit für wettbewerbsrechtliche Interventionen kein Platz bestehe.

743. Zudem sei ein Layer 1-Zugang entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht unabdingbar für den Erhalt des Infrastrukturwettbewerbs. Denn alle anderen Fernmeldeunternehmen könnten ihre Angebote statt mit einem Layer 1-Zugang ebenso gut auf Basis des weiterhin völlig uneingeschränkt erhältlichen Swisscom-Produkts BBCS realisieren und anbieten. Die Vorinstanz habe auch weder untersucht noch belegt, weshalb ein Layer 1-Zugang für funktionierenden Wettbewerb unabdingbar sei.

744. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass der Wettbewerb bei den bereits bestehenden FTTH-Netzen, die im Rahmen von Baukooperationen erstellt worden seien und die insgesamt {xxx} Mio. Glasfaseranschlüsse ausmachten, nicht eingeschränkt werde, weil bisher ein Layer 1-Zugang vorhanden sei und dies auch in Zukunft der Fall sein werde. Daher liege überhaupt kein schweizweites wettbewerbsrechtliches Grundproblem vor.

745. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass der Nutzen aus der vorsorglichen Massnahme - wenn überhaupt - nur sehr gering sei, weil andere Fernmeldeunternehmen kaum tangiert würden.

746. Denn zum einen sei das Layer 1-Produkt ALO in allen Gebieten, in denen Glasfasernetze mit Kooperationspartnern erstellt worden seien oder in Zukunft erstellt würden, weiterhin verfügbar. Demgegenüber seien per Ende 2020 erst sehr wenige Anschlüsse mittels P2MP-Topologie erstellt worden.

747. Zum anderen seien die Anzeigerin und andere Fernmeldeunternehmen gar nicht in allen Anschlusszentralen präsent. So sei die Anzeigerin nur an rund {20%-{xx%}-30%} ihrer Standorte von einem Ausbau mit P2MP betroffen. Und selbst an diesen Standorten sei die Mehrheit der Teilnehmeranschlüsse bereits mit einem Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie angeschlossen.

748. Darüber hinaus würden sich die Mehrkosten für BBCS gegenüber einer ALO in einem sehr engen Rahmen bewegen und sich letztlich kaum spürbar auswirken.

749. Zusammenfassend ergäben sich daher angesichts der allerhöchstens sehr geringen Mehrkosten, der frühzeitigen Information über die Netzbaustrategie 2020, der Ausweichmöglichkeiten auf BBCS und der Möglichkeit, ALO im bisherigen Umfang auch weiterhin zu nutzen, kein gravierender Wettbewerbsnachteil und schon gar keine existenzgefährdende Bedrohung für andere Fernmeldeunternehmen.

750. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass die konkrete Betroffenheit sonstiger Fernmeldeunternehmen durch die Umsetzung der vorsorglichen Massnahme nicht berücksichtigt würde. Denn von einem Ausbau des FTTH-Netzes entsprechend der Netzbaustrategie 2020 würden diejenigen Fernmeldeunternehmen profitieren, die basierend auf BBCS bereits heute hochwertige Dienste anbieten würden. Daher würden sich Verzögerungen und höhere Investitionen infolge der vorsorglichen Massnahme zwangsläufig negativ auf diese Fernmeldeunternehmen auswirken.

751. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass mit der vorsorglichen Massnahme eine unzulässige Technologienlenkung betrieben werde. Denn dadurch werde eine bestimmte technologische Entwicklung vorgegeben, welche sachlich nicht vertretbar und deswegen unverhältnismässig sei.

752. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass keine Markteintritte verhindert oder Marktaustritte forciert würden. Mit ihren Ausführungen habe sie belegt, dass durch die Netzbaustrategie 2020 und den P2MP-Glasfaserausbau andere Fernmeldeunternehmen weder am Markteintritt gehindert noch aus dem Markt gedrängt würden.

753. Mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 127 II 32 E. 4c, 4f) erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die vorgesehenen Massnahmen nicht vorsorglich angeordnet werden könnten, weil Endkundenangebote nicht in Frage gestellt oder gefährdet seien. In einem vergleichbaren Fall sei ausdrücklich festgehalten worden, dass eine Marktöffnung unverhältnismässig sei. Vorliegend seien Endkundenangebote durch die Netzbaustrategie von Swisscom nicht in Frage gestellt oder gefährdet. Im Gegenteil würden auch alle anderen Fernmeldeunternehmen und insbesondere auch die Allgemeinheit und der gesamte Wirtschaftsstandort Schweiz von einem möglichst raschen und flächendeckenden Glasfaserausbau profitieren.

754. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass sowohl Swisscom als auch die Volkswirtschaft einen massiven Schaden erleiden würde, der einen allfälligen Nutzen der vorsorglichen Massnahme um das x-fache übersteige. Denn alle laufenden und geplanten Netzausbauarbeiten müssten gestoppt und geändert werden, was mit erheblichen Verzögerungen und enormen Kosten für alle Fernmeldeunternehmen und die übrigen Unternehmen verbunden wäre. Zudem sei Swisscom von weitreichenden Schadenersatzansprüchen ihrer Kunden und Lieferanten betroffen. Daher sei die vorsorgliche

Massnahme weder wirtschaftlich vertretbar noch für Swisscom unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten zumutbar.

755. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass die Vorinstanz sich stark und einseitig auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb fokussiert und dieses lediglich gegenüber dem Interesse von Swisscom an dem gewünschten Netzausbau abgewogen habe. Alle anderen rechtserheblichen Sachverhaltselemente und insofern entscheidungsrelevanten Aspekte seien demgegenüber konsequent ausgeklammert worden.

756. Die übergeordneten volkswirtschaftlichen sowie regional- und versorgungspolitischen Interessen seien aber massgeblich und beachtlich. In der Politik, der Wirtschaft und der Bevölkerung bestünde nämlich die Erwartungshaltung, dass die Schweiz durch Swisscom rasch und kosteneffizient mit Hochbreitbandanschlüssen versorgt werde. Daher habe Swisscom auch ein ganz anderes und breiteres Geschäftsmodell als andere Fernmeldeunternehmen zu verfolgen. Die Bedeutung des Ausbaus zeige sich schon daran, dass Swisscom bei einem bekannt gegebenen jährlichen Investitionsvolumen von rund 1,7 Milliarden CHF rund {xxx} Milliarden CHF in den Ausbau des Glasfasernetzes investiere.

757. Aus einer gesamt- bzw. volkswirtschaftlichen Optik bilde die P2MP-Technologie ein Kernelement für eine flächendeckende Versorgung mit immer höheren Bandbreiten, weshalb dies für den Wirtschafts-, Technologie- und Bildungsstandort Schweiz und nicht zuletzt auch im internationalen Wettbewerbskontext ohne Alternative und unabdingbar sei. Denn diese Technologie sei der Garant dafür, dass der erforderliche Ausbau rasch, effizient und Ressourcen schonend erfolgen könne.

758. Diese Argumente habe die Vorinstanz mit keinem Wort und insbesondere auch nicht im Rahmen der Zumutbarkeit gewürdigt, weshalb bereits dadurch der Gehörsanspruch von Swisscom verletzt worden sei.

759. Die Ungewissheit und der Schwebezustand, unter denen die Gemeinden und Kunden zu leiden hätten, wären daher nicht einem strategischen Entscheid von Swisscom anzulasten, sondern würden auf dem Erlass der vorsorglichen Massnahme sowie der Durchführung eines Hauptverfahrens aufgrund der bloss eigennützigen Anzeige eines anderen Fernmeldeunternehmens beruhen.

760. Die Beschwerdeführerin erhebt unter Verweis auf die Botschaft (BBl 1999 500) den Einwand, dass das Kartellrecht sich nicht bloss von Effizienzüberlegungen und marktwirtschaftlichen Aspekten zu leiten lassen habe, sondern auch soziale Aspekte eine zentrale Rolle spielen würden und eine auf das Gemeinwohl verpflichtete staatliche Wettbewerbspolitik zu verfolgen sei, weshalb insbesondere auch Konsumenten- und Verbraucherinteressen zu berücksichtigen seien.

761. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass mit der verfügbaren vorsorglichen Massnahme weitreichende Handlungspflichten zu Lasten von Swisscom angeordnet würden, weil sie angehalten werde, ihre Netzbaustrategie anzupassen. Dabei handle es sich um substantielle Eingriffe in ihre Rechtsstellung. Dadurch

würden irreversible Strukturen und Fakten zu Lasten von Swisscom geschaffen und das Hauptsacheverfahren sowie der Endentscheid quasi vorweggenommen.

762. Überdies würden ihr die aus rechtsstaatlicher Sicht garantierten Rechtsschutzmöglichkeiten nicht eingeräumt.

763. Die vorsorgliche Massnahme würde letztlich gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichts verstossen, das bereits mehrfach eine klare Absage gegenüber dem Versuch erteilt hat, Zugangsgewährungen zu Infrastrukturen auf dem Wege von vorsorglichen Massnahmen zu erwirken und damit faktische Gegebenheiten zu schaffen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

764. Die Vorinstanz hält an der angefochtenen Verfügung fest. Die hierfür vorgebrachten Aspekte werden im Rahmen der Würdigung durch das Gericht berücksichtigt.

(3) Würdigung durch das Gericht

765. Auch im Rahmen einer summarischen Prüfung des einstweiligen Rechtsschutzes zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen bedarf es einer Interessenabwägung, mit der die Zumutbarkeit der jeweiligen Massnahme festzustellen ist. Dabei ist eine an der Komplexität der Rechtsfragen und der Betroffenheit der involvierten Personen ausgerichtete angemessene Begründungstiefe herzustellen (BGE 133 I 270, 281 ff.; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, zit. Verwaltungsrecht, Rn. 555).

(a) Allgemeines

766. Das Element der Zumutbarkeit umfasst den Vorrang des öffentlichen Sicherungsinteresses sowie die Angemessenheit des Eingriffs aufgrund der Zweck-Mittel-Relation.

767. Der Vorrang des öffentlichen Sicherungsinteresses setzt ein sachlich-inhaltliches Übergewicht des mit der vorsorglichen Massnahme jeweils unterstützten Interesses gegenüber dem privaten Verwirklichungsinteresse des von der Massnahme Betroffenen voraus (BGE 130 II 149, Sellita, E. 2.2; BGE 127 II 132 E. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 557; 1167; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 3.24; Rn. 24.76; SEILER, WW-VwVG, Art. 55 Rn. 92; WEISSENBARGER/HIRZEL, Suspensiveffekt, 74).

768. Die Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation setzt voraus, dass das angewendete Mittel und damit der Eingriff in die jeweiligen privaten Interessen in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Zweck und damit der Verfolgung des öffentlichen Sicherungsinteresses steht (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 558). Bedeutung und Gewicht des öffentlichen Sicherungsinteresses müssen den Eingriff in das private Verwirklichungsinteresse angesichts von dessen Bedeutung und Gewicht rechtfertigen. Denn bei Erlass von vorsorglichen Massnahmen wie auch bei allen anderen staatlichen Handlungen heiligt nicht bereits der Zweck die Mittel.

769. Für die Feststellung der Zumutbarkeit ist eine wertende Beurteilung vorzunehmen, wobei die konkreten Umstände des Einzelfalls massgebliche Bedeutung erlangen (BGE 144 II 16, 19; BGE 140 II 194, 199 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 521, 558).

770. Im Rahmen einer wertenden Beurteilung von vorsorglichen Massnahmen sind dementsprechend die folgenden Aspekte zu berücksichtigen: (1) Schwere des drohenden Nachteils: Bedeutung und Gewicht des öffentlichen Sicherungsinteresses; (2) Schwere des Eingriffs: Bedeutung und Gewicht des privaten Verwirklichungsinteresses; (3) inhaltlich-sachliches Übergewicht des öffentlichen Sicherungsinteresses; (4) Korrelation zwischen der Schwere des Nachteils und der Schwere des Eingriffs, insbesondere unter Berücksichtigung der Kriterien Wahrscheinlichkeit eines Eintritts des Nachteils, Erfolgsprognose, Irreversibilität und Sachverhaltskomplexität.

771. Für die Korrelation von Schutzzweck und Eingriff ist angesichts der allfälligen Zeitdauer einer provisorischen Regelung zudem zu beachten, welcher Partei der entstehende Nachteil am ehesten zugemutet werden kann (KIENER, AMS-VwVG, Art. 55 Rn. 16; SEILER, WW-VwVG, Art. 55 Rn. 96 m.w.N.).

772. Für die Korrelation von Schutzzweck und Eingriff sind die grundlegenden Aspekte der Irreversibilität und der Sachverhaltskomplexität von wesentlicher Bedeutung.

773. Die Irreversibilität eines Zustands, der mittels des einstweiligen Rechtsschutzes hergestellt oder verhindert wird, erfasst dabei Sachverhaltskonstellationen, bei denen die Rückgängigmachung eines herbeigeführten Zustands aus technischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen ausgeschlossen oder angesichts des hierfür notwendigen zeitlichen und sachlichen Aufwands wenig wahrscheinlich ist oder nicht innerhalb eines überschaubaren Zeitraums durchgeführt werden kann. Denn diese Irreversibilität untergräbt die Wirksamkeit des Endentscheids, weil dessen Um- und Durchsetzung faktisch verunmöglicht werden, falls die im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes angenommene Rechtslage nicht bestätigt wird. Irreversible Zustände können daher nur dann einstweilig hergestellt werden, wenn die Erfolgsprognose eindeutig ist. Soweit hingegen Zweifel am Ausgang des Hauptverfahrens bestehen, ist von der Herbeiführung eines irreversiblen Zustands trotz Vorliegens der Dringlichkeit sowie eines ausreichend schwerwiegenden Nachteils abzusehen (BGer, 2A.142/2003, Cablecom/Teleclub, 5.2.1; KIENER, AMS-VwVG, Art. 55 Rn. 18; SEILER, WW-VwVG, Art. 55 Rn. 97 m.w.N.).

774. In der Rechtspraxis wurde bereits das einstweilige Aufstellen eines noch nicht geprüften Typs von Spiel- und Lotteriematraten mit der Begründung versagt, dass eine Beseitigung der Geräte bei einem allfälligen definitiven Betriebsverbot für alle Beteiligten einen relativ grossen Aufwand nach sich ziehen und schwerer in die Rechtsstellung der Lotteriegesellschaften eingreifen würde als ein vorübergehend angeordnetes präventives Verbot, die entsprechenden Apparate aufzustellen (BGer, 2A.439/2004, Tactilo, E. 3.2.2).

775. Der eigentliche Gegenstand des jeweiligen Sachverhalts bildet ebenfalls einen gewichtigen Aspekt der Interessenabwägung. Denn je komplexer eine zu beurteilende Sachlage sich darstellt, insbesondere aufgrund der zugrundeliegenden technischen Implikationen, umso eher sind partielle oder eingeschränkte gegenüber umfassenden oder weitreichenden Massnahmen vorzuziehen. Denn es ist zu vermeiden, dass im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes aufgrund einer unzureichenden Aufklärung der technischen und sonstigen Details eine massgebliche Entwicklung eingeleitet wird, die angesichts des Endentscheids wieder aufgehoben werden müsste (BGer, 2A.142/2003, Cablecom/Teleclub, E. 5.2.3: «Es wird mit der umstrittenen Massnahme ein technisch schwierig abschätzbarer Prozess vorweggenommen, der einer vertieften Abklärung in einem Untersuchungsverfahren bedarf und nicht vor einer solchen eingeleitet werden sollte»).

776. Allerdings finden die Aspekte der Irreversibilität und der Komplexität je nach Sachverhaltskonstellation nicht nur zu Lasten, sondern auch zu Gunsten der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme Anwendung. Soweit mit einer vorsorglichen Massnahme die Veränderung eines bislang akzeptierten oder tolerierten Zustands im öffentlichen Sicherungsinteresse herbeigeführt werden soll, verlangt die bisherige Gewährung der jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltensweise nach einer entsprechend sicheren Erfolgsprognose, um einer Komplexität der Sachverhaltskonstellation oder einer Irreversibilität der angeordneten Massnahmen ausreichend gerecht zu werden. Umgekehrt verlangt allerdings der Schutz eines bislang anerkannten Zustands vor einer intendierten oder vorgenommenen Veränderung durch eine neue wirtschaftliche Verhaltensweise in gleicher Weise eine entsprechend sichere Erfolgsprognose zu Gunsten dieser Veränderung, um einer bestehenden Komplexität der Sachverhaltskonstellation oder einer Irreversibilität der Veränderung gerecht zu werden.

(b) Sachverhalt

777. Vor diesem Hintergrund sind vorliegend verschiedene Aspekte für die Abwägung eines Vorrangs des öffentlichen Sicherungsinteresses gegenüber dem privaten Verwirklichungsinteresse von Swisscom massgebend.

(i) *Gegenüberstellung der jeweils drohenden Nachteile*

778. Der Zweck der angeordneten vorläufigen Massnahme besteht in der Sicherstellung eines Layer 1-Zugangs und damit einer offenen Wettbewerbsmatrix durch einen diskriminierungs- und monopolfreien Zugang von dritten Fernmeldeunternehmen zum FTTH-Netz. Diesem Zweck kommt generell eine überragende Bedeutung für die Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs im Bereich der Fernmeldedienste zu. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass im Rahmen des Runden Tisches gerade die Ausgestaltung des Netzes mit einem Vierfaser-Modell und P2P-Topologie als Glasfaserstandard festgelegt worden war. Auch Swisscom hat diese überragende Bedeutung für den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation mit ihrer eigenen Medienmitteilung vom 9. Dezember 2008 (vgl. E. 71) bestätigt.

779. Der Eingriff durch die vorsorgliche Massnahme betrifft das private Verwirklichungsinteresse von Swisscom an einer selbstbestimmten technischen Ausgestaltung ihres eigenen FTTH-Netzes. Diesem Gestaltungsinteresse kommt generell ein sehr hohes Gewicht zu. Denn die regelmässig hohen Investitionen in den Ausbau einer Infrastruktur verlangen nach einem entsprechenden Entscheidungsspielraum, um einen möglichst hohen Eigennutzen und eine damit einhergehende Rentabilität sicherstellen zu können. Allerdings kommt diesem Interesse von Swisscom von vornherein keine Alleinstellung zu. Denn zum einen will Swisscom das FTTH-Netz auch gegenüber anderen Fernmeldeunternehmen öffnen, um eine bessere Amortisation der Infrastrukturkosten zu gewährleisten. Zum anderen hat Swisscom umgekehrt auch ein Interesse daran, gegebenenfalls den Zugang zu einem FTTH-Netz eines Dritten zu erhalten. Dementsprechend hat Swisscom selbst massgeblich an einer Standardisierung der technischen Ausgestaltung von FTTH-Netzen mitgewirkt. Daher hat sie einer Beschränkung ihrer Gestaltungsbefugnis für die Ausgestaltung ihrer FTTH-Netze sogar ausdrücklich zugestimmt. Ihr Gestaltungsinteresse ist demnach in ein Bündel von zum Teil gegenteiligen Interessen eingebettet (worden), die zu einem Ausgleich gebracht werden müssen.

780. Bereits aufgrund der generellen Ausgangslage kommt dem öffentlichen Sicherheitsinteresse an der Gewährleistung eines Layer 1-Zugangs für FTTH-Netze daher eine höhere Bedeutung und somit ein Übergewicht gegenüber dem privaten Gestaltungsinteresse von Swisscom zu.

781. Mit der angefochtenen Verfügung soll der bislang bestehende Zustand erhalten werden, weil der vereinbarte und bislang angewendete Glasfaserstandard für den Ausbau von FTTH-Netzen weiterhin Verwendung findet, damit ein Layer 1-Zugang für dritte Fernmeldeunternehmen gewährleistet wird. Demgegenüber will Swisscom mit ihrer Netzbaustrategie 2020 von diesem Glasfaserstandard, den sie selbst massgeblich propagiert und dem sie ausdrücklich zugestimmt hat, mit Verweis auf Kosten- und technische Ausbauaspekte abweichen und beim Ausbau neuer FTTH-Netze einen Layer 1-Zugang gar nicht mehr oder nur noch in nicht praxiserrechter Weise gewährleisten.

782. Auch die konkrete Ausgangslage spricht daher für den Vorrang des öffentlichen Sicherheitsinteresses.

(ii) Vorrangaspekte

783. Bei dieser Ausgangslage müssten sonstige schwerwiegende Gründe in Gestalt bestimmter Sachaspekte vorhanden sein, welche dem privaten Verwirklichungsinteresse von Swisscom dennoch einen Vorrang vor dem öffentlichen Sicherheitsinteresse verschaffen würden. Derartige Gründe sind allerdings nicht ersichtlich. Vielmehr sprechen auch weitere gewichtige Sachaspekte des vorliegenden Sachverhalts für den sich dadurch noch verstärkenden Vorrang des öffentlichen Sicherheitsinteresses.

784. Der Entscheid über den einstweiligen Rechtsschutz erfasst nicht nur einen geringfügigen Teil, sondern rund 1/3 des FTTH-Netzes in der Schweiz. Denn Swisscom

könnte ihre Ausbaupläne gemäss Netzbaustrategie 2020 bis zum Jahr 2025 angesichts der gerade in komplexen Fällen längeren Dauer von Kartellverfahren bis zum Erlass einer rechtsverbindlichen Entscheidung vollständig umsetzen. Der nachteiligen Einwirkung des wettbewerbswidrigen Verhaltens auf den Wettbewerb kommt daher eine beachtliche Bedeutung zu, die ganz massgeblich für den Vorrang des Sicherheitsinteresses spricht.

785. Wenn entsprechend der Behauptung der Beschwerdeführerin bereits die Herstellung eines FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard wegen der anfallenden höheren Kosten gegenüber einem Ausbau mit Einfaser-Modell und P2MP-Topologie unzumutbar wäre, so würde ein Rückbau des allfällig zunächst rechtswidrig gebauten FTTH-Netzes mit P2MP-Topologie und die anschliessende Herstellung des FTTH-Netzes gemäss Glasfaserstandard noch viel höhere Kosten verursachen, wodurch die und geltend gemachte Unzumutbarkeit noch stärker ins Gewicht fallen würde. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die höheren Kosten allein durch einen höheren Aufwand an Material und Arbeitsleistung oder zusätzlich auch durch allfällig vorhandene technische Unmöglichkeiten - wie den Einbau der notwendigen Technik für eine Vierfaser-Topologie in die vorhandenen unterirdischen Kanalschächte und die Notwendigkeit zum Erwerb von Grundflächen für den Aufbau von oberirdischen Gebietsverteilern - hervorgerufen wird. Ein Rückbau des gemäss Netzbaustrategie 2020 ausgestalteten FTTH-Netzes wäre daher mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit wegen einer Unzumutbarkeit aus wirtschaftlichen Gründen praktisch ausgeschlossen.

786. Selbst wenn ein Rückbau des gemäss Netzbaustrategie 2020 ausgestalteten FTTH-Netzes als möglich und zumutbar zu qualifizieren wäre, ist davon auszugehen, dass die Herstellung eines ordnungsgemässen Zustands nicht in beliebig kurzer Zeit vorgenommen werden könnte. Denn nach Abschluss einer rechtsverbindlichen Entscheidung im Wettbewerbsverfahren müsste sowohl der Rückbau des rechtswidrigen als auch der Neubau des ordnungsgemässen FTTH-Netzes durchgeführt werden. Dabei ist davon auszugehen, dass hierfür wohl nicht nur der gleiche, sondern sogar ein längerer Zeitraum als derjenige für den erstmaligen Ausbau beansprucht würde. Mit der Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustands wäre demnach erst nach einem Zeitraum von vielen Jahren zu rechnen.

787. Demzufolge würde bei einer einstweiligen Zulassung der vorgesehenen Herstellung eines FTTH-Netzes gemäss Netzbaustrategie 2020 tatsächlich oder angesichts des überlangen Zeithorizonts zumindest praktisch ein irreversibler Zustand für 1/3 des FTTH-Netzes in der Schweiz hergestellt. Dabei würde den anderen Fernmeldeteilnehmern ein praxiserrechter Layer 1-Zugang für einen sehr langen Zeitraum und damit faktisch endgültig verwehrt. Demgegenüber wird durch die Beibehaltung des Glasfaserstandards als Ausbauvoraussetzung auch weiterhin ein Layer 1-Zugang für FTTH-Netze aufrechterhalten.

788. Die Irreversibilität der technologischen Ausgestaltung spricht demnach ebenfalls eindeutig für das öffentliche Sicherheitsinteresse und gegen das private Verwirklichungsinteresse von Swisscom.

789. Daher ist der gegenteilige Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 761) unbegründet. Denn nicht mit der Anordnung zur Befolgung des Glasfaserstandards, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, sondern mit der von Swisscom vorgesehenen Netzbaustrategie 2020 und der damit verbundenen Abweichung ohne Gewährleistung der mit dem Glasfaserstandard verfolgten Zwecke würde ein faktisch irreversibler Zustand herbeigeführt werden.

790. Überdies stellt die technische Ausgestaltung eines FTTH-Netzes eine äusserst komplexe Materie dar. Mit dem Glasfaserstandard haben die Fernmeldeunternehmen selbst eine bestimmte grundlegende Ausgestaltung festgelegt. Soweit Varianten gegenüber dieser Normierung entwickelt werden, bedürfen die sich daraus ergebenden Folgen für die spätere Nutzung eines FTTH-Netzes einer eingehenden vertieften Abklärung, um sicherzustellen, dass die Zwecke des Glasfaserstandards auch mit der jeweiligen Variante erreicht werden. Bereits die gegensätzlichen Annahmen und Vorbringen von Beschwerdeführerin und Vorinstanz im Verlaufe des vorliegenden Verfahrens, mit denen bestimmte in Frage stehende Alternativen entweder zunächst als untaugliche und danach als valable Alternative bzw. umgekehrt zunächst als valable und danach als untaugliche Alternative dargestellt wurden, belegen, dass im Rahmen dieses einstweiligen Rechtsschutzverfahrens keine ausreichende Beurteilung in positiver Weise vorgenommen werden kann, welche technischen Varianten zur Sicherstellung der mit dem Glasfaserstandard verfolgten Zwecke mit Sicherheit eingesetzt und daher als Technologieanpassung qualifiziert werden können. Vielmehr kann allenfalls nur umgekehrt mit ausreichender Sicherheit festgestellt werden, ob eine bestimmte technische Variante diese Zwecke aus bestimmten Gründen von vornherein nicht erfüllt bzw. nicht erfüllen kann.

791. Die Komplexität der Sachmaterie spricht somit ebenfalls eindeutig gegen die kurzfristige Zulassung einer bestimmten technischen Variante als Technologieanpassung des Glasfaserstandards und damit für das öffentliche Sicherheitsinteresse sowie gegen das private Verwirklichungsinteresse von Swisscom.

792. Als Zwischenergebnis ist daher festzustellen, dass dem öffentlichen Sicherheitsinteresse an der Gewährleistung einer offenen Wettbewerbsmatrix mit einem diskriminierungs- und monopolisierungsfreien Zugang zu FTTH-Netzen für andere Fernmeldeunternehmen eindeutig ein deutliches und massgebliches Übergewicht gegenüber dem privaten Verwirklichungsinteresse von Swisscom an der konkreten technischen Ausgestaltung eines vom Glasfaserstandard abweichenden FTTH-Netzes zukommt.

(iii) Zweck-Mittel-Relation

793. Die vorsorgliche Massnahme zur Erfüllung dieses eindeutig und deutlich vorrangigen Sicherheitsinteresses ist auch unter Berücksichtigung der Zweck-Mittel-Relation für Swisscom zumutbar.

794. Der Aspekt der Zumutbarkeit könnte durch den Aspekt der wirtschaftlichen Einbussen, die Swisscom durch den Abbruch der vorgesehenen Ausbaumass-

nahmen bis zum Abschluss der Untersuchung erleidet, in Frage gestellt werden.

795. Der Umfang der wirtschaftlichen Einbussen wird von der Beschwerdeführerin als enormer Schaden im dreistelligen Millionenbereich angegeben (vgl. E. 754). Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend, dass die Einbussen aufgrund von verschiedenen Gründen lediglich einen geringen und überschaubaren Umfang aufweisen würden.

796. Bei diesen wirtschaftlichen Einbussen handelt es sich sowohl um die unmittelbaren Kosten, die infolge der notwendigen Einstellung der bereits begonnenen Arbeiten und der nicht mehr umsetzbaren Projektarbeiten entstanden sind, als auch um die entgangenen Gewinne, die mangels Abschlusses der jeweiligen Glasfaserprojekte durch die entgangenen Kundenbeziehungen aufgrund einer Abwanderung zu anderen Anbietern sowie der nicht vollständig ausgeschöpften Kundenbeziehungen aufgrund des notwendigen Verzichts auf die Bestellung höherwertiger Bandbreiten angefallen wären. Im Hinblick auf die Kundenbeziehungen ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass die Kunden grossmehrerheitlich auf ein höherwertiges Produkt von Swisscom mit mehr Bandbreite gewechselt hätten.

797. Im Hinblick auf die Einstellung von Projektarbeiten ist entsprechend dem Einwand der Wettbewerbskommission darauf hinzuweisen, dass die Weiterführung der Arbeiten in den jeweiligen Verteil- und Gebäudenetzen durch die vorsorglichen Massnahmen nicht eingeschränkt werden, weil diese Netzabschnitte auch nach der Netzbaustrategie 2020 gemäss Glasfaserstandard mit Vierfaser-Modell und P2P-Topologie ausgeführt werden. Daher können sich in diesen Bereichen keine wesentlichen Einschränkungen ergeben. Da die Bereiche Verteil- und Hausnetz nach der Kostenanalyse von Swisscom zusammen 85% der Gesamtkosten ausmachen, beschränken sich die wirtschaftlichen Einbussen aufgrund einer notwendigen Einstellung einzelner Projekte auf jeweils 15% von deren Gesamtkosten.

798. Im Hinblick auf einen geltend gemachten Schaden wegen entgangener Kundenbeziehungen wird zu berücksichtigen sein, dass in den jeweiligen Orten der Glasfaserprojekte eine Möglichkeit bestehen muss, Breitbanddienstleistungen entsprechend einem FTTH-Netz von einem anderen Anbieter erlangen zu können, damit eine Abwanderung zu Lasten von Swisscom überhaupt stattfinden kann. Da Swisscom geltend macht, dass in ihren Alleinbaugebieten gar keine Investitionsbereitschaft anderer Fernmeldeunternehmen zum Bau eines FTTH-Netzes bestehe, ist nicht ersichtlich, dass die Möglichkeiten einer Abwanderung zahlreich sind. Im Hinblick auf den geltend gemachten Schaden wegen der nicht vollständig ausgeschöpften Kundenbeziehungen wird zu berücksichtigen sein, dass dem Mehrbetrag an Einnahmen aufgrund der höherwertigen Dienstleistungen auch die höheren Ausgaben für den FTTH-Netzausbau gegenüberzustellen sind, weshalb das Ausmass der dabei tatsächlich zu erzielenden Gewinne erst noch abzuklären sein wird.

799. Ob überhaupt und inwieweit die von Swisscom geltend gemachte Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung gegenüber Auftraggebern und Auftragnehmern

(vgl. E. 754) tatsächlich besteht - weil z.B. nur Schadenersatzansprüche wegen des unnötigen Aufwands für den Abschluss von wettbewerbswidrigen Verträgen anfallen, deren Umfang deutlich niedriger anzusetzen wäre -, kann vorliegend dahingestellt bleiben.

800. Ungeachtet der divergierenden Ansichten der Parteien ist entgegen dem Einwand der Vorinstanz zweifelsohne davon auszugehen, dass jedenfalls ein nicht völlig unerheblicher Betrag als unnötig aufgewendete Kosten und entgangener Gewinn zu Lasten von Swisscom anzusetzen wäre.

801. Vorliegend ist eine genauere Abschätzung dieser wirtschaftlichen Einbussen allerdings nicht erforderlich. Denn letztlich kann eine Ermittlung des genauen Betrags mangels Entscheidungserheblichkeit, die sich aufgrund von mehreren Aspekten ergibt, unterbleiben.

802. Zunächst ist eine einstweilige Tolerierung des weiteren Ausbaus von FTTH-Netzen gemäss Netzbaustrategie 2020 angesichts von deren Wettbewerbswidrigkeit in Form einer Technologieeinschränkung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. g KG aufgrund einer eindeutigen Erfolgsprognose sowie der Irreversibilität des dadurch herbeigeführten Zustands für rund 1/3 des gesamten Glasfasernetzes in der Schweiz ausgeschlossen. Vielmehr verlangt diese Irreversibilität gerade nach einem einstweiligen Eingriff zur Sicherstellung des bislang bestehenden Zustands, weil dieser allgemein anerkannt ist.

803. Zudem sind die tatsächlich anfallenden wirtschaftlichen Einbussen von Swisscom, die für einen gewissen Zeitraum aufgrund des nunmehr aufgeschobenen Ausbaus von FTTH-Netzen gemäss der Netzbaustrategie 2020 anfallen, jedenfalls nicht höher als diejenigen Kosten, die bei einem Rückbau dieses als wettbewerbswidrig festgestellten FTTH-Netzes zu Lasten von Swisscom anfallen würden. Den geltend gemachten wirtschaftlichen Einbussen kommt daher bei einem Vergleich mit den sich jeweils ergebenden Folgen keine massgebliche Bedeutung zu.

804. Darüber hinaus ist eine entsprechende Berücksichtigung auch bereits aus grundsätzlichen Erwägungen ausgeschlossen.

805. Würde dieser Einwand der Beschwerdeführerin zugelassen, könnte er im Übrigen auch nach Abschluss des Hauptverfahrens in gleicher Weise geltend gemacht werden. Die Beurteilung dieses Einwands hat daher nicht nur das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, sondern auch das Hauptverfahren zu berücksichtigen.

806. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann die Weiterführung eines eindeutigen wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht dadurch erzwingen, dass es sich bei Manifestierung der Rechtswidrigkeit aufgrund einer behördlichen Verfügung auf die eintretenden wirtschaftlichen Einbussen bei einer Einstellung dieser Verhaltensweise beruft. Dies gilt umso mehr, wenn es trotz der Möglichkeit zur Kenntnis von der Rechtswidrigkeit eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens und der Einleitung eines entsprechenden Kartellverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden dennoch mit dessen Umsetzung begonnen hatte.

807. Insbesondere kann die Fortführung eines wettbewerbswidrigen Netzausbaus nicht toleriert werden, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen das Vorhandensein und die Anwendung eines von ihm selbst anerkannten Glasfaserstandards negiert und eine eigenwillige Umsetzungsstrategie verkündet und vorantreibt, um bei einem Eingreifen der Wettbewerbsbehörden eine Weiterführung des rechtswidrigen Verhaltens wegen allfälliger wirtschaftlicher Einbussen geltend zu machen.

808. Dass eine Berücksichtigung des Einwands ausgeschlossen ist, wird auch durch die Anwendung des Art. 50 KG auf vorsorgliche Massnahmen bestätigt (vgl. E. 710). Danach ist die Weiterführung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens entgegen einer vorsorglichen Anordnung durch die Wettbewerbsbehörden zu sanktionieren.

809. Im Übrigen hat Swisscom die nun eingetretene Sach- und Rechtslage entgegen ihrer Darstellung selbst zu verantworten.

810. Swisscom wusste, dass mit einer Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 eine Abweichung von dem von ihr anerkannten Glasfaserstandard vorgenommen wird. Denn die Beschwerdeführerin führt noch im Januar 2021 aus, dass zum einen kein Layer 1-Zugang mehr angeboten werden kann und zum anderen keine taugliche Technologievariante zur Verfügung steht, mit der ein Layer 1-Zugang und die offene Wettbewerbsmatrix des Glasfaserstandards hergestellt werden konnte. Swisscom musste daher davon ausgehen, dass dieser Abweichung vom bestehenden und allseits anerkannten Glasfaserstandard keine kartellrechtliche Zulässigkeit zukommt.

811. Angesichts dessen ist es nicht nachvollziehbar, dass Swisscom vor Verkündung und Umsetzung ihrer Netzbaustrategie 2020 mit den Wettbewerbsbehörden keine Abklärung von deren Rechtmässigkeit und der Möglichkeit von allfälligen Alternativlösungen vorgenommen hat.

812. Unmittelbar nach Verkündung der Netzbaustrategie 2020 haben die Wettbewerbsbehörden eine kartellrechtliche Untersuchung eingeleitet. Dies war Swisscom schon aufgrund des entsprechenden Auskunftsverlangens der Wettbewerbsbehörden bekannt.

813. Swisscom hat daher im Jahr 2020 trotz Kenntnis des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens mit dem Ausbau ihres FTTH-Netzes gemäss Netzbaustrategie 2020 begonnen und die weitere Fortsetzung dieses Ausbaus für die weiteren Jahre geplant und vorbereitet. Auch die ausdrückliche Anzeige eines Konkurrenten im September 2020 und die weiteren Untersuchungshandlungen durch die Wettbewerbsbehörden konnten Swisscom von diesem Vorhaben nicht abbringen. Demzufolge hat Swisscom die Umsetzung ihrer Netzbaustrategie 2020 in voller Kenntnis des Risikos eines Erlasses von vorsorglichen Massnahmen vorgenommen.

814. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 754) sind die Ungewissheit und der Schwebezustand, unter denen die Gemeinden und Kunden zu leiden haben, demzufolge dem strategischen Entscheid von Swisscom anzulasten, die Netzbaustrategie 2020 in Widerspruch zum Glasfaserstandard ohne jegliche vor-

herige Abstimmung mit den Wettbewerbsbehörden und in Kenntnis des bereits eingeleiteten Kartellverwaltungsverfahrens umzusetzen, und nicht dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme oder der Durchführung des Hauptverfahrens.

815. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten wirtschaftlichen Einbussen von Swisscom vermögen die Feststellung der Zumutbarkeit der angeordneten vorsorglichen Massnahmen demzufolge nicht zu verhindern.

816. Gleiches gilt im Ergebnis für die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten volkswirtschaftlichen Schäden, die aufgrund der Einbussen von Unternehmen und Gemeinden infolge einer nicht zum jetzigen Zeitpunkt aufgrund der Netzbaustrategie 2020 verfügbaren Glasfaserinfrastruktur eintreten (vgl. E. 754). Zudem führt die Untersagung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens regelmässig auch zu gewissen Einbussen von anderen Unternehmen und sonstigen Wirtschaftsteilnehmern, die infolge der Untersagung gezwungen sind, eigene Geschäftsmodelle abzuändern oder andere Massnahmen zu ergreifen. Die Fortführung eines eindeutigen und irreversiblen wettbewerbswidrigen Verhaltens kann daher im Rahmen eines behördlichen oder gerichtlichen Kartellverfahrens nicht deshalb angeordnet oder geduldet werden, weil dadurch auch gewisse volkswirtschaftliche Schäden eintreten. Daher ist der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 754), dass ein volkswirtschaftlicher Schaden infolge der fehlenden Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 eintrete, irrelevant.

817. Auch die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten weiteren Einwände gegen die Zumutbarkeit der vorsorglichen Massnahme zu Lasten von Swisscom sind irrelevant oder unbegründet.

818. Die grundlegenden Einwände der Beschwerdeführerin mit Bezug auf eine unzutreffende Beurteilung des Infrastrukturwettbewerbs wegen der Berücksichtigung von Geschäftsmodellen anderer Fernmeldeunternehmen (vgl. E. 741) und der fehlenden Einbeziehung der Kabelnetzbetreiber (vgl. E. 742 f.) und des Vorhandenseins ausreichender Ersatzprodukte (vgl. E. 743), der fehlenden gesamtschweizerischen Bedeutung für den Wettbewerb (vgl. E. 744), der Marginalität der Betroffenheit anderer Fernmeldeunternehmen (vgl. E. 745) sowie der fehlenden Verhinderung von Markteintritten und der fehlenden Bewirkung von Marktaustritten (vgl. E. 752) wurden bereits im Rahmen der Erfolgsprognose bei den einschlägigen materiellen Tatbestandsmerkmalen berücksichtigt und dort als irrelevant oder unbegründet widerlegt. Ihnen kann daher von vornherein keine Bedeutung im Rahmen der Interessenabwägung zukommen.

819. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 753), wonach die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen infolge des Fortbestands eines Endkundenangebots unverhältnismässig sei, ist unbegründet. Dabei ist bereits die von der Beschwerdeführerin aufgestellte Ausgangshypothese unzutreffend, weil der vom Bundesgericht (BGE 127 II 32 E. 4c, 4f) entschiedene Sachverhalt offensichtlich nicht dem vorliegenden Sachverhalt entspricht. Denn im Gegensatz zu Ersterem, bei dem über die einstweilige Öffnung eines bislang nicht vorgesehe-

nen Marktzugangs durch die Eidgenössische Kommunikationskommission zu entscheiden war, ist bei Letzterem die Untersagung der Abweichung von einem bestehenden und allseits anerkannten Glasfaserstandard durch die Wettbewerbskommission zu beurteilen. Hierbei stellt der Umstand des blossen Fortbestands eines Endkundenangebots von vornherein kein taugliches Kriterium zur Beurteilung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen in Form von Wettbewerbsabreden oder Marktmachtmissbräuchen und damit auch von entsprechenden vorsorglichen Massnahmen dar. Denn ungeachtet dessen, ob ein kollusives Verhalten von Marktteilnehmern oder eine Ausbeutung der Vertragspartner bzw. eine Behinderung von Konkurrenten vorliegt, verbleibt in jedem Fall ein Produktangebot für den Endkunden. Würde dieses Kriterium daher als zwingende Voraussetzung zur Anwendung gelangen, wäre die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Kartellrecht von vornherein gänzlich ausgeschlossen. Die Anerkennung eines entsprechenden Beurteilungskriteriums steht demnach im Widerspruch zu der unstrittig anerkannten Möglichkeit zum Erlass entsprechender Massnahmen (vgl. E. 163 ff.).

820. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Einwand (vgl. E. 755), wonach die übergeordneten volkswirtschaftlichen sowie regional- und versorgungspolitischen Interessen keine formale und inhaltliche Berücksichtigung gefunden hätten, ist irrelevant. Wie vorstehend bereits dargelegt (vgl. E. 58 ff.), umfasst die materielle Beurteilung eines Sachverhalts durch die Wettbewerbsbehörden wie auch der Rechtsmittelinstanzen ausschliesslich eine wettbewerbsrechtliche Prüfung. Konsumenten- und Verbraucherinteressen sind dabei ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt eines wirksamen Wettbewerbs und nicht unter versorgungs-, regional-, sozial- oder sonstigen gesellschaftspolitischen Zwecken zu berücksichtigen. Für derartige Beurteilungen ist der Bundesrat im Rahmen des Rechtsinstituts der ausnahmsweisen Zulassung zuständig. Daher hatte die Vorinstanz von vornherein weder eine Veranlassung noch eine Verpflichtung, diese Aspekte in der angefochtenen Verfügung zu berücksichtigen und zu behandeln, weshalb entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 758) auch keine Verletzung ihres Gehörsanspruchs vorliegt.

821. Der von der Beschwerdeführerin erhobene Einwand (vgl. E. 760), wonach bei Anwendung des Kartellrechts eine auf das Gemeinwohl verpflichtete staatliche Wettbewerbspolitik zu verfolgen sei, weshalb auch Konsumenten- und Verbraucherinteressen einschliesslich der Versorgung von Randregionen mit Breitbandleistungen zu berücksichtigen seien, ist schon deshalb nicht massgeblich, weil er sich auf eine Ausführung in der Botschaft KG 1995 (BBI 1999 500) stützt, mit der die vorgenommene Ableitung gar nicht begründbar ist. Vielmehr wird in der Botschaft KG 1995 ausdrücklich festgehalten, dass das Konzept des wirksamen Wettbewerbs gemäss neuem Kartellgesetz den weitgehenden Verzicht auf eine instrumentalistisch ausgerichtete Wettbewerbspolitik aufweist und sich stattdessen auf die Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz der Märkte konzentriert (Botschaft KG 1995, 513). Mithin entspricht die Intention der vorliegend strittigen vorsorg-

lichen Massnahme, einen wettbewerbsneutralen weil diskriminierungs- und monopolisierungsfreien Zugang zu den FTTH-Netzen auch für die Zukunft sicherzustellen, um dadurch den Wettbewerb zwischen allen Fernmeldeunternehmen ohne Berücksichtigung von versorgungs- und regionalpolitischen sowie sonstigen vorgegebenen Ausrichtungen zu gewährleisten, gerade diesem allgemeinen Ansatz der Wettbewerbspolitik.

822. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 761), wonach mit der verfügten vorsorglichen Massnahme weitreichende Handlungspflichten zu Lasten von Swisscom angeordnet würden, weil diese angehalten werde, ihre Netzbaustrategie anzupassen, weshalb es sich um einen substantiellen Eingriff in ihre Rechtsstellung handle, ist zwar zutreffend. Allerdings stellt allein das Vorliegen eines gewichtigen privaten Verwirklichungsinteresses kein Ausschlussgrund für eine behördliche Anordnung von vorsorglichen Massnahmen dar. Vielmehr kann zum Schutz eines öffentlichen Sicherungsinteresses auch ein substantieller Eingriff in die Rechtsstellung von Unternehmen vorgenommen werden, soweit die Kriterien der Verhältnismässigkeit hierfür gegeben sind, was vorliegend zu bejahen ist.

823. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 762), wonach ihr die aus rechtsstaatlicher Sicht garantierten Rechtsschutzmöglichkeiten nicht bzw. nicht genügend eingeräumt worden seien, ist angesichts des vorliegenden Verfahrens, in dem sie ihre inhaltlich-sachliche Position sogar noch hinsichtlich verschiedener technischer Einschätzungen durch das Einreichen mehrerer Schriftsätze abgeändert hat, sowohl unverständlich als auch unzutreffend.

824. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 763), wonach die Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits mehrfach die faktische Eröffnung eines Zugangs zu Infrastrukturen mittels vorsorglicher Massnahmen abgelehnt habe und die vorliegende Massnahme für Swisscom daher unzumutbar sei, ist ebenfalls irrelevant. Gleiches gilt für den Einwand der staatlichen Technologielenkung (vgl. E. 751).

825. Denn auch gegenüber diesen Einwänden ist nochmals darauf hinzuweisen, dass Swisscom mir ihrer Netzbaustrategie 2020 vom bestehenden und allseits anerkannten Glasfaserstandard abweichen will und die Beschwerdeführerin entgegen der früheren Zustimmung von Swisscom zu diesem Glasfaserstandard weder darlegen konnte, dass ihre Netzbaustrategie 2020 als Technologieanpassung eine ausreichend sachgerechte Technologievariante zum Glasfaserstandard darstellt noch ein Grund dafür besteht, von einem erheblichen Einsparungspotential auszugehen, das deutlich über die zu erwartenden und akzeptierten Mehrkosten eines Ausbaus gemäss Glasfaserstandard hinausgeht.

826. Massgebend ist daher vorliegend primär der dargestellte Sachverhalt einer Technologieeinschränkung und nur sekundär der vorliegend nicht abgehandelte Sachverhalt einer Zugangsgewährung. Bereits aus diesem Grund ist die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Zugangsgewährung bei öffentlichen Telekommunikationsnetzen von vornherein nicht einschlägig.

827. An der eindeutigen Beurteilungslage im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vermögen im Übrigen auch die von der Beschwerdeführerin zur Unterstützung ihrer Vorbringen vorgelegten vielgestaltigen Erklärungen von Dritten, die durch die Einstellung des Netzausbaus gemäss Netzbaustrategie 2020 betroffen sind, etwas zu ändern. Auch wenn deren grosser Unmut über Verzögerungen beim Glasfaserausbau durchaus nachvollziehbar ist, so kommt diesen negativen Erklärungen - wie umgekehrt auch positiven Erklärungen von Gemeinden oder Unternehmen (vgl. E. 569 ff.) - keine entscheidungserhebliche Bedeutung zu. Im Übrigen setzen sich diese Erklärungen auch nicht mit den massgeblichen rechtlichen Aspekten für die Beurteilung eines Glasfasernetzausbaus auseinander; insbesondere werden das Bestehen des Glasfaserstandards und die sich daraus ergebenden Folgen für eine Kostenbeurteilung völlig ausgeblendet. Dies gilt sowohl für die Erklärungen des Volkswirtschaftsdepartements des Kantons Appenzell Innerrhoden und des Projektleiters für das Projekt «Hochbreitbanderschliessung Appenzell-Innerrhoden» gegenüber der Wettbewerbskommission sowie für die unaufgefordert eingereichte Stellungnahme des Projektleiters gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht als auch die von der Beschwerdeführerin vorgelegten diversen Erklärungen von betroffenen Gemeinden und Unternehmen gegenüber dem Bundesrat und einzelnen Parlamentariern.

828. Ungeachtet dessen wird durch das vorliegende Urteil das Hauptverfahren entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 761), wie bereits dargelegt (vgl. E. 204), nicht vorweggenommen. Denn im Hauptsacheverfahren haben die Wettbewerbsbehörden aufgrund einer umfassenden Abklärung auf der Grundlage des Untersuchungsgrundsatzes eine eigenständige Entscheidung zu treffen. Soweit das Ergebnis des vorliegenden Urteils im Hauptverfahren bestätigt werden sollte, würde dies allein darauf beruhen, dass sich die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens aufgrund einer blossen Glaubhaftmachung vorgenommene Einschätzung des Sachverhalts als zutreffend erweisen würde und die Beschwerdeführerin auch im Hauptverfahren insbesondere weder eine sachgerechte Technologievariante als zulässige Technologieanpassung zum Ersatz des Glasfaserstandards präsentieren noch den Anfall von Mehrkosten, die über den anerkannten Kostenmassstab des Glasfaserstandards hinausgehen, nachweisen könnte.

XI. BEZEICHNUNG VON GESCHÄFTS-GEHEIMNISSEN

829. Mit ihrem Beschwerdeantrag Ziff. 4 macht die Beschwerdeführerin geltend, ihr sei das Recht einzuräumen, die in der Beschwerdeschrift enthaltenen Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen, bevor diese allfälligen anderen Parteien oder Drittbeteiligten im Verfahren Netzbaustrategie Swisscom (Weko-Dossier 31-0598) offengelegt werden.

830. Auf Anordnung des Gerichts hat die Beschwerdeführerin eine um die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse bereinigte Fassung der Beschwerdeschrift eingereicht. Die von der Beschwerdeführerin bezeichne-

ten Geschäftsgeheimnisse wurden im Rahmen des Verfahrens gewahrt.

831. Der Beschwerdeantrag Ziff. 4 ist damit gegenstandslos geworden und als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

XII. ZUSAMMENFASSUNG

832. Die summarische Prüfung der angefochtenen Verfügung aufgrund der von der Beschwerdeführerin eingereichten Beschwerde hat ergeben, dass die Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 durch Swisscom eine Technologieeinschränkung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG darstellt. Die Einschränkung des anerkannten Glasfaserstandards für den Ausbau von FTTH-Netzen mit einem Vierfaser-Modell und P2P-Topologie lässt sich auch nicht durch einen der vielfältigen Aspekte rechtfertigen, die von der Beschwerdeführerin für die Abweichung vom Glasfaserstandard geltend gemacht werden.

833. Daher ist die von der Vorinstanz durch die angefochtene Verfügung angeordnete vorsorgliche Massnahme zur Sicherstellung eines Layer 1-Zugangs beim Ausbau des FTTH-Netzes durch Swisscom rechtmässig.

834. Dementsprechend ist der Antrag Ziff. 1 der Beschwerde auf Aufhebung der durch die angefochtene Verfügung angeordneten vorsorglichen Massnahme abzuweisen.

835. Infolgedessen ist auch der Antrag Ziff. 2 der Beschwerde auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos geworden und als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

836. Der Antrag Ziff. 3 der Beschwerde auf einen unverzüglichen Entscheid ohne vorherige Anhörung der Vorinstanz war bereits unmittelbar nach Einreichung der Beschwerde durch Verfügung des Gerichts abgelehnt worden.

837. Der Antrag Ziff. 4 der Beschwerde auf Durchsicht der Beschwerdeschrift zur Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen vor Weitergabe an Dritte wurde durch die Einreichung einer bereinigten Beschwerdeschrift auf Anordnung des Gerichts gegenstandslos. Daher ist er als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

838. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

XIII. VERFAHRENSKOSTEN UND PARTEIENTSCHÄDIGUNG

839. Die Auferlegung der Verfahrenskosten - die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen - sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen von

Art. 63 und 64 VwVG sowie den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

840. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind die Verfahrenskosten vorliegend auf 50'000.- CHF festzusetzen.

841. Die Verfahrenskosten sind gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG der Beschwerdeführerin als unterliegende Partei aufzuerlegen. Hierauf wird der bereits geleistete Kostenvorschuss in Höhe von 15'000.- CHF angerechnet.

842. Eine Parteientschädigung gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG für die den obsiegenden Parteien erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ist vorliegend nicht zuzusprechen. Der Vorinstanz steht als Bundesbehörde gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zu. Dasselbe gilt für die Anzeigerin, die zur Aufklärung des technischen Sachverhalts anlässlich der Instruktionsverhandlung beigelegt wurde. Sie hat im vorliegenden Verfahren keine eigenen Anträge gestellt, weshalb sie nicht als obsiegende Partei gilt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

2.

Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten in Höhe von 50'000.- CHF auferlegt. Hierauf wird der bereits geleistete Kostenvorschuss in Höhe von 15'000.- CHF angerechnet.

3.

Eine Parteientschädigung zu Gunsten der Vorinstanz und der Init7 (Schweiz) AG wird nicht ausgerichtet.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (per Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 31-0598; per Gerichtsurkunde);
- die Beigeladene (per Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	2. Urteil vom 16. April 2021 – Verfügung der WEKO vom 27. Mai 2015 betreffend Publikation des Schlussberichts
-----	--

Das BGer ist mit Entscheidung vom 09.06.2021 auf die Beschwerde nicht eingetreten (2C_451/2021)

Urteil B-4139/2015 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. April 2021 in Sachen X. _____ AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Verfügung der WEKO vom 27. Mai 2015 im Verfahren Nr. 32-0246 betreffend Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO vom 12. November 2014

Sachverhalt:

A.

Nachdem gegen die Konzerngesellschaft A. _____ AG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige [unbekannten Datums] eingegangen war, eröffnete das Sekretariat am 30. August 2012 eine Vorabklärung gegen die X. _____ AG zur Prüfung, ob Anhaltspunkte für einen allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der A. _____ AG im Bereich der TV-Vermarktung und/oder Radiowerbevermittlung im Sinn von Art. 7 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) bestünden.

B.

Mit Schlussbericht vom 12. November 2014 stellte das Sekretariat das Verfahren ein und gab der X. _____ AG seinen Beschluss bekannt, diesen Bericht zu publizieren.

Mit Schreiben vom 24. November 2014 übermittelte das Sekretariat diesen Bericht der X. _____ AG und informierte diese darüber, dass es den Schlussbericht in der Schriftenreihe «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW) zu publizieren beabsichtige. Das Sekretariat ersuchte die X. _____ AG um Mitteilung, ob der Bericht Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung abzudecken seien. Bei allfälligen Anträgen auf Abdeckungen sei das Vorliegen von Qualifikationskriterien im Sinn des beigelegten Merkblatts zu Geschäftsgeheimnissen zu begründen.

C.

Mit Eingabe vom 23. Januar 2015 nahm die X. _____ AG Stellung und reichte eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version des Schlussberichts ein. Zugleich beantragte sie unter anderem, solange ihre Zustimmung zu einer Publikation des Schlussberichtes fehle, sei von dieser abzusehen. Dieser sei bis auf Weiteres «insgesamt als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren».

D.

Am 9. Februar 2015 teilte das Sekretariat der X. _____ AG schriftlich mit, an der Veröffentlichung des Schlussberichtes festzuhalten. Es werde die dem Schreiben

beigelegte Version des Schlussberichts in der RPW publizieren. In dieser Version seien diejenigen Stellen entfernt worden, für welche berechnete Geheimhaltungsinteressen bestünden. Das Sekretariat ersuchte die X. _____ AG erneut um Mitteilung, ob der Bericht weitere Geschäftsgeheimnisse enthalte. Ohne Gegenbericht werde es davon ausgehen, dass sich im Schlussbericht keine solchen befänden.

E.

Am 20. Februar 2015 übermittelte die X. _____ AG dem Sekretariat eine stellenweise geschwärzte Version des Schlussberichts. In einem Begleitschreiben gleichen Datums beantragte sie, der Schlussbericht sei im Sinn ihrer Eingabe vom 23. Januar 2015 abzuändern, der überarbeitete Bericht sei ihr zur Stellungnahme und weiteren Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen zuzustellen und von einer Publikation desselben sei abzusehen. Eventualiter sei der Abschluss der Vorabklärung in einer gekürzten Version bekannt zu geben. Die X. _____ AG verlangte ferner den Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

F.

Am 27. Mai 2015 verfügte das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO) wie folgt:

- «1. Der Schlussbericht des Sekretariats vom 12. November 2014 wird in der Version veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 7'050.- werden der X. _____ auferlegt.
3. [Eröffnung]».

Die Verfügung wurde am 29. Mai 2015 verschickt und am 1. Juni 2015 zugestellt. Im Begleitschreiben vom 29. Mai 2015 gab das Sekretariat der X. _____ AG bekannt, zudem eine Veröffentlichung der Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 zu beabsichtigen. Beide Dokumente übermittelte das Sekretariat der X. _____ AG mit der Aufforderung, ihm (dem Sekretariat) allfällige darin enthaltene Geschäftsgeheimnisse mitzuteilen. Gleichzeitig informiert das Sekretariat die X. _____ AG darüber, dass ohne gegenteiligen Bericht von deren Einverständnis mit der Publikation ausgegangen werde.

G.

Die X. _____ AG (hiernach: Beschwerdeführerin) hat gegen die Verfügung vom 29. Mai 2015 mit Eingabe vom 30. Juni 2015 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren erhoben:

- «1. Dispositiv Ziffern 1 und 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 27. Mai 2015 seien vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei der Vorinstanz zu untersagen[,] zu publizieren und/oder Dritten zugänglich zu machen:
 - a) den Schlussbericht vom 12. November 2014;

b) die Verfügung vom 27. Mai 2015.

3. Eventualiter zum Rechtsbegehren 2a) sei die Einstellung der Vorabklärung durch die Vorinstanz wie folgt bekannt zu geben:

"In einer Vorabklärung prüfte das Sekretariat, ob Hinweise für einen Kartellverstoss der X. _____ AG in der TV- oder Radiovermarktung (Werbemarkt) bestehen. Sowohl die Vorabklärung wie auch die Befragung der Marktteilnehmer lieferten keine Hinweise für einen Verstoss gegen das Kartellgesetz. Es gab somit keine Legitimation, gegen die X. _____ ein Untersuchungsverfahren zu eröffnen. Die Vorabklärung wurde ohne Folgen und ohne Kostenaufgabe eingestellt."

4. Eventualiter zum Rechtsbegehren 2b) sei der Vorinstanz eine Frist anzusetzen, eine anfechtbare Verfügung zur Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung vom 27. Mai 2015 zu erlassen.
5. Subeventualiter zum Rechtsbegehren 3 sei die Vorinstanz anzuweisen, die in Beilage 8 zu dieser Beschwerde bezeichneten Geschäftsgeheimnisse und Textstellen des Schlussberichts vom 12. November 2014 in der beabsichtigten publizierten Fassung abzudecken.
6. Subeventualiter zum Rechtsbegehren 5 sei die Vorinstanz anzuweisen, die in Beilage 8 zu dieser Beschwerde bezeichneten Geschäftsgeheimnisse und Textstellen des Schlussberichts vom 12. November 2014 in der beabsichtigten publizierten Fassung nach Massgabe des Bundesverwaltungsgerichts zu umschreiben.
7. Es sei die Vorinstanz bei Gutheissung der Rechtsbegehren 3, 4, 5 und 6 anzuweisen, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, bevor eine Publikation erfolgt.

sowie folgende

WEITERE ANTRÄGE

1. Es sei die Vorinstanz vorsorglich anzuweisen, die Publikation des Schlussberichts vom 12. November 2014 sowie der angefochtenen Verfügung vom 27. Mai 2015 bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu unterlassen.
2. Es seien die Akten der Vorinstanz für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.»

Die Beschwerdeführerin begründet dies insbesondere damit, dass kein öffentliches Interesse an einer Publikation der angefochtenen Verfügung und des Schlussberichts bestehe. Jedenfalls sei ihr entgegenstehendes Interesse höher zu gewichten. Die Veröffentlichung verfehle das angestrebte Ziel und stelle nicht die mildeste Massnahme dar und sei daher unverhältnismässig. Da eine Publikation im Sinn der angefochtenen Verfügung sie (die Beschwerdeführerin) ohne Not belasten und herabsetzen würde, verletze eine Publikation in der eben erwähnten Form die Unschuldsvermutung. Es widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass die Vorinstanz sensitive Informationen ohne Not und ohne jegliches Verschulden ihrerseits veröffentlichen wolle.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 3. Juli 2015 hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass die Beschwerde aufschiebende Wirkung habe. Solange diese bestehe, hätten alle Vollzugshandlungen der Vorinstanz zu unter-

bleiben, namentlich auch die Publikation vorinstanzlicher Verfügungen und Berichte in der vorliegenden Sache.

I.

In ihrer Vernehmlassung vom 12. August 2015 beantragt die WEKO (im Folgenden: Vorinstanz) mit Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung bringt die Vorinstanz unter anderem vor, die Beschwerdeführerin unterlasse eine substantiierte Darlegung, weshalb die von ihr im Schlussbericht markierten Textstellen aus Gründen des Geschäftsgeheimnis- oder Persönlichkeitsschutzes für die Publikation zu eliminieren seien. Die Beschwerdeführerin könne sich in Bezug auf Textstellen in der Publikationsversion des Schlussberichts, mit welchen sie materiell nicht einverstanden sei, nicht auf Geschäftsgeheimnisse, Persönlichkeitsrechte oder das Verhältnismässigkeitsprinzip berufen. Die mit der Publikation des Schlussberichts verfolgten Ziele (Transparenz und Nachvollziehbarkeit der behördlichen Tätigkeit, Rechtssicherheit und Generalprävention) könnten nicht mit der Publikation einer nach Belieben der Beschwerdeführerin gekürzten bzw. verfassten Version des Schlussberichts erreicht werden. Die Publikation erfolge weder in unverhältnismässiger noch in treuwidriger Weise.

J.

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik vom 2. November 2015 vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren fest. Sie weist darauf hin, dass die Vorinstanz auf der Publikation eines Schlussberichts bestehe, welcher Geschäftsgeheimnisse von ihr offenlege, Persönlichkeitsrechte von ihr in krasser Weise verletze und Ausführungen enthalte, welche unverhältnismässig seien und nicht im öffentlichen Interesse lägen. Es gehe ihr vor allem darum, die Veröffentlichung zahlreicher Textstellen, die gemäss dem Merkblatt der Vorinstanz vom 30. April 2008 als Geschäftsgeheimnis deklariert werden sollten, zu verhindern. Es bestehe weder ein öffentliches Interesse an der Publikation noch sei der Schlussbericht geeignet oder erforderlich, um die Öffentlichkeit über mögliche Rechtsentwicklungen und dergleichen zu informieren. Eine Offenlegung der erteilten Auskünfte und eingereichten Unterlagen widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben. Ihre willkürliche Ungleichbehandlung würde durch die Veröffentlichung zu ihrem Nachteil erstmals publik und würde sie in ihrer wirtschaftlichen Entwicklung massiv beeinträchtigen.

K.

Am 19. November 2015 hat die Beschwerdeführerin das Bundesverwaltungsgericht unter Kosten- und Entschädigungsfolge um Sistierung des Verfahrens bis zum vorinstanzlichen Wiedererwägungsentscheid betreffend die Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 oder - eventualiter - bis zur Publikation des rechtskräftigen Entscheids der Vorinstanz in Sachen Zusammenschlussvorhaben B. _____/C. _____/D. _____ ersucht.

L.

In ihrer Duplik vom 30. November 2015 hält die Vorinstanz ebenfalls an ihren bisherigen Anträgen fest. Sie legt zur Begründung unter anderem dar, die Frage nach

der Veröffentlichung an sich bilde nicht Verfahrensgegenstand. Die Beschwerdeführerin unterlasse es weiterhin, substantiiert darzutun, weshalb die von ihr im Schlussbericht markierten Textstellen aus Gründen des Geschäftsgeheimnis- oder Persönlichkeitsschutzes für die Publikation zu eliminieren seien. Einzelne Textstellen des Berichts könnten nicht aus dem Grund entfernt bzw. abgedeckt werden, dass die Beschwerdeführerin mit den entsprechenden Ausführungen inhaltlich nicht einverstanden sei. Die Publikation des Schlussberichts führe nicht zu einer unnötigen Belastung bzw. Herabsetzung der Beschwerdeführerin. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Publikation des Schlussberichts unverhältnismässig sein sollte und inwiefern die zu publizierende Version dieses Berichts die Auskünfte, die ihr (der Vorinstanz) von der Beschwerdeführerin erteilt worden seien, und die eingereichten Unterlagen in unverhältnismässiger oder treuwidriger Weise offenlege. Was die geltend gemachte willkürliche Rechtsanwendung anbelange, sei die im Schlussbericht enthaltene kartellrechtliche Beurteilung nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

M.

Am 11. Januar 2016 hat die Vorinstanz eine Stellungnahme zum Sistierungsgesuch vom 19. November 2015 (Bst. K hiervor) eingereicht. Darin beantragt die Vorinstanz, das Gesuch sei unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin als gegenstandslos geworden abzuschreiben bzw. abzuweisen.

Dieser Stellungnahme lag die gleichentags im Parallelverfahren B-902/2016 angefochtene vorinstanzliche Verfügung bei, mit welcher das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz unter anderem auf ein Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiedererwägung der Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 nicht eintrat.

N.

N.a Am 21. März 2019 hat die Beschwerdeführerin unter Kostenfolgen zulasten der Vorinstanz um Verfahrenssistierung ersucht, bis das Bundesgericht in seinem Verfahren 2C_250/2019 rechtskräftig entschieden habe.

N.b Mit Zwischenverfügung vom 28. März 2019 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, das vorliegende Verfahren, ohne gegenteiligen Antrag der Vorinstanz innert Frist, bis zur Eröffnung eines Entscheids im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren 2C_250/2019 zu sistieren. In der Folge hat die Vorinstanz keine solchen gegenteiligen Begehren gestellt.

N.c Nachdem das Bundesgericht im Verfahren 2C_250/2019 am 17. Juli 2020 einen Nichteintretensentscheid gefällt hatte, hat das Bundesverwaltungsgericht mit Instruktionsverfügung vom 20. August 2020 die Sistierung des vorliegenden Verfahrens aufgehoben.

O.

Mit Eingabe vom 14. September 2020 erklärt sich die Vorinstanz bereit, den Schlussbericht im Sinn des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 angemessen zu anonymisieren. Dieser Eingabe legt die Vorinstanz eine entsprechend anony-

misierte bzw. pseudonymisierte Publikationsversion des Schlussberichts bei.

P.

In ihrer Stellungnahme vom 21. Oktober 2020 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren vom 30. Juni 2015 sowie an deren Begründung fest und beantragt die Fortführung des vorliegenden Verfahrens. Art. 48 KG stelle keine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation des Schlussberichts vom 12. November 2014 dar. Zudem sei heute kein öffentliches Interesse an der Publikation dieses Berichts mehr vorhanden. Die Beschwerdeführerin legt dar, dass ihre privaten Interessen an einer Nichtveröffentlichung überwiegen.

Q.

Die Vorinstanz führt in ihrer Stellungnahme vom 19. November 2020 aus, dass Art. 48 Abs. 1 KG eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Publikation des Schlussberichts vom 12. November 2014 darstelle. Das öffentliche Interesse an dessen Veröffentlichung sei nach wie vor vorhanden. Dieses überwiege das private Interesse der Beschwerdeführerin an ihrer wirtschaftlichen Integrität bzw. an ihrem guten Ruf. Die Publikation sei zudem verhältnismässig. Im Übrigen hält die Vorinstanz an ihren bisherigen Ausführungen fest.

R.

Mit Eingabe vom 20. November 2020 hält die Beschwerdeführerin an der von ihr geschwärzten, zusammen mit der Beschwerde eingereichten Version des Schlussberichts vom 12. November 2014 fest.

S.

In ihrer Stellungnahme vom 1. Februar 2021 zur vorinstanzlichen Stellungnahme vom 19. November 2020 (Bst. Q hiervor) hält die Beschwerdeführerin weiterhin an der eben in Bst. R erwähnten Version, an ihrer Beschwerde und an ihrer Stellungnahme vom 21. Oktober 2020 fest und legt erneut dar, dass keine Rechtsgrundlage für eine Publikation des Schlussberichts bestehe.

T.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird - soweit entscheidungswesentlich - in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Publikation des Schlussberichts ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über die Veröffentlichung müssen - sofern die Voraussetzungen zutreffen - verfügungsweise entschieden werden (Art. 25 und 25 a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]; Art. 25 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz [DSG, SR 235.1]; vgl. Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268; Urteil des BVer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 1.1 mit Hinweisen). Vorliegend entschied praxisgemäss das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 27. Mai 2015 verfügungswei-

se über die Publikation des Schlussberichts der Vorabklärung im Untersuchungsverfahren 32-0246 (kritisch zu dieser Praxis: ODERMATT/HOLZMÜLLER, in: Zäch et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 48 N 35, wonach die WEKO für den Erlass einer solchen Verfügung zuständig sei). Diese Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (vgl. Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268; zum Ganzen: Urteil des BVer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 1.1).

1.2 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 135 II 38 E. 4.3 mit Hinweisen). Der angefochtene Entscheid des Sekretariats zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO vom 27. Mai 2015 stellt eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG dar. Dabei kann vorliegend mangels Streitgegenstand offenbleiben, ob - entgegen der gängigen Praxis - die WEKO für den Erlass einer solchen Verfügung zuständig wäre (vgl. E. 1.1 hiavor). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher gemäss Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinn von Art. 32 VGG vorliegt (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 1.2).

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Sie wird materiellrechtlich durch die vorgesehene Veröffentlichung des strittigen Schlussberichts beschwert und hat insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung. Sie ist damit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG sind gewahrt. Der Kostenvorschuss im Sinn von Art. 63 Abs. 4 VwVG wurde rechtzeitig geleistet und der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

1.4 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und damit Streitgegenstand bildet das durch Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit es angefochten wird. Der Streitgegenstand wird durch den Gegenstand der Verfügung (Anfechtungsgegenstand) und die Beschwerdeanträge bestimmt. Der Anfechtungsgegenstand bildet den Rahmen, der den möglichen Umfang des Streitgegenstands begrenzt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (zum Ganzen: Urteil des BVer B-578/2016 vom 11. Oktober 2016 E. 1.3 mit Hinweisen; vgl. BGE 133 II 35 E. 2; Urteil des BVer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 2 mit weiteren Hinweisen; THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016 [im Folgenden: Praxiskommentar VwVG], Art. 7 N 19; SEETHALER/PORTMANN, Praxiskommentar

VwVG, Art. 52 N 38; ANDRÉ MOSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 52 N 3, je mit weiteren Hinweisen).

Da in der angefochtenen Verfügung richtigerweise nicht über deren eigene Veröffentlichung entschieden wurde, ist auf Ziffer 2b und 4 der Beschwerdebegehren und auf die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht einzutreten.

1.5 Im Übrigen ist auf die Beschwerde vom 30. Juni 2015 einzutreten.

2.

2.1 Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. BGE 131 II 200 E. 4.2; BVGE 2007/41 E. 2 mit Hinweisen; Urteile des BVer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 2.2 und A-2301/2016 vom 8. Februar 2017 E. 1.3 mit Hinweisen).

3.

Mit dem Schlussbericht vom 12. November 2014 hat das Sekretariat die Vorabklärung betreffend die Beschwerdeführerin wegen allfälligem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der A. _____ AG im Bereich der TV-Vermarktung und/oder Radiowerbevermittlung im Sinn von Art. 7 KG abgeschlossen und im Ergebnis ohne Folgen eingestellt. Streitig und zunächst zu prüfen ist vorliegend, ob das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO in der angefochtenen Verfügung zu Recht die Veröffentlichung dieses Schlussberichts angeordnet hat.

3.1 Die Vorabklärung ist ein sogenanntes formloses Verfahren zur Abklärung der Frage, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 und Art. 7 KG vorliegen. Zuständig für die Durchführung der Vorabklärung ist allein das Sekretariat der WEKO (vgl. Art. 26 KG). Der Vorabklärung kommt eine «Triage»-Funktion zu (BGE 135 II 60 E. 3.1.2): damit werden die Fälle ausgesondert, welche einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG zuzuführen sind. In der Vorabklärung wird der Sachverhalt summarisch abgeklärt und rechtlich sowie ökonomisch einer ersten Würdigung unterzogen (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 23. November 1994, in: Bundesblatt [BBl] 1995, S. 468 ff., insbesondere 602). Das Sekretariat kann bereits im Stadium der Vorabklärung Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (vgl. zum Ganzen: Urteile des BVer B-5117/2016 vom

30. Januar 2019 E. 3.1 [zur Publikation vorgesehen] und B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4; ZIRLICK/TAGMANN, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, 2010 [nachfolgend: Basler Kommentar], Art. 26 KG N 1-13; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 145; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 973 ff.; JOACHIM FRICK, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar Kartellgesetz, 2007, Art. 26 KG N 1-3).

3.2 Mit Bezug auf den Abschluss der Vorabklärung sind drei Ergebnisse möglich: entweder wird das Verfahren eingestellt, weil keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen (1) bzw. weil die Anhaltspunkte nachträglich wegfallen, indem das Sekretariat mit den beteiligten Parteien eine einvernehmliche Lösung findet (2), oder es kommt zur Eröffnung einer Untersuchung, weil Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gegeben sind (3) (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 26 KG N 114; GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rz. 12.28). Für die Vorabklärung ist kein Verfahrensabschluss mit Verfügung vorgesehen, sondern lediglich ein Schlussbericht, welcher keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG ist (Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 26 KG N 4, 44 ff., 70 und 125 mit Hinweisen). Daher sind weder der Schlussbericht noch der Beschluss, gestützt darauf eine Untersuchung im Sinn von Art. 27 KG zu eröffnen, anfechtbar (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 3.2 [zur Publikation vorgesehen]).

3.3 Gemäss der Praxis der ehemaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO WEF) findet auf das Verfahren der Vorabklärung das VwVG keine Anwendung (RPW 2004/2 E. 1.2.3; gleicher Meinung: PAUL RICHLI, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, 2000, S. 424; BILGER, a.a.O., S. 144; ZÄCH, a.a.O., Rz. 975; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 26 KG N 10 f.). Diese Auffassung wird auch vom Bundesgericht geteilt, das sich für eine vollumfängliche Anwendung des VwVG erst im Untersuchungsverfahren ausspricht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sollen für die Verfahrensschritte auf dem Weg zur Untersuchung nur die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fairnessprinzipien gelten (BGE 135 II 60 E. 3.1.3 mit Hinweisen; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 3.3 [zur Publikation vorgesehen]).

3.4 Aufgrund der Natur der Vorabklärung als informelles Verfahrensrecht (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 26 KG N 130) haben die Verfahrensadressaten und Beteiligten in der Vorabklärung kein Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG). Ihnen ist der Schlussbericht daher grundsätzlich nicht zugänglich. Ausnahmsweise erfolgt eine Zustellung, wenn das Sekretariat den Schlussbericht in der RPW (dem Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden [NYDEGGER/NADIG, Basler Kommentar, Art. 48 KG N 5]) publizieren will, wobei zuvor die

Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen sind (vgl. ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 26 KG N 130 mit Hinweisen). In der Praxis erfolgt eine Publikation des Schlussberichts laut GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH offenbar, wenn das Sekretariat zum Schluss kommt, für die Eröffnung einer Untersuchung lägen keine Anhaltspunkte vor, und die Voruntersuchung eingestellt wird. Indessen werde oft auf eine Publikation des Schlussberichts verzichtet, wenn dieser keine Neuerungen gegenüber der bisherigen Praxis enthalte oder wenn eine Untersuchung zu eröffnen sei (vgl. GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH, a.a.O., Rz. 12.29 f.; zum Ganzen: Urteile des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 3.4 [zur Publikation vorgesehen] und B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4).

3.5 Die Eröffnung, Durchführung und der Abschluss einer Vorabklärung stellen nach dem Gesagten aufgrund ihres frühen Verfahrensstadiums grundsätzlich keine anfechtbaren Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG dar (E. 3.3 hiervor). Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Eröffnung oder Nichteröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG (vgl. hierzu BGE 135 II 60 E. 3.1.2; GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH, a.a.O., Rz. 12.47). Gegen diese Verwaltungstätigkeiten steht kein Rechtsmittel offen (vgl. zum Ganzen: BGE 135 II 60 E. 3.1.2; Urteile des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 3.5 [zur Publikation vorgesehen] und B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 26 KG N 125, 130, 132 und 135 f.; BILGER, a.a.O., S. 155, je mit Hinweisen).

Davon zu unterscheiden ist die Publikation des Schlussberichts in der RPW, welche wie erwähnt tatsächliches Verwaltungshandeln ist (oben E. 1.1). Als Realakt stellt die Publikation als solche zwar gleichermassen keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG dar. Es besteht jedoch - im Unterschied zu den vorerwähnten früheren Verfahrensschritten - Anspruch auf Rechtsschutz im Sinn von Art. 25 a VwVG, falls - wie vorliegend - die Veröffentlichung im Streit liegt (vgl. E. 1.1 hiervor).

In casu ist darum folgerichtig nicht die Publikation als solche, sondern die Verfügung vom 27. Mai 2015 angefochten, mit welcher über die Veröffentlichung des Schlussberichts in der RPW entschieden wurde (vgl. E. 1.1 hiervor). Verfügungen haben zwar bloss zwischen den Parteien direkte Wirkung. Insofern würde daher eine Eröffnung nur an die Parteien genügen. Das allgemeine Verwaltungsverfahren sieht deshalb Veröffentlichungen von Verfügungen einzig dann vor, wenn eine Eröffnung an die Parteien nicht möglich oder deren ausdrückliche Bezeichnung besonders schwierig ist (vgl. Art. 36 VwVG). Eine Abweichung vom allgemeinen Grundsatz der Nichtveröffentlichung ist aber auch dann möglich, wenn ein entsprechendes Spezialgesetz im formellen Sinn, wie beispielsweise das KG, dies aus einem besonderen Grund vorsieht (vgl. zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 4.2.4; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 3.5 [zur Publikation vorgesehen]).

Der vorliegend strittige Schlussbericht ist nicht nur Gegenstand, sondern auch Anhang der angefochtenen Verfügung und damit deren Bestandteil. Er kann somit dann veröffentlicht werden, wenn eine gesetzliche Spe-

zialnorm besteht, welche seiner Publikation zugrunde gelegt werden kann.

4.

4.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits mit der Frage befasst, ob sich eine vorinstanzliche Verfügung, welche anordnet, dass ein Schlussbericht zu veröffentlichen sei, auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage stützen kann. Dabei ist das Gericht zum Schluss gekommen, dass Art 48 Abs. 1 KG, wonach die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen können, - im Lichte einer historischen Auslegung unter Berücksichtigung einer systematischen Gesamtbetrachtung von Art. 48 und 49 KG sowie in teleologischer Auslegung - eine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung darstellt (Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 5.8 mit Hinweisen [zur Publikation vorgesehen; auf die dagegen erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht mit Entscheid 2C_250/2019 vom 7. August 2020 nicht eingetreten]). An diesem Ergebnis ist auch für den vorliegenden Fall vollumfänglich festzuhalten.

4.2 Laut dem besagten Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts konnte dabei offenbleiben, ob der Schlussbericht auch gestützt auf anderweitige Rechtsgrundlagen wie namentlich Art. 49 KG, welcher entsprechende Informations- bzw. Berichterstattungspflichten normiert, oder das Geschäftsreglement WEKO vom 15. Juni 2015 (GR-WEKO, SR 251.1) rechtmässig publiziert werden könnte (Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 6 mit Hinweisen [zur Publikation vorgesehen; auf die dagegen erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht mit Entscheid 2C_250/2019 vom 7. August 2020 nicht eingetreten]). Gleichzeitig stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es sich bei Reglementen wie beispielsweise dem GR-WEKO nicht um Gesetze im formellen Sinn handelt. Solche dürften als gesetzliche Grundlage für die hier fragliche Publikation schon aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht ausreichen (vgl. dazu E. 6.4 hiernach). An dieser Rechtsprechung ist uneingeschränkt festzuhalten.

5.

Im Folgenden ist lediglich zu prüfen, ob die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung eine rechtskonforme Publikation des Schlussberichts vom 12. November 2014 vorsieht. Zunächst sind - in Anlehnung an das besagte Grundsatzurteil B-5117/2016 des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. dort E. 7) - allfällige Geschäftsgeheimnisse zu berücksichtigen.

5.1 Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden - worunter hier ebenfalls das Sekretariat zu zählen ist - dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG).

5.1.1 Für eine positive Begriffsumschreibung kann auf den traditionellen Geheimnisbegriff zurückgegriffen werden, wie er auch zu anderen Normen gebräuchlich ist, welche diesen Begriff enthalten (ausführlich dazu: BGE 142 II 268 E. 5.2.1 mit zahlreichen Hinweisen, auch zum Folgenden). Demgemäss bilden Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses (1) alle weder offenkundigen noch allgemein zugänglichen Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimnisherr tatsächlich geheim hal-

ten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat. Zur Bejahung des letztgenannten Kriteriums ist zu klären, ob die Information objektiv gesehen als geheimhaltungswürdig anzusehen ist, was mit Bezug auf Tatsachen, die ein kartellrechtswidriges Verhalten belegen, nicht zutrifft (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.6). Im Umkehrschluss können Tatsachen, welche kein kartellrechtswidriges Verhalten belegen, unter Umständen geheimhaltungswürdig sein (vgl. Urteil des BVGer B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.6 *e contrario*; ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 29; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 7.1.1).

5.1.2 Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses müssen geschäftlich relevante Informationen betreffen; entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können oder ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.3, 103 IV 283 E. 2b; Urteil des BGer 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.2). Ein objektives Geheimhaltungsinteresse weisen in der Regel folgende Tatsachen auf: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (BGE 142 II 268 E. 5.2.4; Urteile des BGer 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.2 und 2C_1009/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3.3; zum Ganzen: Urteile des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 7.1.2 und B-5108/2016 vom 22. Mai 2018 E. 9.3).

5.2 Dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 4 KG nach erfolgt keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse nach einer Publikation des zugrunde liegenden Entscheids der Wettbewerbsbehörden und dem Geschäftsgeheimnis (Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Im Rahmen der Frage, ob die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses, insbesondere ob das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben ist, kommt der zu beurteilenden Behörde allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, in welchem auch die verschiedenen Interessen zu beurteilen sind. Steht danach fest, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist es geschützt. Es ist zu wahren, und die das Geschäftsgeheimnis betreffenden Tatsachen dürfen nicht publiziert werden. Die Mitteilung des wesentlichen Inhalts kann durch Zusammenfassungen, Abdecken der geheimen Passagen oder Ersetzen absoluter Zahlen durch ungefähre Angaben (Bandbreiten) erfolgen, solange die verfremdende Umschreibung keine substantiellen Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen oder den Geheimnisherrn erlaubt. Dabei muss neben der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses auch dem gesetzlichen Auftrag, verständliche und nachvollziehbare Entscheide zu veröffentlichen (Art. 48 KG) Rechnung getragen werden (vgl. zum Ganzen: Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar

2019 E. 7.2; ferner Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 6.4).

5.3 Dem Geheimnisherrn ist Gelegenheit einzuräumen, die Tatsachen zu bezeichnen, die er geheim halten will. Im Verfahren der Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse hat das Sekretariat zu berücksichtigen, dass die Veröffentlichung eines die Voruntersuchung einstellenden Schlussberichts nur zum Zweck der Rechtssicherheit der Öffentlichkeit, namentlich unter den Marktteilnehmern, erfolgt und kein kartellrechtlich verpöntes Verhalten verfolgt wird (vgl. E. 6.5.1 f. hiernach; zum Prozedere der Geschäftsgeheimnisbereinigung von Schlussberichten siehe ferner das Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 6.3.1-6.3.3 mit Hinweisen; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 7.3).

In casu lud die Vorinstanz die Beschwerdeführerin bereits am 24. November 2014 dazu ein, die Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen (vorinstanzliche act. 1). Daraufhin stellte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz am 20. Februar 2015 eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version zu und verlangte zugleich eine anfechtbare Verfügung (vorinstanzliche act. 8). Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin am 22. Oktober 2020 die von der Vorinstanz am 14. September 2020 eingereichte überarbeitete Version des Schlussberichts zugestellt. Die Beschwerdeführerin konnte auch zu dieser Version Stellung nehmen, was sie am 20. November 2020 und 1. Februar 2021 tat. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin, ihr sei im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme vor der Publikation einzuräumen, ist somit nicht weiter einzugehen.

5.4 Mit Stellungnahme vom 14. September 2020 hat die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht eine nach eigenen Angaben «angemessen anonymisierte bzw. pseudonymisierte Publikationsversion des Schlussberichts» zugestellt. Darin hat sie folgende zusätzliche Anonymisierungen, Pseudonymisierungen bzw. Unkenntlichmachungen vorgenommen:

- Im Berichtstitel, Titel A.2, Titel vor der Ziffer 57, Titel vor Ziffer 71, in den Ziffern 1, 3 f., 8, 28, 32-35, 41 f., 46, 48, 52, 57-59, 67, 71, 75, 78, 82, 84 f., 88, 92-94, 104, 109, 111, 114, 128 f., 131-134, 150 f., 153-158, in den Fussnoten 3, 5, 10, 61, 69, 75 f., 81-84, 89, 91, 114 und in Ziffer 2 der Schlussfolgerungen hat sie *Unternehmensgruppennamen* pseudonymisiert bzw. anonymisiert.
- In den Ziffern 1-7, 18, 28, 32, 41, 52, 58, 60, 63, 67 f., 71 f., 75-88, 93, 95 f., 98-100, 104-106, 108, 111, 114, 118-121, 124 f., 129-134, 138 f., 142, 144, 147, 149-155, 157 und in den Fussnoten 6 f., 11, 25-27, 29, 36 f., 70, 85, 89 und 95 hat die Vorinstanz *Firmennamen* anonymisiert.
- In den Fussnoten 5, 14, 33, 35 und 77 hat die Vorinstanz an die Stelle von *Internetadressen* lediglich den Platzhalter «www» bzw. «[www]» gesetzt.
- In den Ziffern 3-6, 26, 28, 41, 57, 78, 81, 83, 85, 132 und 150 sowie in den Fussnoten 3, 6-11, 16, 21-23, 25-27, 29, 32, 36 f., 65, 68, 70, 86 f., 89 und 95 hat die Vorinstanz *Zahlenangaben*, *Ortsnamen*, *Firmennamen*, *Unternehmensgruppennamen*, *Fernsehse-*

derennamen, *Radiosendernamen* und/oder *andere Namen* - soweit sie nicht bereits anonymisiert oder pseudonymisiert wurden - durch den Platzhalter «[...]» ersetzt.

Die Beschwerdeführerin hat keinerlei Einwände gegen diese Anonymisierungen, Pseudonymisierungen bzw. Ersetzungen vorgebracht. Damit ist das vorliegende Beschwerdeverfahren insoweit und im Sinn übereinstimmender Anträge gegenstandslos geworden. Die Vorinstanz ist nach Treu und Glauben auf die vorstehenden zusätzlichen Anonymisierungen, Pseudonymisierungen bzw. Unkenntlichmachungen zu behaften.

Die Beschwerdeführerin hat zwar in ihren Stellungnahmen vom 20. November 2020 und 1. Februar 2021 pauschal an einer weitergehenden, vollständigen Schwärzung einzelner Textstellen, von welchen auch die hiervoor gewürdigten zusätzlichen Anonymisierungen, Pseudonymisierungen bzw. Ersetzungen betroffen sind, festgehalten, dies jedoch ohne eingehende Begründung. Daher kann mangels Substantiierung auf die vollständige Unkenntlichmachung dieser Stellen verzichtet werden.

5.5 Bei den Unkenntlichmachungen, welche von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren überdies und substantiiert beantragt worden sind, ist keine inhaltliche Systematik ersichtlich. Dennoch drängt sich eine weitgehend nach Themen geordnete Prüfung auf. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der zur Publikation vorgesehene Schlussbericht (weitere) nicht zu publizierende Geschäftsgeheimnisse enthält.

5.5.1 Die Beschwerdeführerin beantragt die Schwärzung des Wortes «Freospace» im Titel B.3.2.1 sowie in den Zwischentiteln vor Ziffer 100, 102, 138 und 140, «Freospace-» in den Zwischentiteln vor Ziffer 99 und 120, «Zielvereinbarung» im Zwischentitel vor Ziffer 102, «Exklusivbuchungsverpflichtung» im Zwischentitel vor Ziffer 100 sowie der Wortwendung «Exklusivbuchungsverpflichtung geknüpft» im Zwischentitel vor Ziffer 138. Diese Titelemente sind unerlässlich für das Verständnis des Schlussberichts, weshalb sie nicht geheimhaltungswürdig sind. Zudem handelt es sich bei diesen Elementen objektiv nicht um Geschäftsgeheimnisse.

5.5.2 Ferner beantragt die Beschwerdeführerin die Unkenntlichmachung der Passagen «_____» und «_____» in Ziffer 8 des Schlussberichts. Bei diesen Textstellen handelt es sich um *Umsatzangaben*, die zusätzlich als Geschäftsgeheimnis zu bezeichnen sind. Die betreffenden Umsatzwerte sind zumindest mit Bandbreiten unkenntlich zu machen (vgl. E. 5.1.2 und E. 5.2).

5.5.3 Die Ziffer 77 des Schlussberichts enthält unter anderem eine Schätzung des gemeinsamen *Marktanteils* von E._____ und A._____. Aus der Ziffer 78 des Schlussberichts geht der geschätzte Marktanteil von A._____ im Bereich der Vermittlung bzw. dem Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern hervor. Die hier angegebenen geschätzten Marktanteile sind geschäftlich relevante Informationen, welche Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können. Folglich sind die entsprechenden Informationen zu schwärzen oder zumindest in Bandbreiten anzugeben (vgl. E. 5.1.2 und E. 5.2). Entgegen des Antrags der

Beschwerdeführerin ist aber aus Gründen der Nachvollziehbarkeit des Berichts (fortbestehendes Konkurrenzverhältnis) darauf zu verzichten, den gesamten ersten Satz und rund die Hälfte des dritten Satzes der Ziffer 78 schwarz einzufärben.

5.5.4 Soweit die Beschwerdeführerin überdies die (fast) vollständige Unleserlichmachung der Ziffern 4 f., 41, 67, 79, 84, 94, 98-102, 105-108, 118, 120 f., 124, 130, 138-140, 142, 150 f. und 153-156 sowie Fussnoten 3, 6-11, 14, 33, 35, 61, 67, 75 f., 80-84, 86 f., 89, 91 und 114 des Schlussberichts beantragt, ist diesem Begehren nicht stattzugeben. Es finden sich in diesen Ziffern und Fussnoten abgesehen von den von der Vorinstanz bereits vorgenommenen Schwärzungen keine weiteren Stellen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten. Zudem sind diese Angaben für die Nachvollziehbarkeit des Schlussberichts erforderlich. Sie sind damit nicht zusätzlich als Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen.

5.5.5 Überdies ersucht die Beschwerdeführerin darum, dass im Schlussbericht die folgenden Sätze schwarz gefärbt werden:

In Ziffer 4: «Die X. _____ besitzt die Hälfte der Stimmrechte, [...] % stehen F. _____, [...] % G. _____ zu.»

In Ziffer 5: «Bis Mitte 2013 war A. _____ zudem als Vermittlerin für Werbung in Privatradios tätig, die in der Schweiz terrestrisch empfangbar sind.»

In Ziffer 93: «Eigentliche Cross-Media Angebote könne A. _____ deshalb heute nicht unterbreiten.»

Diese Sätze hat die Vorinstanz bereits geschäftsgeheimnisbereinigt (vgl. E. 5.4). Einer weitergehenden Unkenntlichmachung, Anonymisierung bzw. Pseudonymisierung, als jene gemäss E. 5.4 bereits vorgenommene, ist mangels weiterer Geschäftsgeheimnisse vorliegend nicht stattzugeben.

5.5.6 Schliesslich beantragt die Beschwerdeführerin die Schwärzung weiterer einzelner Textpassagen und/oder Worte in den Ziffern 1, 3, 6 f., 18, 28, 32-34, 52, 57 f., 65, 71-73, 75, 80-83, 85 f., 88, 92 f., 95-97, 103 f., 109-111, 114, 119, 128 f., 131-134, 141, 144, 147, 149, 152 und 157-159 sowie in den Fussnoten 1 und 27 des Schlussberichts über die schon erfolgte Geschäftsgeheimnisbereinigung dieser Ziffern und Fussnoten hinaus. Diese Textstellen und Worte sind unverzichtbar für die Verständlichkeit der vorinstanzlichen Begründung des Schlussberichts. Zudem enthalten sie nach den in E. 5.4 erwähnten Pseudonymisierungen, Anonymisierungen bzw. Ersetzungen keine zusätzlichen Geschäftsgeheimnisse. Somit ist hier ebenfalls von weiteren Unkenntlichmachungen abzusehen.

5.6 Die Vorinstanz hat folglich in der Fassung des Schlussberichts des Sekretariats vom 12. November 2014, die in der angefochtenen Publikationsverfügung zur Veröffentlichung vorgesehen ist, lediglich noch die in E. 5.5.2 und 5.5.3 hiervor erwähnten zusätzlichen Schwärzungen vorzunehmen.

6.

Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob die zur Publikation vorgesehene Fassung des eben streitbetroffenen Schlussberichts gegen das DSG verstösst.

6.1 Das DSG bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Mit anderen Worten gelten die Vorschriften des DSG für die Bearbeitung von persönlichen Daten, die den grundrechtlichen Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) verletzen können (BGE 138 II 346 E. 3.2 mit Hinweis). Personendaten sind dabei alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare - natürliche oder juristische (Art. 3 Bst. b DSG; vgl. BGE 136 II 508 E. 3.2) - Person beziehen. Der Begriff «Personendaten» ist weit und umfasst jede Information, die einen auf eine Person (oder mehrere Personen) bezogenen oder beziehbaren Informationsgehalt besitzt (zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.1).

6.2 Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten juristischer Personen durch die Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG), worunter auch die WEKO - als Behördenkommission (Art. 7a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 8a Abs. 3 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1] i.V.m. Art. 18 f. KG) - fällt; diese ist verantwortliches Organ im Sinn von Art. 16 Abs. 1 DSG. Die Tätigkeit des Sekretariats der WEKO untersteht dem DSG ebenfalls. Bearbeiten umfasst das Bekanntgeben (Art. 3 e DSG) und dieses wiederum das Veröffentlichung (Art. 3 f DSG). Wie sich bereits im Rahmen der erfolgten normspezifischen Auslegung im besagten Grundsatzurteil (B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 5.7.2) ergeben hat und woran vorliegend festzuhalten ist (oben E. 4.1), spricht Art. 48 Abs. 1 KG von «Veröffentlichung», womit laut Bundesgericht dasselbe gemeint ist wie in Art. 3 f DSG. Auf das hängige erstinstanzliche Verwaltungsverfahren ist das DSG anwendbar (Art. 2 Abs. 2 Bst. c in fine DSG). Es ist aber auch nach Abschluss des Verfahrens anwendbar, insbesondere auf die dannzumalige Datenweitergabe (zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 6.1 f. mit weiteren Hinweisen; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.2).

6.3 Das Sekretariat und die WEKO haben sich daher auch bei der Veröffentlichung von Schlussberichten an die Grundsätze der Art. 4, 5 und 7 DSG zu halten. Insbesondere hat die Datenbearbeitung rechtmässig, nach Treu und Glauben, verhältnismässig und zweckgemäss zu erfolgen (Art. 4 Abs. 1 bis 3 DSG). Zudem hat sich das Sekretariat über die Richtigkeit der Daten zu vergewissern (Art. 5 Abs. 1 DSG) und um deren Sicherheit besorgt zu sein (vgl. Art. 7 Abs. 1 DSG; zum Ganzen: vgl. BGE 142 II 268 E. 6.1-6.3). Von diesen Grundsätzen kann indessen spezialgesetzlich abgewichen werden (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.3).

6.4 Die Veröffentlichung eines Vorabklärungsschlussberichts ist als ein Bekanntgeben von (besonders schützenswerten [Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG]) Personendaten im Sinn von Art. 19 DSG zu qualifizieren. Sie bedarf dementsprechend einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn (Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 DSG; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.4). Vorliegend stellt Art. 48 Abs. 1

KG nach historischer und teleologischer Auslegung eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von Personendaten bei der Publikation von Schlussberichten dar (oben E. 4.1).

6.5 Für Personendaten, welche Geschäftsgeheimnisse darstellen, hat das Kartellgesetz selbst in Art. 25 Abs. 4 KG die Sonderregel aufgestellt, dass diese generell, das heisst ohne Vornahme einer Interessenabwägung, nicht publiziert werden dürfen (Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2; vgl. E. 5.1 hiervor). Dabei erfolgt dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 4 KG nach keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse nach einer Publikation des zugrunde liegenden Entscheids der Wettbewerbsbehörde und dem Geschäftsgeheimnis (eben genanntes Urteil 2C_1065/2014 E. 5.3.2).

Demgegenüber untersteht die Publikation von Personendaten ausserhalb des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses der Abwägung gemäss Art. 19 Abs. 4 DSGVO (BGE 142 II 268 E. 6.4.1-6.4.3; Urteil des BVerfG B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.7 mit Hinweisen). Hier ist trotz Bestehens einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn die Bekanntgabe (also Veröffentlichung) abzulehnen, wenn wesentliche öffentliche oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen (Art. 19 Abs. 4 DSGVO). Es bedarf somit einer Interessenabwägung zwischen den öffentlichen Interessen und dem privaten Geheimhaltungsinteresse (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.1 mit Hinweisen; zum Ganzen: Urteil des BVerfG B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.5).

6.5.1 Bei der besagten Abwägung ist nebst der Sorge der Beschwerdeführerin um ihre wirtschaftliche Integrität bzw. ihren guten Ruf insbesondere zu berücksichtigen, dass das Sekretariat - im konkludenten Einvernehmen mit einem Mitglied der WEKO (vgl. dazu Urteil des BVerfG B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 5.7.2 [zur Publikation vorgesehen]) - mangels Vorliegen eines kartellrechtlich verpönten Verhaltens auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet hat. Betroffene einer Vorabklärung müssen eine anonymisierte Publikation des Schlussberichts aber unter Umständen - falls die Interessenabwägung ein überwiegendes Interesse an der Publikation ergibt - auch dann hinnehmen, wenn sich aus den Umständen ergibt, welche Personen oder Unternehmen sich hinter einem Pseudonym verbergen (vgl. ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 27 mit Hinweisen; zum Ganzen: Urteil des BVerfG B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.5.1).

6.5.2 Das im öffentlichen Interesse liegende Ziel einer Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung besteht in der Rechtssicherheit für die Öffentlichkeit - insbesondere der Marktteilnehmer -, der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten - insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung -, der Befriedigung von Informationsbedürfnissen sowie der Information von kantonalen Behörden und Bundesbehörden (vgl. hierzu das Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6.5.3 [nicht veröffentlicht in BGE 142 II 268], welches die öffentlichen Interessen an der Publikation einer Sanktionsverfügung aufzählt). Die Rechtssicherheit

der Marktteilnehmer ist dabei der hauptsächliche Zweck der Publikation solcher Berichte. Die Marktteilnehmer sollen befähigt sein, selbst abzuschätzen, welche Handlungen das Kartellrecht verpönt und welche nicht. Demgemäss steht die Veröffentlichung solcher Berichte insoweit im öffentlichen Interesse, als sie hauptsächlich insbesondere der Erreichung der Rechtssicherheit und daneben der weiteren Publikationsziele (Prävention, Transparenz der Verwaltungsaktivitäten und Information der verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen sowie Bundesbehörden über die Praxis der Spezialisten) dient (zum Ganzen: Urteil des BVerfG B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.5.2 mit Hinweis).

6.6 Die Beschwerdeführerin bringt als privates Interesse über jenes der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse hinaus nur dasjenige an ihrer wirtschaftlichen Integrität bzw. an ihrem guten Ruf vor. Sie verneint im Übrigen das öffentliche Interesse an einer Veröffentlichung des Schlussberichts vom 12. November 2014. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass aktuell kein solches Interesse mehr bestehe, da es dem Bericht mittlerweile an Aktualität mangle (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 21. Oktober 2020, S. 7 f.). Der Sichtweise der Beschwerdeführerin kann mit Blick auf E. 6.5.2 nicht gefolgt werden. Das in jener Erwägung beschriebene öffentliche Interesse an der Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung besteht vielmehr auch in casu nach wie vor. Das Alter dieses Berichts - dieser datiert vom 12. November 2014 - vermindert dieses Interesse nicht. Dieses Interesse überwiegt daher das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung ihrer wirtschaftlichen Integrität bzw. ihres guten Rufs. Folglich dürfen die Personendaten ausserhalb des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses soweit erforderlich in anonymisierter Form publiziert werden.

Was das zeitbezogene Vorbringen der Beschwerdeführerin betrifft, ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass sie im Wesentlichen selbst für die zeitliche Hinauszögerung verantwortlich ist. So stellte sie im vorinstanzlichen Verfahren unter anderem wiederholt Fristerstreckungsgesuche (am 8. Dezember 2014, 9. Januar 2015 und 12. Juni 2015) und im vorliegenden Verfahren nebst mehrmaligen Fristerstreckungsgesuchen (am 27. August 2015, 30. September 2015 und 21. September 2020) auch Sistierungsgesuche (am 19. November 2015 und 21. März 2019). Wenn die Beschwerdeführerin hieraus Rechte ableiten will, widerspricht sie damit dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV; zu diesem Grundsatz statt vieler: BGE 146 I 105 E. 5.1.1 mit weiteren Hinweisen).

7.

Als Bundesorgan - wozu unter anderem Behörden und Dienststellen des Bundes gehören (vgl. Art. 3 Bst. h DSGVO) - ist die Vorinstanz dafür verantwortlich, dass bei der Bearbeitung von Daten die datenschutzrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden (vgl. Art. 16 Abs. 1 DSGVO). Demnach hat die Vorinstanz in casu zu gewährleisten, dass diese Normen bei der weiteren Bearbeitung des Schlussberichts eingehalten werden. Da die Publikation von Schlussberichten einer Vorabklärung nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, liegt sie über den in

E. 5 bis E. 5.6 vorstehend dargelegten Rahmen hinaus grundsätzlich im Ermessen der Vorinstanz. Ihr steht mit anderen Worten ein Ermessensspielraum für ihre Entscheidung offen. Bei der Ausübung dieses Ermessens ist die Behörde nicht frei, sondern gehalten, dieses pflichtgemäss auszuüben (vgl. ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 10 und 19 ff.). Sie ist an die Verfassung gebunden, insbesondere an die Grundrechte sowie die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV; vgl. Urteil des BVGer B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.4). Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Es soll nicht nur rechtmässig, sondern auch angemessen sein (BVGE 2015/2 E. 4.3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 409). Die Vorinstanz darf ihr Ermessen bei der Publikation nicht missbrauchen. Verstösst die Handhabung des Ermessens gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, so ist einer derjenigen Grundsätze verletzt, welche die Annahme eines Ermessensmissbrauchs rechtfertigen (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3 und 137 V 71 E. 5.1; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 9).

Die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes wird vorliegend bereits im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 DSG gefordert (vgl. oben E. 6.3). Im Übrigen darf die Vorinstanz keinen willkürlichen Entscheid darüber treffen, wie die Version des zu publizierenden Schlussberichts zu bereinigen ist (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.4, 132 I 175 E. 1.2 und 131 I 467 E. 3.1; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 9).

Vorliegend ist der Entscheid der Vorinstanz, den Schlussbericht zu publizieren, mit Blick auf die Ziele Rechtssicherheit und Praxisfestlegung nachvollziehbar. Er erweist sich im Übrigen, nach Wahrung der Geschäftsgeheimnisse (oben E. 5) und unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben (E. 6) weder als willkürlich noch ist ein Ermessensmissbrauch ersichtlich (zur rechtsfehlerhaften Ermessensausübung im Allgemeinen statt vieler: Urteil des BGer 8C_205/2017 vom 4. August 2017 E. 4.1; vgl. hierzu auch E. 8.3 hiernach).

8.

Die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen am vorstehenden Ergebnis von vornherein nichts zu ändern.

8.1

8.1.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Vorinstanz mit der Veröffentlichung des Schlussberichts vom 12. November 2014 das Prinzip der Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0] und Art. 6 Ziff. 2 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101]) verletze. Eine Publikation, wie sie die angefochtene Verfügung vorsehe, würde sie (die Beschwerdeführerin) ohne Not belasten und herabsetzen, obwohl die Vorinstanz keinen Kartellrechtsverstoss feststelle (S. 21 f. der Beschwerde; Replik, S. 8; Stellungnahme vom 21. Oktober 2020, S. 11).

8.1.2 Die Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Sie bedeutet, dass

jede Person bis zur rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung als unschuldig gilt. Es ist das Recht, als unschuldig behandelt zu werden, bis ein zuständiges Gericht nach Durchführung eines fairen Verfahrens die strafrechtliche Schuld in rechtsgenügender Weise nachgewiesen und festgestellt hat (zum Ganzen: BGE 137 I 31 E. 5.1; Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.1; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 10.2).

8.1.3 Der Entscheid der WEKO und ihres Sekretariats, den Schlussbericht einer Vorabklärung zu veröffentlichen, spricht nicht gegen die Unschuldsvermutung. Art. 6 Ziff. 2 EMRK verbietet den staatlichen Behörden nicht, die Öffentlichkeit über laufende strafrechtliche Untersuchungen und Verfahren zu informieren. Dies muss umso mehr in einem lediglich strafrechtsähnlichen Fall gelten (vgl. zu den weniger strengen Anforderungen BGE 139 I 72 E. 4.4). Die beschwerdeführerische Rüge der Verletzung des Prinzips der Unschuldsvermutung macht deshalb im vorliegenden Zusammenhang schon darum keinen Sinn, weil hier nicht nur nicht sanktioniert, sondern sogar auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet wird. Angesichts der in E. 6.5.2 hiavor bereits erwähnten, gewichtigeren Interessen der Öffentlichkeit - möglichst umfassende Kenntnis von den Gründen des Handelns der WEKO und ihres Sekretariats, der Interessen der Wirtschaftsbeteiligten zu wissen, welches Verhalten keine Sanktionen nach sich zieht, und der Interessen, die anderen mit Kartellrechtsfragen involvierten Stellen zu informieren - verdient das Interesse der Beschwerdeführerin, dass nicht über deren Handeln informiert wird, weniger Schutz (vgl. zum Ganzen: Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.3 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 10.3). Der in E. 8.1.1 angeführten Rüge der Beschwerdeführerin ist daher keine Folge zu leisten.

8.2 Ferner beanstandet die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 7 BV) und das Recht jedes Menschen auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Ihre wirtschaftliche und berufliche Ehre werde mit dem Schlussbericht erheblich beeinträchtigt (Beschwerde, S. 22 f.).

Als öffentlich-rechtlicher Persönlichkeitsschutz sind die eben erwähnten Verfassungsgarantien namentlich an Behörden gerichtet, gegenüber deren hoheitlichem Handeln auch juristische Personen wie die Beschwerdeführerin sich unter anderem auf die Schutzzinhalte der Ehre und des guten Rufs berufen können (Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2016 E. 6.1.1 mit Hinweis). Da im vorliegenden Fall das öffentliche Interesse das private Interesse der Beschwerdeführerin an ihrer wirtschaftlichen Integrität bzw. ihres guten Rufs überwiegt, ist der Eingriff in ihre Persönlichkeitsrechte - sollte aus den zu verwendenden Pseudonymen überhaupt noch erkennbar sein, welches Unternehmen sich dahinter verbirgt - indes gerechtfertigt (vgl. E. 6.6).

8.3 Schliesslich wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, im Schlussbericht unnötige Begründungselemente zu verwenden, und leitet hieraus eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) ab (Beschwerde, S. 20).

Dem ist zu entgegen, dass die Beschwerdeführerin mehrmals Gelegenheit hatte, zum Inhalt des Schlussberichts Stellung zu nehmen (vgl. Sachverhalt Bst. B-E). Damit hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör vor dem Abschluss des Schlussberichts hinreichend gewährt (zu den Mitwirkungsrechten der Parteien im vorinstanzlichen Verfahren, die ihnen im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu gewähren sind: BGE 144 I 11 E. 5.3, 135 II 286 E. 5.1, 127 I 54 E. 2b; Urteil des BVGer B-4161/2020 vom 11. Januar 2021 E. 5.4). Es fällt - im vorerwähnten Rahmen (E. 5 f.) - grundsätzlich ins Ermessen der Vorinstanz, zu beurteilen, welche Begründungselemente sie in einem Schlussbericht als erforderlich betrachtet und welche nicht. Dabei braucht hier auf die Frage, ob dieses Ermessen ähnlich wie bei Sanktionsverfügungen im Sinn der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung beschränkt ist (vgl. dazu statt vieler: Urteil des BVGer B-105/2019 vom 1. September 2020 Luftfrachtpublikationsfälle E. 3.4, die allesamt auf einen internationalen Sachverhalt abzielen, weshalb sich auch andere Kartellbehörden für den Inhalt des zu publizierenden Schlussberichts interessieren könnten, sowie Urteil des BVGer B-6291/2017, B-6714/2019 vom 25. Juni 2019 Reichmuthpublikationsfall See-Gaster E. 6.6.3.4, wonach Ausführungen zu Verhalten vor Geltung des sanktionsbewehrten Kartellrechts nur dort angezeigt sind, wo diese dazu dienen, späteres, in den temporalen Anwendungsbereich fallendes Verhalten nachvollziehbar zu machen) nicht weiter eingegangen zu werden. Dies zumal vorliegend beide erwähnten Varianten - Ausführungen zu Verhalten vor Urzeiten oder zu Verhalten, das aufgrund internationalen Bezugs auch andere Kartellbehörden interessieren könnten - nicht geltend gemacht werden. Eine Ermessensverletzung seitens der Vorinstanz macht die Beschwerdeführerin sodann zurecht nicht geltend und geht auch aus den Akten nicht hervor (vgl. bereits oben E. 7 in fine). Weiter ist nicht ersichtlich, woraus die Beschwerdeführerin die Vertrauensgrundlage ableitet, die für die erfolgreiche Geltendmachung des Grundsatzes von Treu und Glauben erforderlich wäre (dazu statt vieler: BGE 143 V 95 E. 3.6.2, 137 II 182 E. 3.6.2, 131 II 627 E. 6.1 und 129 I 161 E. 4.1, je mit weiteren Hinweisen). Damit erweist sich die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Grundsatzes von Treu und Glauben als unbegründet.

9.

9.1 Zusammenfassend ist an der jüngst erfolgten Grundsatzrechtsprechung festzuhalten, wonach Art. 48 Abs. 1 KG in historischer und teleologischer Auslegung eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Publikation des Schlussberichts vom 12. November 2014 darstellt (vgl. E. 4.1). Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz verletze durch die Veröffentlichung das Legalitätsprinzip, zielt damit ins Leere. Ferner steht der geplanten Publikation das dabei zu berücksichtigende Recht - insbesondere die Verpflichtung zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse sowie das Datenschutzrecht - nicht grundsätzlich entgegen. Vielmehr regelt dieses lediglich den Inhalt, der rechtskonform veröffentlicht werden darf. Folglich ist die Publikation des Schlussberichts vom 12. November 2014 zulässig, jedoch ausschliesslich nur unter Wahrung der Geschäftsgeheim-

nisse und der datenschutzrechtlichen Interessen der Beschwerdeführerin sowie unter Berücksichtigung, dass in der Vorabklärung kein kartellrechtlich verpöntes Verhalten festgestellt wurde. Der Entscheid über die Version, die publiziert wird, darf dabei nicht willkürlich erfolgen. Die Vorinstanz ist zudem - wie erwähnt (E. 5.4) - auf die nachträglich angebotenen Anonymisierungen, Pseudonymisierungen bzw. Unkenntlichmachungen zu behaften.

9.2 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die angefochtene Verfügung insoweit aufzuheben, als sie die Publikation des Schlussberichts vom 12. November 2014 in der Fassung, die dieser Verfügung beiliegt, vorsieht. Dem Sekretariat ist es demnach zu untersagen, den Schlussbericht in der Version zu veröffentlichen, die sich im Anhang der angefochtenen Publikationsverfügung befindet. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist und sie nicht gegenstandslos geworden ist.

Die Vorinstanz hat im obgenannten Schlussbericht - neben den im Sinn von übereinstimmenden Anträgen nachträglich angebotenen Anonymisierungen, Pseudonymisierungen bzw. Unkenntlichmachungen (oben E. 5.4) - einzig noch die in E. 5.5 vorstehend bezeichneten zusätzlichen Schwärzungen und allfällige weitere angemessene Anonymisierungen und/oder Pseudonymisierungen vorzunehmen. Hierzu ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

9.3 Das Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 19. November 2015 (Sachverhalt Bst. K) ist durch den nun erfolgten Erlass des vorinstanzlichen abschlägigen Wiedererwägungsentscheids vom 11. Januar 2016 betreffend die Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 (Sachverhalt Bst. M) gegenstandslos geworden.

10.

10.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin teilweise obsiegt und zwar insofern, als der zu veröffentlichende Schlussbericht vom 12. November 2014 im Sinn der vorstehenden Erwägungen zusätzlich unkenntlich zu machen ist. Zudem hat die Vorinstanz von sich aus im Lauf des vorliegenden Verfahrens zusätzliche Anonymisierungen, Pseudonymisierungen bzw. Ersetzungen vorgenommen (E. 5.4 hiervor), womit das Beschwerdeverfahren in diesem Umfang im Sinn von übereinstimmenden Anträgen gegenstandslos geworden ist. Die Beschwerdeführerin obsiegt auch insoweit. Im Übrigen ist die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen unterlegen. Der Beschwerdeführerin sind daher nach Massgabe ihres nur teilweisen Obsiegens Verfahrenskosten im Umfang von drei Vierteln aufzuerlegen. Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die auf insgesamt Fr. 3'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten sind demnach der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 2'250.- aufzuerlegen und dem geleisteten Kostenvor-

schuss in Höhe von Fr. 3'000.- zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 750.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

10.2 Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen, welche der Vorinstanz aufzuerlegen ist (vgl. Art. 64 VwVG, Art. 7 ff. VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, hat der Beschwerdeinstanz vor dem Beschwerdeentscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; andernfalls setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen aufgrund der Akten fest (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]). Vorliegend hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht, weshalb die ungekürzte Parteientschädigung nach Ermessen aufgrund der Akten auf Fr. 17'500.- (inkl. Auslagen) festzusetzen ist. Mit Blick auf das nur teilweise Obsiegen der Beschwerdeführerin erscheint dem Gericht eine um drei Viertel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'375.- als angemessen.

10.3 Zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorangegangenen Verfahrens ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerin hinsichtlich Wiedererwägungsverfahren wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

2.

2.1 Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 insoweit aufgehoben, als sie eine Veröffentlichung des

Schlussberichts des Sekretariats vom 12. November 2014 in der Version vorsieht, die sich im Anhang zu dieser Verfügung befindet. Die vorinstanzliche Verlegung der Verfahrenskosten wird ebenfalls aufgehoben. Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist und sie nicht gegenstandslos geworden ist.

2.2 Der Vorinstanz wird untersagt, den Schlussbericht vom 12. November 2014 in dieser eben genannten Version zu veröffentlichen.

2.3 Die Sache wird zu weiterer Schwärzung und Anonymisierung des Schlussberichts vom 12. November 2014 im Sinn der Erwägungen sowie zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 2'250.- auferlegt. Dieser Betrag wird dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 750.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 4'375.- zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0246; Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	3. Urteil vom 21. September 2020 – Verfügung der WEKO vom 8. April 2019 betreffend Publikation der Stellungnahme der WEKO
-----	--

Entscheid bestätigt durch BGer mit Urteil vom 19.10.2021 (2C_874/2020)

Urteil B-2548/2019 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 21. September 2020 in Sachen X. _____ AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Verfügung der WEKO vom 8. April 2019 im Verfahren Nr. 41-0854 (Zusammenschlussvorhaben) betreffend Publikation der Stellungnahme der WEKO

Sachverhalt:

A.

A.a Die A. _____ AG, _____ (UID-Nr. CHE- _____), bezweckt die Beteiligung an in- und ausländischen Unternehmungen aller Art, insbesondere im Medienbereich. Die A. _____ AG übernahm am 22. Oktober 2001 die B. _____ AG, _____ (UID-Nr. CHE- _____), welche am 3. Januar 2012 aus dem Handelsregister gelöscht wurde. Die X. _____ AG, _____ (UID-Nr. CHE- _____; nachfolgend: Beschwerdeführerin), bezweckt die Vermarktung elektronischer Medien, insbesondere von Fernsehprogrammen jeder Art, sowie die Erbringung von Dienstleistungen im Werbebereich mit Schwerpunkt in der Schweiz. Die Beschwerdeführerin gehört als Tochtergesellschaft der A. _____ AG (im Folgenden: A. _____) zu den C. _____ Gesellschaften in der Schweiz (vgl. <https://C. _____ .com> > Über uns > Die Gesellschaften [abgerufen am 25. August 2020]).

Die D. _____ AG, _____ (UID-Nr. CHE- _____; heute: «E. _____»); im Folgenden: D. _____), bezweckte bis zu ihrer Statutenänderung und Umfirmierung vom 20. Dezember 2019 alle Tätigkeiten im Medienbereich und der Informationsvermittlung, insbesondere im Verlagswesen, im Bereich der elektronischen Medien sowie in der grafischen Industrie und konnte insbesondere im Medienbereich und in der Informationsvermittlung Beteiligungen kaufen, halten und verkaufen. Mit der Statutenänderung wurde ihr Zweck geändert.

A.b Am 20. Februar 2018 meldeten die D. _____ und die A. _____ dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) ihr Vorhaben, ihre Unternehmen zusammenzuschliessen (vorinstanzliche act. 12).

A.c In ihrer Stellungnahme vom 13. August 2018 (vorinstanzliche act. 631, S. 13 ff.) kam die WEKO (nachfolgend auch: Vorinstanz) nach durchgeführter Prüfung des Unternehmenszusammenschlussvorhabens von D. _____ und A. _____ zum Schluss, dass dieses ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden könne.

B.

B.a Mit E-Mail vom 21. August 2018 (vorinstanzliche act. 638, S. 1) setzte das Sekretariat der Vorinstanz (im

Folgenden: Sekretariat) A. _____ in Kenntnis, es werde die oben erwähnte Stellungnahme vom 13. August 2018 nach erfolgter Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse in der Reihe «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW) veröffentlichen.

B.b Mit Schreiben vom 29. Oktober 2018 (vorinstanzliche act. 643, S. 1 f.) wies A. _____ das Sekretariat auf die fehlende Befugnis hin, die Stellungnahme vom 13. August 2018 gegen den Willen der Parteien zu publizieren. Auf die Veröffentlichung sei gänzlich zu verzichten. Falls das Sekretariat anderer Auffassung sei, bitte sie letzteres um eine entsprechende beziehungsweise Begründung. Nach deren Prüfung werde sie allenfalls um den Erlass einer anfechtbaren Verfügung bitten.

B.c Nach dem Unternehmenszusammenschluss teilte die Beschwerdeführerin - welche wie erwähnt eine Tochtergesellschaft von A. _____ ist (oben Bst. A.a) - dem Sekretariat mit Schreiben vom 31. Januar 2019 (vorinstanzliche act. 663, S. 1 f.) mit, dass die Stellungnahme vom 13. August 2018 ohne ihre vorgängige und ausdrückliche Zustimmung nicht veröffentlicht werden dürfe. Falls Differenzen zwischen ihr und der Vorinstanz bezüglich des zur Veröffentlichung bestimmten Textes bestehen sollten, müsse die Vorinstanz eine anfechtbare Verfügung erlassen.

C.

C.a Am 8. April 2019 verfügte die Vorinstanz, dass ihre Stellungnahme vom 13. August 2018 in der der Verfügung angehängten Form publiziert werde (Dispositiv-Ziff. 1). Die Verfahrenskosten von Fr. 20'062.50 würden der Beschwerdeführerin auferlegt (Dispositiv-Ziff. 2).

Das Sekretariat stellte der Beschwerdeführerin die vorerwähnte Verfügung mit Schreiben vom 25. April 2019 zu (vorinstanzliche act. 667).

C.b Im besagten Begleitschreiben vom 25. April 2019 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf Art. 48 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) mit, sie beabsichtige die Publikationsverfügung in der RPW zu publizieren.

D.

Gegen die vorerwähnte Verfügung vom 8. April 2019 hat die Beschwerdeführerin am 27. Mai 2019 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren eingereicht:

- «1. Dispositiv Ziffern 1 und 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 8. April 2019 seien vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei der Vorinstanz zu untersagen[,] folgende Dokumente zu publizieren und/oder Dritten zugänglich zu machen:
 - a) Stellungnahme vom 13. August 2018
 - b) Verfügung vom 8. April 2019

3. Eventualiter zum Rechtsbegehren 2a) sei die Öffentlichkeit summarisch gestützt auf die Pressemitteilung vom 16. August 2018 und den dazugehörigen Presserohstoff (Beilage 2) zu informieren.
4. Eventualiter zum Rechtsbegehren 2b) sei der Vorinstanz eine Frist anzusetzen, eine anfechtbare Verfügung zur Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung vom 8. April 2019 zu erlassen.
5. Subeventualiter zum Rechtsbegehren 3 sei die Vorinstanz anzuweisen, die in Beilage 6 dieser Beschwerde bezeichneten Geschäftsgeheimnisse und Textstellen der Stellungnahme vom 13. August 2018 in der beabsichtigten publizierten Fassung abzudecken.
6. Subsubeventualiter zum Rechtsbegehren 5 sei die Vorinstanz anzuweisen, die in Beilage 6 dieser Beschwerde bezeichneten Geschäftsgeheimnisse und Textstellen der Stellungnahme vom 13. August 2018 in der publizierten Fassung nach Massgabe des Bundesverwaltungsgerichts zu umschreiben.
7. Es sei die Vorinstanz bei Gutheissung der Rechtsbegehren 3, 4, 5 und 6 anzuweisen, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, bevor eine Publikation erfolgt.

sowie folgende

weitere Anträge

8. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, die Publikation der Stellungnahme vom 13. August 2018 sowie die angefochtene Verfügung vom 8. April 2019 bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu unterlassen.
9. Es seien die Akten der Vorinstanz für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.
10. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Wettbewerbskommission.»

Die Beschwerdeführerin begründet ihre Anträge insbesondere damit, dass Art. 33 und 48 KG sowie Art. 22 und 23 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4, nachfolgend: VKU) keine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation einer Stellungnahme der Vorinstanz seien. Diese Normen bezögen sich nicht eindeutig und zweifelsfrei auf Stellungnahmen. Die Veröffentlichung der Stellungnahme vom 13. August 2018 wäre zudem unverhältnismässig.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 28. Mai 2019 hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass die Beschwerde vom 27. Mai 2019 aufschiebende Wirkung habe. Solange diese bestehe, hätten alle Vollzugshandlungen der Vorinstanz zu unterbleiben, namentlich auch die Publikation vorinstanzlicher Verfügungen und Stellungnahmen in der vorliegenden Sache.

F.

In ihrer verspätet eingereichten Vernehmlassung vom 9. Juli 2019 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und die Berücksichtigung der Vernehmlassung im Verfahren, unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Die Vorinstanz begründet ihren Abweisungsantrag unter anderem damit, in Art. 48 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 35 des Geschäftsreglements WEKO vom 15. Juni

2015 (GR-WEKO, SR 251.1) sei eine ausreichende, klare gesetzliche Grundlage für die Publikation von Entscheidungen zu Unternehmenszusammenschlüssen in Form von Stellungnahmen gegeben. Ein allfälliger verwaltungsrechtlicher Grundsatz der Nichtveröffentlichung finde keine Anwendung. Die Beschwerde stelle lediglich eine allgemeine und unsubstanzierte Aneinanderreihung von Behauptungen dar.

G.

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Stellungnahme (Replik) vom 14. Oktober 2019 an ihren Rechtsbegehren fest und legt ergänzend dar, auch Art. 48 KG in Verbindung mit Art. 35 GR-WEKO vermöge keine gesetzliche Grundlage für die Publikation der Stellungnahme zu begründen. Für deren Publikation bestehe keine genügende gesetzliche Grundlage. Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, im vorinstanzlichen Verfahren sei ihr rechtliches Gehör verletzt worden.

H.

Die Vorinstanz hält in ihrer Duplik vom 21. Oktober 2019 an ihrem Begehren auf Beschwerdeabweisung unter Kostenfolge fest. Ergänzend äussert sie, in Art. 48 Abs. 1 KG, welcher durch Art. 35 GR-WEKO konkretisiert werde, liege eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Veröffentlichung der Stellungnahme vor. Die Vorinstanz ist der Ansicht, das rechtliche Gehör nicht verletzt zu haben.

I.

I.a Am 1. November 2019 hat die Beschwerdeführerin unter Kostenfolgen zulasten der Vorinstanz um Sistierung des vorliegenden Verfahrens ersucht, bis das Bundesgericht im Verfahren 2C_250/2019 betreffend Publikation eines Schlussberichts des Sekretariats der Vorinstanz rechtskräftig entschieden habe.

I.b In ihrer Vernehmlassung vom 11. November 2019 zur Frage der Sistierung beantragt die Vorinstanz die Abweisung des Sistierungsgesuchs unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

I.c Mit Zwischenverfügung vom 19. November 2019 hat das Bundesverwaltungsgericht das Sistierungsgesuch abgewiesen.

J.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird - soweit entscheidungswesentlich - in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die amtliche Publikation einer Stellungnahme der Vorinstanz in einem Verfahren, in welchem ein Unternehmenszusammenschluss geprüft wird, ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über die Veröffentlichung müssen - sofern die Voraussetzungen zutreffen - verfügungsweise entschieden werden (Art. 25 und 25 a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]; Art. 25 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz [DSG, SR 235.1]; vgl. Urteil des BGer 2C_1065/2014

vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268; Urteile des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 1.1 und B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 1.1, mit weiteren Hinweisen). Vorliegend entschied die Vorinstanz am 8. April 2019 mittels einer Verfügung über die Publikation ihrer Stellungnahme 41-0854 «Zusammenschlussvorhaben D._____/A._____». Diese Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; vgl. Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 1.1).

1.2 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 8. April 2019 stellt eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher gemäss Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinn von Art. 32 VGG vorliegt (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 1.2).

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Sie wird materiellrechtlich durch die vorgesehene Veröffentlichung der strittigen Stellungnahme beschwert und hat insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung. Sie ist damit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG sind gewahrt. Der Kostenvorschuss im Sinn von Art. 63 Abs. 4 VwVG wurde rechtzeitig geleistet und der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

1.4 Auf die Beschwerde vom 27. Mai 2019 ist daher unter Berücksichtigung der nachfolgenden E. 1.5 f. grundsätzlich einzutreten.

1.5 Die «eiserne Regel» der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege lautet: «Ohne Verfügung kein Rechtsschutz», und findet ihre Grundlage in Art. 44 VwVG (MÜLLER/BIERI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019 [nachfolgend: Kommentar zum VwVG], Art. 44 N 1). Diese Norm legt als Grundsatz fest, dass die Verfügung der Beschwerde unterliegt. Damit bringt Art. 44 VwVG negativ zum Ausdruck, dass gegen verfügungsfreies Handeln der Behörde kein allgemeines Beschwerderecht besteht (UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 44 VwVG N 3). Nach Art. 44 VwVG ist das Vorliegen einer Verfügung *conditio sine qua non* für die Beschwerdeführung (MÜLLER/BIERI, Kommentar zum VwVG, Art. 44 N 1). Fehlt eine Verfügung oder richtet sich eine Beschwerde gegen verfügungsfreies Verwaltungshandeln, fehlt das taugliche beziehungsweise zulässige Anfechtungsobjekt und damit eine Prozessvoraussetzung. Auf eine entsprechende Beschwerde wird die Rechtsmittelinstanz

daher nicht eintreten (MÜLLER/BIERI, Kommentar zum VwVG, Art. 44 N 1 i.V.m. N 3). Entsprechend ist der Rechtsschutz auf Verfügungen beschränkt (vgl. UHLMANN/WÄLLE-BÄR, Praxiskommentar VwVG, Art. 44 N 7; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-1932/2017 vom 6. November 2018 E. 4.4).

1.6 Das Sekretariat teilte der Beschwerdeführerin in seinem Begleitschreiben vom 25. April 2019 lediglich die Absicht mit, die Publikationsverfügung vom 8. April 2019 in der RPW zu publizieren (Sachverhalt Bst. C.b). Dieses Schreiben stellt keine Verfügung dar. In der erwähnten Verfügung vom 8. April 2019 selbst wird deren Veröffentlichung weder angeordnet noch sonst in irgendeiner Weise erwähnt. Derartiges ergibt sich - soweit aus den Akten ersichtlich - auch nicht aus einer anderen Verfügung. Demnach fehlt es in Bezug auf die Beschwerdeanträge Ziffer 2b und 4 (Sachverhalt Bst. D) an einem Anfechtungsobjekt. Solches bildet vorliegend einzig die Publikationsverfügung der Vorinstanz vom 8. April 2019. Folglich ist mangels Vorliegens eines entsprechenden Anfechtungsobjekts auf die Beschwerdeanträge Ziffer 2b und 4 nicht einzutreten.

2.

Vorab ist auf die Rüge der Beschwerdeführerin einzugehen, wonach die Vorinstanz im vorinstanzlichen Verfahren ihr Recht auf rechtliches Gehör verletzt habe.

2.1 Der verfassungsmässige Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gewährleistet. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen (zum Ganzen: BGE 141 V 557 E. 3.2.1, 134 I 83 E. 4.1, 126 I 97 E. 2b und 112 Ia 107 E. 2b, je mit Hinweisen). Für das Verfahren in Verwaltungssachen vor Bundesverwaltungsbehörden wird dies in Art. 35 Abs. 1 VwVG explizit festgehalten.

Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn er sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (zum Ganzen: BGE 142 II 324 E. 3.6, 141 V 557 E. 3.2.1, 134 I 83 E. 4.1, 129 I 232 E. 3.2 und 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Dabei ist die Behörde indes nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Partei zu äussern. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 141 V 557 E. 3.2.1, 134 I 83 E. 4.1, 130 II 530 E. 4.3 und 129 I 232 E. 3.2, je mit Hinweisen; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-2629/2018 vom 26. März 2019 E. 4.2 mit Hinweis).

2.2 In ihrer Replik bringt die Beschwerdeführerin hinsichtlich der gerügten Gehörsverletzung vor, dass trotz der Eingabe der A._____ vom 3. August 2018 (vorinstanzliche act. 622) weite Teile der vorläufigen Beur-

teilung, mithin materielle Befunde, bestanden geblieben seien. Der Umstand, dass trotz vorbehaltloser Genehmigung des Zusammenschlusses ein Grossteil der materiellen Befunde, welche in die vorläufige Beurteilung des Zusammenschlusses geflossen seien, beibehalten worden seien, komme ohne Weiteres einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gleich. Offensichtlich könnten nicht dieselben materiellen Befunde sowohl zu einer vorläufigen «Untersagung» als auch zu einer endgültigen vorbehaltlosen Genehmigung eines Zusammenschlusses führen. Eine Überprüfung der materiellen Befunde habe zumindest nicht mit der erforderlichen Sorgfalt stattgefunden (S. 5). Zudem sei es ihr nicht möglich gewesen, zur definitiven Stellungnahme vom 13. August 2018 Stellung zu beziehen und sich gegen die unrichtigen Befunde zu wehren (S. 26 f.).

2.3 Mit Schreiben vom 8. Januar 2019 bat die D._____ AG die Vorinstanz um Berücksichtigung der von ihr Mitte Dezember 2018 bezeichneten Geschäftsgeheimnisse. Des Weiteren liess sie der Vorinstanz ausrichten, dass die Beschwerdeführerin der Vorinstanz innert der bis am 14. Januar 2019 erstreckten Frist direkt mitteilen werde, welche Informationen aus deren Sicht nicht publiziert werden dürften (vorinstanzliche act. 654).

Am 14. Januar 2019 sodann stellte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Stellungnahme zum gegenständlichen Zusammenschlussvorhaben zu (vorinstanzliche act. 656). Die seitens der Vorinstanz überarbeitete «bereinigte Version» der besagten Stellungnahme liess die Vorinstanz der Beschwerdeführerin allerdings erst mit Begleitschreiben vom 25. April 2019 und damit mit der Eröffnung der angefochtenen Verfügung zukommen. Bei dieser Version handelt es sich um die definitive Stellungnahme vom 13. August 2018 (vorinstanzliche act. 667).

Die Vorinstanz hat demnach zwar kein eigenes Geschäftsgeheimnisbereinigungsverfahren mit der Beschwerdeführerin durchgeführt. Es genügt in diesem Zusammenhang indes, wenn sich die Parteien - wie vorliegend die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 14. Januar 2019 - in Ausübung des rechtlichen Gehörs vor dem Erlass einer Publikationsverfügung zur Frage äussern können, ob Tatsachen der Geheimhaltung unterliegen oder nicht (vgl. Urteil des BGer 2C_1009/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3.3; Urteil des BVer A-3103/2011 vom 9. Mai 2012 E. 7.3.3). Die Vorinstanz hat somit mit ihrer Vorgehensweise das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt.

Mit Bezug auf die konkreten Schwärzungsanträge der Beschwerdeführerin wird auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen (E. 9.1-9.7).

2.4 Die Vorinstanz kam in ihrer Stellungnahme vom 13. August 2018 zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wesentlichen Veränderungen der Marktverhältnisse führe (Ziff. 695 f.). Anders noch zum Zeitpunkt ihrer vorläufigen Beurteilung vom 25. Juni 2018 (vorinstanzliche act. 591), in welcher sie (noch) die Ansicht vertrat, dass der Zusammenschluss nach «derzeitigem Kenntnisstand» nicht in der gemeldeten Form zugelassen werden könne (Ziff. 803). Damals ging die Vorinstanz davon aus, dass der Zusammen-

schluss auf den betreffenden Märkten zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führe (Ziff. 803). Angesichts des divergierenden Ergebnisses in der besagten Stellungnahme zugunsten der Beschwerdeführerin sind die zugrunde liegenden «materiellen Befunde» nicht generell zu beanstanden, zumal es sich dabei über weite Strecken um ausführliche Analysen der relevanten und betroffenen Märkte und die entsprechenden Wirkungen eines möglichen Zusammenschlusses handelt. Dabei ist nachvollziehbar, dass die festgestellten «materiellen Befunde», ausgehend von solchen Marktanalysen, das Ergebnis einer Zusammenschlussprüfung in die eine oder andere Richtung beeinflussen können. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält (Duplik, S. 3), ist damit keine «180-Grad-Kehrtwende» mit derselben Begründung erfolgt. Dies schon deshalb, weil die Stellungnahme wohl auch aufgrund des neuen Ergebnisses um rund 30 Seiten gekürzt wurde.

Es bleibt noch darauf hinzuweisen, dass A._____ in ihrer Eingabe vom 3. August 2018 (vorinstanzliche act. 622) zur vorläufigen Beurteilung vom 25. Juni 2018 Stellung nehmen konnte. Diese Stellungnahme umfasste rund 13 Seiten und enthielt zwei Beilagen von gesamt 26 Seiten. Die Vorinstanz berücksichtigte diese Eingabe in ihrer Stellungnahme vom 13. August 2018 (vgl. deren Ziff. 57), die abgesehen vom oben erwähnten Ergebnis und dessen Begründung textlich unstrittig weitgehend der vorgenannten vorläufigen Beurteilung entspricht. Die Beschwerdeführerin verhält sich widersprüchlich, wenn sie einerseits rügt, die Eingabe von A._____ vom 3. August 2018 sei unberücksichtigt geblieben und die Textpassagen seien quasi unverändert von der vorläufigen Beurteilung in die vorinstanzliche Stellungnahme übernommen worden, und andererseits vorbringt, sie hätte sich zu genau diesen quasi unveränderten Textpassagen im Nachgang an diese Stellungnahme nicht nochmals äussern können. Die Vorinstanz weist zu Recht auf diesen Widerspruch hin (Duplik, S. 3-4). Damit liegt auch unter diesem Aspekt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin vor.

3.

Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht weiter, dass die vorinstanzliche Vernehmlassung um fast 10 Tage verspätet eingereicht worden sei. Aus einer verspätet eingereichten Vernehmlassung ergäben sich rechtliche und tatsächliche Konsequenzen. Sie gehe davon aus, dass eine Fristsäumnis seitens der Vorinstanz nicht anders als eine allfällige Fristsäumnis der Beschwerdeführerin gewürdigt werde (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 14. Oktober 2019, S. 4). In der Tat wurde die Vernehmlassung erst am 9. Juli 2019 und damit 8 Tage nach Ablauf der auf den 1. Juli 2019 angesetzten Frist eingereicht.

Behördlich angesetzte Fristen sind im Unterschied zu gesetzlichen erstreckbar. Auch bei behördlichen Fristen gilt aber, dass die Verfahrenshandlung grundsätzlich nur innerhalb der angesetzten Frist wirksam vorgenommen werden kann (URS PETER CAVELTI, Kommentar zum VwVG, Art. 23 N 4 mit Hinweis). Nach Art. 23 VwVG droht die Behörde, die eine Frist ansetzt, die Folgen der Versäumnis an. Im Versäumnisfall treten nur die ange-

drohten Folgen ein. Diese Bestimmung dient dem Schutz der Partei, die sich damit im Voraus ein Bild über die Folgen einer Nichtbeachtung der Frist machen kann (zum Ganzen: CAVELTI, Kommentar zum VwVG, Art. 23 N 6 mit Hinweisen; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.148). Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht mit Ansetzung der Frist zur Einreichung der Vernehmlassung keine Säumnisfolgen angedroht. Art. 32 Abs. 2 VwVG sieht im Übrigen ausdrücklich vor, dass verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, trotz der Verspätung berücksichtigt werden können. Trotz der «Kann»-Formulierung handelt es sich dabei aufgrund der Untersuchungsmaxime (Art. 12 VwVG) sogar um eine Pflicht, solche Vorbringen zu berücksichtigen (Urteil des BGer 1C_286/2009 vom 13. Januar 2010 E. 4.2 f.; PATRICK SUTTER, Kommentar zum VwVG, Art. 32 N 8). Das Bundesverwaltungsgericht hat daher den Inhalt der vorinstanzlichen Vernehmlassung trotz verspäteter Einreichung zur Kenntnis genommen. Die Vorinstanz wird jedoch darauf hingewiesen, in Zukunft rechtzeitig ein begründetes Fristerstreckungsgesuch einzureichen, sollte eine gerichtlich angesetzte Frist nicht eingehalten werden können (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer A-6820/2009 vom 23. März 2010 E. 6).

4.

4.1 Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

4.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. BGE 131 II 200 E. 4.2 mit Hinweisen; BVGE 2007/51 E. 2 mit Hinweisen; Urteile des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 2.2 und A-2301/2016 vom 8. Februar 2017 E. 1.3 mit Hinweisen).

4.3 Die Publikation der Stellungnahme ist zwar wie erwähnt tatsächliches Verwaltungshandeln (oben E. 1.1). Als Realakt stellt die Publikation als solche keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG dar. Es besteht jedoch Anspruch auf Rechtsschutz im Sinn von Art. 25 a VwVG, falls - wie vorliegend - die Veröffentlichung im Streit liegt (vgl. E. 1.1 hiavor; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 3.5).

In casu ist darum folgerichtig nicht die Publikation als solche, sondern die Verfügung vom 8. April 2019 angefochten, mit welcher die Vorinstanz über die Veröffentlichung der Stellungnahme entschieden hat (vgl. E. 1.1 hiavor). Die Beschwerdeführerin hatte die Vorinstanz vorgängig um Erlass einer Verfügung ersucht, um die vorgesehene Veröffentlichung vor Bundesverwaltungsgericht anfechten zu können (vgl. Sachverhalt Bst. B.c).

Die Stellungnahme, deren Publikation vorliegend strittig ist, ist als Anhang der angefochtenen Verfügung aber Bestandteil der letzteren. Die Publikation der besagten Verfügung ist demgegenüber nicht Gegenstand dieses Verfahrens (E. 1.6 hiavor). Die Stellungnahme kann somit dann veröffentlicht werden, wenn eine gesetzliche Spezialnorm besteht, welche der Publikation dieser Stellungnahme zugrunde gelegt werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 3.5 mit Hinweisen). Ob eine solche Norm besteht, ist nachfolgend zu untersuchen und bestimmt sich in Ermangelung einer einschlägigen Gesetzesnorm insbesondere nach den gängigen Auslegungsregeln (hierzu näher E. 7, insbesondere E. 7.2).

4.4 Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob sich die angefochtene Verfügung in Bezug auf die Anordnung, dass die Stellungnahme zu veröffentlichen sei, auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage stützen lässt.

5.

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

5.2 Laut Art. 33 Abs. 3 KG führt die WEKO die Prüfung eines Unternehmenszusammenschlussvorhabens innerhalb von vier Monaten durch, sofern sie nicht durch Umstände gehindert wird, die von den beteiligten Unternehmen zu verantworten sind. Nach Art. 34 Satz 2 KG gilt, wenn die WEKO innerhalb der vorerwähnten, in Art. 33 Abs. 3 KG genannten Frist keine Entscheidung trifft, der Zusammenschluss als zugelassen, es sei denn, die WEKO stelle mit einer Verfügung fest, bei der Prüfung durch besagte Umstände gehindert worden zu sein.

5.3 Mit der Stellungnahme vom 13. August 2018 wurde die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens D._____/A.____ abgeschlossen und festgestellt, dass der Unternehmenszusammenschluss ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden könne. Vorliegend ist unstrittig, dass die Vorinstanz für den Erlass dieser Stellungnahme zuständig gewesen ist. Gemäss deren Rubrum wurde letztere in der Besetzung von sieben Mitgliedern der Vorinstanz unter dem Vorsitz deren Präsidenten beschlossen. Es handelt sich somit um einen Beschluss der Vorinstanz, welcher gestützt auf Art. 10 Abs. 2 KG e contrario erfolgt ist.

Streitig und zunächst zu prüfen ist vorliegend, ob die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht die Veröffentlichung dieser Stellungnahme angeordnet hat.

6.

6.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Diese Verfassungsnorm statuiert somit den Vorbehalt und den Vorrang des Rechtssatzes. Ersterer verlangt insbesondere, dass sich behördliche Akten auf eine hinreichend bestimmte generell-abstrakte Norm stützen, letzterer, dass

sich rechtsanwendende Organe an das geltende Recht halten und rechtsetzende Organe die Normenhierarchie beachten. Durch den Vorbehalt des Rechtssatzes sollen die Rechtssicherheit im Sinn der Vorhersehbarkeit sowie die Rechtsgleichheit verwirklicht werden (zum Ganzen: Urteile des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 4.1 und B-4685/2013 vom 25. Februar 2014 E. 10.1; vgl. BGE 131 II 13 E. 6.3 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, Art. 5 N 8; BENJAMIN SCHINDLER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 5 N 18 ff.). So hat das für den Rechtsstaat zentrale Legalitätsprinzip zum Zweck, die gesamte staatliche Tätigkeit an Normen zu binden, die für alle gelten. Diese Bindung an Rechtssätze, die vor ihrem Inkrafttreten zu publizieren sind, dient der Rechtssicherheit. Staatliches Handeln wird dadurch voraussehbar und der Einzelne kann sich danach richten (zum Ganzen: HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 171; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 4.1).

6.2 Die Wettbewerbsbehörden können im Bereich der Eingriffsverwaltung wegen des Legalitätsprinzips nur auf der Grundlage von ausreichenden gesetzlichen Vorschriften tätig werden und bestimmte einzelne Handlungen vornehmen (Urteile des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 4.2 und B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 20; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016., Rz. 368; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2. Aufl. 2018, Rz. 448 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 19 Rn. 1 und 24). Eine gesetzliche Grundlage ist unbestrittenermassen insbesondere für die Publikation einer Stellungnahme, in welcher ein Unternehmenszusammenschlussvorhaben geprüft und mit welcher befunden wird, dass ein solcher Zusammenschluss ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden kann, erforderlich.

7.

7.1 Die Vorinstanz begründet die Publikation der streitgegenständlichen Stellungnahme mit Art. 48 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 35 GR-WEKO, die sie als ausreichende gesetzliche Grundlage für diese Publikation erachtet (vgl. oben Sachverhalt Bst. C.b, F und H). Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass für die Publikation eine Rechtsgrundlage in Art. 48 KG bestehe (Sachverhalt Bst. D und G hiervor). Art. 48 Abs. 1 KG normiert die Publikation von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden, dessen Abs. 2 diejenige von Gerichtsurteilen.

Demzufolge ist nachstehend zu prüfen, ob Art. 48 Abs. 1 KG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Veröffentlichung einer Stellungnahme im Rahmen des Abschlusses eines Prüfungsverfahrens eines Unternehmenszusammenschlusses darstellt. Dies wäre dann der Fall, wenn diese Gesetzesbestimmung dahingehend ausgelegt werden kann.

7.2 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Rechtsnorm, wobei bei Erlassen des Bundesrechts die Fassungen in den drei Amtssprachen gleichwertig sind.

Der Wortlaut (bzw. die grammatikalische Auslegung) ist jedoch nicht allein massgebend. Von ihm kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Solche Gründe können sich aus dem Sinn und Zweck der Norm (teleologische Auslegung), der Entstehungsgeschichte beziehungsweise dem Willen des Gesetzgebers (historische Auslegung) und/oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen (systematische Auslegung) ergeben (statt vieler: BGE 140 II 80 E. 2.5.3 und BVGE 2015/21 E. 5.2.1, je mit weiteren Hinweisen; ausführlich zu den einzelnen Methoden: ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 60 ff.). Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen (statt vieler: BGE 131 II 13 E. 7.1 mit weiteren Hinweisen). Es sollen all jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 175 ff.). Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung am ehesten entspricht (BGE 134 II 249 E. 2.3; BVGE 2007/41 E. 4.2; zum Ganzen statt vieler: Urteile des BVGer A-5205/2018, A-5206/2018 vom 14. Oktober 2019 E. 1.5 und B-3706/2014 vom 28. November 2017 E. 2.1.2.1, je mit weiterem Hinweis).

7.3 Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden, das heisst unter anderem die Vorinstanz und ihr Sekretariat (vgl. etwa Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 5.7.2; ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG-Kommentar, Art. 48 N 5; TERCIER/MARTENET, Droit de la concurrence 2, Art. 48 KG N 13), ihre Entscheide veröffentlichen. Sofern ein genügendes Interesse besteht, sind diese zu veröffentlichen (TERCIER/MARTENET, Droit de la concurrence 2, Art. 48 KG N 22 f.; zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 4.2.2; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 5.3).

7.4 Was die grammatikalische Auslegung anbelangt, sind gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung Entscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG - wie auch der französische Wortlaut nahelege - unter anderem Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG, so etwa Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG (BGE 142 II 268 E. 4.2.2, wo es um eine solche Sanktionsverfügung ging). Das Bundesgericht lässt offen, welche anderen Verwaltungsakte der Wettbewerbsbehörden ebenfalls als Entscheid im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG zu betrachten sind (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.2; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 5.4).

7.4.1 Der französische Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG, auf welche sich das Bundesgericht in BGE 142 II 268 E. 4.2.2 beruft, spricht von «décisions» und der italienische von «decisioni». Aus diesen Begriffen lässt sich nicht ableiten, dass es sich bei einer Stellungnahme, in welcher ein Unternehmenszusammenschlussvorhaben geprüft und mit welcher festgestellt wird, dass dieses ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden kann, um einen «Entscheid» im Sinn dieser Gesetzesbestimmung handelt.

7.4.2 Soweit ersichtlich, geht weder aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung noch aus der Lehre unmittelbar hervor, dass es sich bei solchen Stellungnahmen um «Entscheide» im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt. Nachfolgend ist deshalb vertieft zu prüfen, ob solche Stellungnahmen allenfalls in weiterer Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen als «Entscheide» im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG qualifiziert werden können oder nicht.

7.5 Dabei ist zunächst in systematischer Auslegung zu prüfen, was unter diesem Begriff «Entscheide» im Zusammenhang mit den streitbetroffenen Stellungnahmen genau zu verstehen ist.

7.5.1 Art. 30 KG, der ausdrücklich vom «Entscheid» beziehungsweise, gemäss dem französischen / italienischen Gesetzeswortlaut, von der «décision» / «decisione» handelt, betrifft die Entscheidung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung im Rahmen einer «Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen», die in Art. 26 bis 31 KG geregelt ist (vgl. Art. 30 Abs. 1 KG). Mit einer Stellungnahme, in welcher ein Unternehmenszusammenschlussvorhaben geprüft und mit welcher festgestellt wird, dass dieses ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden kann, wird jedoch die Beurteilung eines Zusammenschlusses gemäss Art. 10 KG abgeschlossen. Dieser Art. 10 KG ist Teil des für Unternehmenszusammenschlüsse geltenden materiellen Rechts, das in Art. 9 bis Art. 11 KG normiert wird. Das Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ist in Art. 32 bis Art. 38 KG geregelt. Art. 26 bis 31 KG gelangen bei diesen Zusammenschlüssen nicht zur Anwendung. Somit können die Stellungnahmen, die im Lauf dieser Prüfung ergehen, keine «Entscheide» im Sinn von Art. 30 KG sein.

7.5.2 Abgesehen von Art. 30 Abs. 1 KG findet sich im KG keine weitere definitorische Festlegung des Begriffs «Entscheid».

7.5.3 In den Art. 32 ff. KG ist allerdings mehrmals davon die Rede, dass die WEKO darüber «entscheidet», ob nach Meldung eines Unternehmenszusammenschlusses eine Prüfung durchzuführen ist (Art. 32 Abs. 1 KG) beziehungsweise ob zu Beginn der Prüfung der Zusammenschluss ausnahmsweise vorläufig vollzogen werden kann (Art. 33 Abs. 2 KG). Ferner gilt nach Art. 34, Satz 2 KG ein Unternehmenszusammenschluss grundsätzlich als zugelassen, wenn die WEKO innerhalb der in Art. 33 Abs. 3 KG genannten Frist keine «Entscheidung» trifft (E. 5.2). Folgt man diesem Wortlaut, gelten hier auch Zulassungen durch Unbedenklichkeitserklärung oder auflagen- und bedingungslos genehmigte Unternehmenszusammenschlüsse als «Entscheidung» der Vorinstanz. Ob es sich hierbei um «Entscheide» im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt, geht aus Art. 34, Satz 2 KG zwar nicht hervor. Nach Ansicht von ODERMATT/HOLZMÜLLER spricht die Verwendung des Verbs «entscheiden» aber dafür, dass auch die Ergebnisse von Zusammenschlusskontrollen unter Art. 48 Abs. 1 KG fallen (ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG-Kommentar, Art. 48 N 7 f.). TERCIER/MARTENET sprechen sich zumindest nicht ausdrücklich gegen eine solche Veröffentlichungspraxis aus (TERCIER/MARTENET, Droit de la concurrence 2, Art. 48 KG N 16).

chungspraxis aus (TERCIER/MARTENET, Droit de la concurrence 2, Art. 48 KG N 16).

7.5.4 In einer Gesamtbetrachtung der systematischen Auslegung spricht das eben in E. 7.5.3 Gesagte eher dafür, dass es sich bei den streitbetroffenen Stellungnahmen um «Entscheide» im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt.

7.6 Als nächstes ist in historischer Auslegung zu prüfen, ob aus den Materialien des KG hervorgeht, dass es sich bei einer Stellungnahme, mit welcher ein Unternehmenszusammenschlussvorhaben auflagen- und bedingungslos genehmigt wird, um einen «Entscheid» im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt.

7.6.1 Laut der Botschaft des Bundesrats zum Gesetzesentwurf von Art. 48 KG (dieser Entwurf findet sich in: BBI 1995 I 638 ff.; im Folgenden: KG E) sind die Wettbewerbsbehörden ermächtigt, ihre Entscheidung zu veröffentlichen (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 [in: BBI 1995 I 468 ff.; nachfolgend: Botschaft], S. 618). Was hierbei als Entscheidung zu gelten hat, wird in der Botschaft nicht erläutert (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 5.5.1).

7.6.2 Gemäss Botschaft fällt die Vorinstanz über einen genehmigungspflichtigen Zusammenschluss eine ausdrückliche oder fingierte Entscheidung (vgl. Botschaft, S. 609 f.). Was die letztere Entscheidungsweise angeht, weist die Botschaft darauf hin, dass der Zusammenschluss gemäss Art. 34 KG E als genehmigt gilt, falls die WEKO innerhalb der Fristen von Art. 32 Abs. 1 oder Art. 33 Abs. 3 KG E keine Entscheidung trifft (Botschaft, S. 610 Fn. 212). In diesem Sinn spricht die Botschaft von (Genehmigungs-)Entscheidungen der Vorinstanz (vgl. Botschaft, S. 584, 610 und 613). Für die Publikation einer im Fusionskontrollverfahren ergangenen Entscheidung der Wettbewerbsbehörden bestehe ein Regelungsbedarf (Botschaft, S. 607). Ob es sich um Entscheidungen im formellen Sinn handelt, geht aus der Botschaft nicht hervor. Art. 33 Abs. 4 KG E, welcher von einem Entscheid in Form einer formellen Verfügung ausging, wurde im Gesetzgebungsprozess gestrichen (vgl. PATRIK DUCREY, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996-1997, Art. 33 KG N 3 Fn. 2; BORER/KOSTKA, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, 2010, Art. 33 N 3). Weitere Entscheidungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Genehmigung von Unternehmenszusammenschlüssen sind in der Botschaft des Bundesrats und dem KG-Entwurf nicht vorgesehen.

7.6.3 Die historische Auslegung lässt damit offen, ob es sich bei einer Stellungnahme, mit welcher die Vorinstanz einen Unternehmenszusammenschluss auflagen- und bedingungslos genehmigt, um einen «Entscheid» im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt.

7.7 Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob mittels teleologischer Auslegung von Art. 48 KG, welche auf Zweck und Ziel der Rechtsnorm abstellt (vgl. ANDREAS KLEY, Anwendung und Auslegung des Verwaltungsrechts, in: Anwaltspraxis, Revue 3/2011, S. 15-19, 17), bejaht wer-

den kann, dass die fragliche Stellungnahme ein «Entscheid» im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG ist.

7.7.1 Die Veröffentlichung von «Entscheiden der Wettbewerbsbehörden» verfolgt laut Bundesgericht im Wesentlichen drei Zwecke (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.1-4.2.5.3 mit Hinweisen; zu den Zwecken auch: ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG-Kommentar, Art. 48 N 14 ff.; TERCIER/MARTENET, Droit de la concurrence 2, Art. 48 KG N 7 ff.; zum Ganzen ferner: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 5.7.3):

Sie dient erstens der Prävention und der Rechtssicherheit: So haben Entscheide im Rahmen des Kartellgesetzes einen Einfluss auf das Wirtschaften der Unternehmer; es ist deshalb naheliegend, Verfügungen und Entscheide der Öffentlichkeit und namentlich den Unternehmern zur Kenntnis zu bringen (unter anderem quasi als Warnung), damit diese ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten können. Dies ist zum einen insbesondere wegen einer geringen Anzahl höchstrichterlicher Entscheide und zum anderen auch angesichts einer - aufgrund der zu beantwortenden komplexen Fragen - langen Verfahrensdauer besonders angezeigt. Bei einem Unternehmenszusammenschlussvorhaben geht es zwar individuell-konkret allein um die beteiligten Unternehmen. Jedoch dient bereits die allgemein-abstrakte Pflicht zur Meldung solcher Vorhaben (Art. 9 KG) der Prävention und der Rechtssicherheit. Denn gestützt auf Art. 10 Abs. 2 KG kann die WEKO den Zusammenschluss - wie hiervor erwähnt (E. 5.1) - untersagen oder ihn unter bestimmten Voraussetzungen mit Bedingungen und Auflagen zulassen. Die publizierte Beurteilungspraxis von Zusammenschlüssen durch die WEKO kann von den Unternehmern konsultiert werden und schafft so Rechtssicherheit für andere zusammenschlusswillige Unternehmen. Letztere können aufgrund dieser Kenntnis leichter abschätzen, ob ein von ihnen selbst geplanter Zusammenschluss voraussichtlich zugelassen wird oder nicht. Insoweit ist davon auszugehen, dass es die Unternehmen interessieren dürfte, wie die Vorinstanz die Prüfung solcher Zusammenschlussvorhaben im Einzelfall vornimmt.

Zweitens dient sie auch der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung: insofern trägt das KG - zusammen mit dem Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) und dem DSGVO - dazu bei, den Entscheidungsprozess der Verwaltung transparenter zu machen mit dem Ziel, die demokratische Legitimation der öffentlichen Institutionen und das Vertrauen der Bürger in diese zu stärken sowie die Kontrolle der Verwaltung zu verbessern. Es geht also mithin auch darum, das Publikum über das Ergebnis der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlussvorhabens zu informieren und namentlich auch jene Fälle öffentlich bekannt zu machen, in denen entschieden wurde, dass ein solcher Zusammenschluss auflagen- und bedingungslos genehmigt wurde. Dieser Teilzweck könnte möglicherweise zwar auch mit einer Veröffentlichung allein der Namen der beteiligten Unternehmen und des Prüfungsergebnisses mit einer kurzen summarischen Begründung erreicht werden. Jedoch hätte dies wohl nicht die gleiche Wirkung. Zudem könnte hierbei nicht nachvollzogen werden, welche Aspekte und materiellen

Befunde für das Prüfungsergebnis ausschlaggebend waren. Gerade wenn sich - wie vorliegend - die Frage stellt, ob die Parteien, die einen solchen Zusammenschluss planen, marktbeherrschend sind und ob eine allfällige marktbeherrschende Stellung im konkret zu beurteilenden Fall wirksamen Wettbewerb zu beseitigen vermag, enthält die Stellungnahme der Vorinstanz diesbezüglich aufschlussreiche Ausführungen. Die allfällige Annahme einer marktbeherrschenden Stellung durch die Vorinstanz im Rahmen ihrer Stellungnahme kann dabei für die Zusammenschlussparteien selbstredend keine präjudizielle Wirkung entfalten.

Drittens sollen mit der Veröffentlichung die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen Behörden sowie Bundesbehörden über die Praxis der Spezialisten informiert werden. Bei allfälligen künftigen zivilrechtlichen Ansprüchen aus Wettbewerbsbehinderungen nach Massgabe von Art. 12 in Verbindung mit Art. 7 KG oder im Rahmen anderer künftiger Verwaltungsverfahren (zum Beispiel nach dem Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 [BGBM, SR 943.02]) betreffend die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ist nicht auszuschliessen, dass die dazumal zuständigen Behörden ein Bedürfnis haben könnten, die Stellungnahme der WEKO zum Unternehmenszusammenschlussvorhaben konsultativ beizuziehen. Dies auch - beziehungsweise im Interesse der betroffenen Unternehmen - gerade wenn das Zusammenschlussvorhaben auflagen- und bedingungslos genehmigt wurde.

Damit decken sich Sinn und Zweck der Veröffentlichung von vorinstanzlichen Stellungnahmen zu einem Unternehmenszusammenschlussvorhaben, selbst wenn es auflagen- und bedingungslos genehmigt wurde, weitgehend mit der Intension hinsichtlich der Publikation formeller Verfügungen der Vorinstanz und weiterer vorinstanzlicher Entscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG wie etwa Schlussberichte einer Vorabklärung.

7.7.2 Es kann demgemäss festgehalten werden, dass die streitbetroffene Stellungnahme in teleologischer Auslegung (dazu E. 7.7.1) als ein «Entscheid» im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG betrachtet werden kann.

7.8 Nach dem Gesagten stellt Art. 48 Abs. 1 KG im vorliegenden Fall - im Licht einer systematischen (E. 7.5) und teleologischen Auslegung (E. 7.7) - eine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation einer Stellungnahme zu einem Unternehmenszusammenschlussvorhaben, welches auflagen- und bedingungslos genehmigt wurde, dar.

Demnach kann in casu offenbleiben, ob es sich bei der strittigen Stellungnahme allenfalls um eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG handelt.

8.

Darüber hinaus kann vorliegend auch offenbleiben, ob die hier strittige Stellungnahme auch gestützt auf anderweitige Rechtsgrundlagen wie namentlich Art. 49 KG, welcher entsprechende Informations- beziehungsweise Berichterstattungspflichten normiert, Art. 22 f. VKU oder Art. 35 GR-WEKO rechtmässig publiziert werden könnte. Nur am Rande sei hier bemerkt, dass es sich bei Verordnungen wie beispielsweise der VKU und bei Reglementen wie dem GR-WEKO nicht um Gesetze im for-

mellen Sinn, das heisst um einen vom Parlament erlassenen Rechtsakt handelt (vgl. Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 6; BREMER/STEBLER, Der Verfügungsantrag im Kartellverwaltungsverfahren: Die Schranken der Informationstätigkeit der Wettbewerbsbehörden, in: sic! 2017, S. 345-357, 349 f.). Solche Normierungen dürften als gesetzliche Grundlage für die hier fragliche Publikation schon aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht ausreichen (vgl. dazu E. 10.4 hiernach).

9.

Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung eine rechtskonforme Publikation der Stellungnahme vom 13. August 2018 vorsieht. Zunächst sind allfällige Geschäftsgeheimnisse zu berücksichtigen.

9.1 Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden - worunter hier ebenfalls das Sekretariat zu zählen ist (vgl. E. 7.3) - dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG).

9.1.1 Für eine positive Begriffsumschreibung kann auf den traditionellen Geheimnisbegriff zurückgegriffen werden, wie er auch zu den anderen Normen gebräuchlich ist, welche diesen Begriff enthalten (ausführlich dazu: BGE 142 II 268 E. 5.2.1 mit zahlreichen Hinweisen, auch zum Folgenden). Demgemäss bilden Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses (1) alle weder offenkundigen noch allgemein zugänglichen Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimnisherr tatsächlich geheim halten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat. Zur Bejahung des letztgenannten Kriteriums ist zu klären, ob die Information objektiv gesehen als geheimhaltungswürdig anzusehen ist (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.6). Tatsachen, welche kein kartellrechtswidriges Verhalten belegen, können unter Umständen geheimhaltungswürdig sein (vgl. Urteil des BVGer B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.6 e contrario; ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG-Kommentar, Art. 48 KG N 29; zum Ganzen: Urteile des BVGer B-6291/2017 vom 25. Juni 2019 E. 6.3.1 [bestätigt durch Urteil des BGer 2C_690/2019 vom 11. Februar 2020] und B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 7.1.1).

9.1.2 Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses müssen geschäftlich relevante Informationen betreffen; entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können oder ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.3, 103 IV 283 E. 2b; Urteil des BGer 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.2). Ein objektives Geheimhaltungsinteresse weisen in der Regel folgende Tatsachen auf: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.4; Urteile des BGer 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.2 und 2C_1009/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3.3; zum Ganzen: Urteile des BVGer B-6291/2017 vom 25. Juni 2019

E. 6.3.1 [bestätigt durch Urteil des BGer 2C_690/2019 vom 11. Februar 2020], B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 7.1.2 und B-5108/2016 vom 22. Mai 2018 E. 9.3).

9.2 Dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 4 KG nach erfolgt keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse nach einer Publikation des zugrunde liegenden Entscheids der Wettbewerbsbehörden und dem Geschäftsgeheimnis (Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Im Rahmen der Frage, ob die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses, insbesondere ob das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben ist, kommt der zu beurteilenden Behörde allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, in welchem auch die verschiedenen Interessen zu beurteilen sind. Steht danach fest, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist es geschützt. Es ist zu wahren, und die das Geschäftsgeheimnis betreffenden Tatsachen dürfen nicht publiziert werden. Die Mitteilung des wesentlichen Inhalts kann durch Zusammenfassungen, Abdecken der geheimen Passagen oder Ersetzen absoluter Zahlen durch ungefähre Angaben (Bandbreiten) erfolgen, solange die verfremdende Umschreibung keine substantiellen Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen oder den Geheimnisherrn erlaubt. Dabei muss neben der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses auch dem gesetzlichen Auftrag, verständliche und nachvollziehbare Entscheide zu veröffentlichen (Art. 48 KG), Rechnung getragen werden (vgl. zum Ganzen: Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2 mit Hinweisen; ferner Urteile des BVGer B-6291/2017 vom 25. Juni 2019 E. 6.3.1 [bestätigt durch Urteil des BGer 2C_690/2019 vom 11. Februar 2020], B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 7.2 und B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 6.4).

9.3 Dem Geheimnisherrn ist Gelegenheit einzuräumen, die Tatsachen zu bezeichnen, die er geheim halten will. Im Verfahren der Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse hat das Sekretariat zu berücksichtigen, dass die Veröffentlichung einer Stellungnahme, mit welcher festgestellt wird, dass ein Unternehmenszusammenschluss ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden kann, hauptsächlich zum Zweck der Prävention und Rechtssicherheit der Öffentlichkeit sowie der Transparenz, namentlich unter den Marktteilnehmern, erfolgt (vgl. E. 10.5.2 hiernach) und kein kartellrechtlich verpöntes Verhalten verfolgt wird (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 7.3; zum Prozedere der Geschäftsgeheimnisbereinigung von Schlussberichten siehe ferner das Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 6.3.1-6.3.3 mit Hinweisen).

Vorliegend lud die Vorinstanz die A._____ bereits am 18. September 2018 dazu ein, die Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen (vorinstanzliche act. 642). Daraufhin stellten die A._____ - am 29. Oktober 2018 (vorinstanzliche act. 643) - und die Beschwerdeführerin - am 14. Januar 2019 (vorinstanzliche act. 656) - der Vorinstanz je eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version zu. Die Vorinstanz liess der Beschwerdeführerin ihrerseits sodann am 25. April 2019 eine überarbeitete Versi-

on, welche der angefochtenen Verfügung beiliegt, zukommen (vorinstanzliche act. 667; siehe E. 2.3).

9.4 Bei den Schwärzungen, welche von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren beantragt worden sind (vorinstanzliche act. 656), ist keine inhaltliche Systematik ersichtlich. Dennoch drängt sich eine weitgehend nach Themen geordnete Prüfung auf. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die zur Publikation vorgesehene Stellungnahme (weitere) nicht zu publizierende Geschäftsgeheimnisse enthält.

9.4.1 Insoweit die Beschwerdeführerin die Unkenntlichmachung von Textstellen oder Zahlen begehrt, welche von der Vorinstanz bereits teilweise oder vollständig geschwärzt worden sind, so solche in den Ziffern 9, 18, 88, 165, 356, 366, 394, 400, 405, 407, 410, 414, 418, 422, 424, 426, 428, 432, 436, 438, 440, 443 f., 448, 452, 456, 459, 462, 466, 469 f., 473 f., 478, 480, 483 f., 487, 558, 585-590, 606, 611, 615, 623, 626, 680 sowie in den Fussnoten 317, 327 und 377 f. der angefochtenen Stellungnahme, sind diese Begehren gegenstandslos.

9.4.2 Die Beschwerdeführerin begehrt auch die vollständige Schwärzung von Bandbreitenangaben, mit denen die Vorinstanz genaue Zahlenwerte bereits umschreibt, so solche in den Ziffern 9, 15, 259, 262, 264 f., 272, 274, 276, 278, 283, 285, 287, 289, 296-299, 301, 306, 315 f., 319, 323, 328-332, 336, 342, 358, 364, 367, 371-373, 376-385, 390, 394, 400, 405, 407 f., 410, 414, 418, 422, 424, 390, 426, 428 f., 432 f., 436-440, 443 f., 448, 451 f., 456, 459, 462-464, 466 f., 469-471, 473 f., 478-480, 483 f., 487 f., 508 f., 525, 541, 543, 545, 547, 550, 552, 555, 673 sowie den Fussnoten 334, 336, 338 und 340 der Stellungnahme.

Eine Umschreibung geheimer Daten mittels Bandbreiten ist keine Geschäftsgeheimnisverletzung, solange die verfremdende Umschreibung keine substantziellen Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen erlaubt. Die Bandbreiten sind so zu wählen, dass der Umschreibung ein genügend sachdienlicher Informationsgehalt entnommen werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-5114/2016 vom 3. Mai 2018 E. 9.4.2 mit Hinweisen).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend bei den obgenannten Textstellen erfüllt, weshalb die jeweilige Umschreibung des Geschäftsgeheimnisses mittels der Bandbreite grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Keine Geschäftsgeheimnisverletzung stellt entsprechend auch die Textstelle «% bzw. von ca.» in der Ziffer 437 dar.

9.4.3 Die Beschwerdeführerin beantragt sodann die Unkenntlichmachung der Titel «Kollektive Marktbeherrschung» (Kap. B.4.5), «Zwischenergebnis der kollektiven Marktbeherrschung» (Kap. B.4.5.8) und «Gesamtwürdigung betreffend kollektive Marktbeherrschung» (Kap. B.4.5.9). Diese Titel sind unerlässlich für das Verständnis der streitbetreffenden Stellungnahme, weshalb sie nicht geheimhaltungswürdig sind. Zudem handelt es sich bei diesen Titeln objektiv nicht um Geschäftsgeheimnisse.

9.4.4 Weiter ersucht die Beschwerdeführerin um Schwärzung von umsatz- und gewinnrelevanten Aussagen der Stellungnahme wie «_____» Franken sog. Nettoerlös (Ziff. 87), «_____» sonstiger Betriebsaufwand der A._____, welcher den Anteil der Fixkosten

enthält, über welche die Werbetreibenden selbständig agieren können, «_____» als Betrag dieses Aufwands in der konsolidierten Geldflussrechnung, «_____» Personalkosten und «_____» als Anteil dieser Kosten an den gesamten Betriebsaufwänden (Ziff. 573). Bei diesen genauen Geldbeträgen und Prozentangaben, welche umsatz- beziehungsweise gewinnrelevante Aussagen enthalten, handelt es sich um Angaben, die zusätzlich als Geschäftsgeheimnis zu bezeichnen sind. Sie sind von der Vorinstanz ermessensweise entweder zu schwärzen oder aber zumindest in Form von ungefähren Angaben (Bandbreiten) zu umschreiben.

Zudem beantragt die Beschwerdeführerin die Schwärzung des Textabschnitts der Ziffer 87 der Stellungnahme, welcher sich zur Höhe und Zusammensetzung des Umsatzes, des Nettoerlöses und des Bruttogewinns beziehungsweise Kommissionsumsatzes von A._____ äussert. Auch hier stellen die genauen Zahlen Geschäftsgeheimnisse dar, welche ermessensweise zumindest durch ungefähre Angaben (Bandbreiten) zu ersetzen sind.

9.4.5 Ferner beantragt die Beschwerdeführerin die Unkenntlichmachung der Passagen «_____» als Anzahl der Personen, welche in den operativen Geschäftsbereichen von A._____ bezüglich der Werbevermarktung tätig sind, und «_____» als diesbezüglicher Personalbestand von F._____ (in Ziff. 574). Diese Mitarbeiterzahlen sind ebenfalls Geschäftsgeheimnisse. Sie sind nach Ermessen der Vorinstanz entweder unkenntlich zu machen oder mittels ungefährender Angaben (Bandbreiten) anzugeben.

Demgegenüber ist dem Antrag der Beschwerdeführerin auf vollständige Schwärzung der Ziffern 573 f. nicht stattzugeben. Diese enthalten vorinstanzliche Ausführungen zum Fixkostenanteil, zu den Personalkosten und zur Symmetrie der Kostenstruktur von A._____ und F._____ (Ziff. 573), zu den Kostenstrukturen der Zusammenschlussparteien und F._____ sowie zum Personalbestand und zu den damit zusammenhängenden Symmetrien von A._____, F._____ und den Zusammenschlussparteien (Ziff. 574). Bei diesen Ausführungen handelt es sich - nach Entfernung der besagten gewinn- und umsatzrelevanten Zahlen (E. 9.4.4) sowie der soeben erwähnten Passagen zu den Mitarbeiterzahlen - nicht um Geschäftsgeheimnisse. Sie sind deshalb ungeschwärzt zu belassen.

9.4.6 Weiter begehrt die Beschwerdeführerin die Unkenntlichmachung der Aussagen der Vorinstanz in den Ziffern 9, 89, 97 und 147 der Stellungnahme zum A._____ eigenen Werbeinventar, zur Vermittler-/Vermarkertätigkeit und zur Ausrichtung der Geschäftspolitik von A._____. Diese Angaben sind offenkundige beziehungsweise allgemein zugängliche Tatsachen, weshalb diese ungeschwärzt zu belassen sind.

9.4.7 Die Beschwerdeführerin beantragt auch die Schwärzung der Wiedergabe durch die Vorinstanz in Ziffer 11 der Stellungnahme betreffend die mutmassliche künftige Entwicklung des zentralen Geschäftsbereichs von A._____. Diese Darlegungen betreffen offenkundige beziehungsweise allgemein zugängliche Tatsachen, weshalb sie nicht zu schwärzen sind.

9.4.8 Ferner beantragt die Beschwerdeführerin die Schwärzung der Erwägungen der Vorinstanz über Marktanteilsstrukturen in den Märkten, an denen A._____ beteiligt ist, in den Ziffern 395, 401, 411, 415 und 419 der Stellungnahme. Hier hat die Vorinstanz bereits Bandbreiten eingefügt. Damit ist dem Geheimhaltungsinteresse der Beschwerdeführerin Genüge getan. Eine vollständige Schwärzung der eben genannten Erwägungen würde die Nachvollziehbarkeit des Schlussberichts erschweren.

9.4.9 Sodann begehrt die Beschwerdeführerin die vollständige Schwärzung der Darlegungen der Vorinstanz in Ziffer 14 und eines Teils der Ziffer 15 der Stellungnahme. Diese Textabschnitte enthalten als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizierende Elemente der Strategie der Zusammenschlussparteien und des Zwecks ihres Zusammenschlussvorhabens. Deshalb sind diese Abschnitte vollständig zu schwärzen.

9.4.10 Überdies beantragt die Beschwerdeführerin die vollständige Unkenntlichmachung von bezeichneten Textstellen in den Ziffern 165, 264, 589 f., 641-643 und 680 der Stellungnahme. Diesen Schwärzungsbegehren ist nicht stattzugeben. Es finden sich in diesen Textstellen abgesehen von den bereits gewürdigten Bandbreitenangaben (hierzu E. 9.4.2) und den von der Vorinstanz bereits vorgenommenen Schwärzungen keine weiteren Stellen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten. Zudem sind diese Angaben für die Nachvollziehbarkeit des Schlussberichts erforderlich. Sie sind damit nicht zusätzlich als Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen.

9.4.11 Die Beschwerdeführerin stellt ferner den Antrag, die von ihr bezeichneten Textstellen in den Ziffern 149, 394, 494, 515, 517, 520, 530-532, 535 f., 538 f., 544 (zweiter Satz), 548 (zweiter Satz), 553 (letzter Satz), 559-562, 591, 596 (zweiter Satz), 598 (letzter Satz), 616, 672, 674 und der Fussnote 327 der Stellungnahme vollständig zu schwärzen. Diese Textstellen sind Teil der vorinstanzlichen Beantwortung der Frage, ob der streitgegenständliche Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 10 Abs. 2 KG zugelassen werden kann oder nicht. Sie dienen der Nachvollziehbarkeit des Ergebnisses der Stellungnahme und sind keine geschäftlich relevanten Informationen. Sie sind daher ungeschwärzt zu belassen.

9.4.12 Die Beschwerdeführerin ersucht um die Schwärzung der Ausführungen der Vorinstanz in den Ziffern 511, 527 und 628 der Stellungnahme, in welchen die Vorinstanz aus ihren früheren, in der RPW publizierten Entscheidungen, aus dem Bericht des BAKOM an die KVF-N «Auswirkungen von Werbebeschränkungen bei der SRG» vom 22. Januar 2018 (unter: <<https://www.bakom.admin.ch>> > Elektronische Medien > Medienpolitik > Aktuelles und Hintergründe > Auswirkungen von Werbebeschränkungen bei der SRG, abgerufen am 25. August 2020) oder aus ökonomischer Literatur zitiert. Diese Ausführungen sind allesamt bereits öffentlich zugänglich, dienen der Verständlichkeit der streitgegenständlichen Stellungnahme und belasten die Beschwerdeführerin nicht. Damit ist eine Publikation nicht zu beanstanden.

9.4.13 Die Fussnoten 389-404 der Stellungnahme, welche die Beschwerdeführerin ebenfalls schwärzen lassen

will, enthalten je eine oder mehrere Angaben einer Fundstelle in der RPW, im obgenannten Leitfaden des Bundeskartellamts zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, in einem Bundesgerichtsurteil vom 22. Februar 2007, in den oben erwähnten EU-Leitlinien oder in einem Werk der ökonomischen Literatur. Diese Angaben sind von vornherein keine Geschäftsgeheimnisse, da es sich um öffentlich zugängliche Informationen handelt. Zudem lassen diese Angaben keine Rückschlüsse auf die Beschwerdeführerin zu. Der ergänzende vorinstanzliche Kommentar «wobei in der ökonomischen Literatur weitere Kriterien, die einen Hinweis auf kollektive Marktbeherrschung hindeuten können, diskutiert werden» (Fn. 402), stellt ebenfalls von vornherein kein Geschäftsgeheimnis und keine die Beschwerdeführerin belastende Aussage dar. Demnach sind auch die obgenannten Angaben und der eben erwähnte Kommentar nicht unkenntlich zu machen.

9.5 Die Vorinstanz hat folglich in der Fassung der Stellungnahme vom 13. August 2018, welche zur Veröffentlichung vorgesehen ist, die in E. 9.4.4 f. und 9.4.9 hier vor erwähnten zusätzlichen Schwärzungen beziehungsweise Umschreibungen vorzunehmen.

9.6 Zu prüfen bleiben hiernach weitere, von der Beschwerdeführerin beantragte Unkenntlichmachungen von Textstellen, die keine Geschäftsgeheimnisse im beschriebenen Sinn darstellen:

9.6.1 So ersucht die Beschwerdeführerin um Schwärzung der Ausführungen in den Fussnoten 377 f. der streitbetroffenen Stellungnahme. Diese beinhalten zwar Aussagen «vom Hörensagen», welche die Beschwerdeführerin belasten. Mit Blick auf das vorliegend vorteilhafte Ergebnis der Zusammenschlussprüfung können diese Passagen jedoch ungeschwärzt belassen werden.

9.6.2 Die Beschwerdeführerin ersucht sodann um Unkenntlichmachung der Aussagen der Vorinstanz in der Ziffer 363 zum Reichweitenbesitz der Zusammenschlussparteien und der Vermittlung von Reichweiten durch A._____ und Dritte, in der Ziffer 406 zur Reichweitenverteilung im Zuschauermarkt TV in der Deutschschweiz, in den Ziffern 403 und 496 zur Reichweitenstärke der Zusammenschlussparteien beziehungsweise von D._____ und A._____ und daraus folgende Möglichkeiten für die Angebotsgestaltung, in der Ziffer 518 zu möglichen Wettbewerbsbehinderungen durch «contingent sales» der Zusammenschlussparteien, in der Ziffer 521 zur möglichen wettbewerbsbeseitigenden Wirkung von Bündelangeboten der Zusammenschlussparteien, in der Ziffer 572 zur möglichen Zusammenlegung von Vermarktungsaktivitäten der Zusammenschlussparteien, in der Ziffer 578 zur möglichen Zusammenführung der Geschäftstätigkeiten von D._____ und A._____, in der Ziffer 606 zur allfälligen Relevanz von Cross-Media-Kampagnen, in der Ziffer 620 zur allfälligen alleinigen Befriedigung der Gesamtnachfrage nach Werberaum und -zeit über alle Märkte hinweg, in den Ziffern 633 f. zu den Anreizen für die Zusammenschlussparteien, sich kollusiv zu verhalten, in der Ziffer 693 zu einem allfälligen Versuch, Marktanteile von F._____ zu gewinnen, sowie in Ziffer 695 zur Denkbarkeit einer marktbeherrschenden Stellung von F._____ und A._____. Diese Aussagen beinhalten

zwar mitunter unvorteilhafte Mutmassungen betreffend die Beschwerdeführerin. Angesichts des Ergebnisses der streitbetroffenen Stellungnahme kann indes auch hier auf eine Schwärzung dieser Textstellen verzichtet werden.

9.6.3 Die Beschwerdeführerin begehrt auch die Unkenntlichmachung von Erwägungen beziehungsweise Zitaten der Vorinstanz in den Ziffern 498, 528-540, 544 (erster Satz), 545 f., 548 (erster Satz), 553 (Sätze 1-3), 564 f., 567, 569 f., 577, 579, 596 (erster Satz), 598 (Sätze 1-3), 604, 607, 612 f., 615, 618, 621-623, 626 f., 631 f., 635-637, 644, 667 f., 672 (letzter Satz), 681, 685, 692, 696 (1. Halbsatz) und 697 (zweiter Satz) sowie in der Fussnote 391-404 und 436 der Stellungnahme, welche sich mit der Frage befassen, ob und inwiefern die Zusammenschlussparteien durch ihr Zusammenschlussvorhaben den wirksamen Wettbewerb möglicherweise behindern könnten. Es handelt sich dabei mitunter um Ausführungen der Vorinstanz, in welchen sie aus ihren früheren, in der RPW publizierten Entscheidungen, aus dem Leitfaden des Bundeskartellamts zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (veröffentlicht unter: <<https://www.bundeskartellamt.de>> > Fusionskontrolle > Materialien, abgerufen am 25. August 2020), aus dem Bundesgerichtsurteil 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, aus den EU-Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 31 vom 5. Februar 2004) oder aus ökonomischer Literatur zitiert. Alle diese Aussagen beziehungsweise Zitate der Vorinstanz zielen zwar nicht auf eine auflagen- und bedingungslose Genehmigung des Zusammenschlusses ab. Es handelt sich hierbei aber entweder um frei zugängliche, bereits veröffentlichte Texte oder um Ausführungen, welche mit Blick auf das Ergebnis der vorliegend streitbetroffenen Stellungnahme ungeschwärzt belassen werden können.

9.7 Würden die in E. 9.6.1 bis 9.6.3 hiervor genannten Textstellen gänzlich oder teilweise geschwärzt, hätte dies überdies eine starke Einschränkung der Verständlichkeit beziehungsweise Nachvollziehbarkeit der streitgegenständlichen Stellungnahme zur Folge. Auch aus diesem Grund hat die Vorinstanz keine weiteren Schwärzungen anzubringen.

10.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die zur Publikation vorgesehene Fassung der streitigen Stellungnahme gegen das DSG verstösst.

10.1 Das DSG bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Mit anderen Worten gelten die Vorschriften des DSG für die Bearbeitung von persönlichen Daten, die den grundrechtlichen Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) verletzen können (BGE 138 II 346 E. 3.2, 126 II 126 E. 4). Personendaten sind dabei alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare - natürliche oder juristische (Art. 3 Bst. b DSG; BGE 136 II 508 E. 3.2) - Person beziehen. Der Begriff «Personendaten» ist weit und umfasst jede Information, die einen auf eine Person (oder mehrere Personen) bezogenen oder beziehbaren Informationsgehalt besitzt (zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 6.1 mit

weiteren Hinweisen; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.1).

10.2 Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten juristischer Personen durch die Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG), worunter auch die WEKO - als Behördenkommission (Art. 7a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 8a Abs. 3 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1] i.V.m. Art. 18 f. KG) - fällt; dies ist verantwortliches Organ im Sinn von Art. 16 Abs. 1 DSG. Die Tätigkeit der WEKO untersteht dem DSG ebenfalls. Bearbeiten umfasst das Bekanntgeben (Art. 3 e DSG) und dieses wiederum das Veröffentlichende (Art. 3 f DSG). Wie hiervor gesehen, spricht Art. 48 Abs. 1 KG von "Veröffentlichung", womit laut Bundesgericht dasselbe gemeint ist wie in Art. 3 f DSG. Auf das hängige erstinstanzliche Verwaltungsverfahren ist das DSG anwendbar (Art. 2 Abs. 2 Bst. c in fine DSG). Es ist aber auch nach Abschluss des Verfahrens anwendbar, insbesondere auf die dannzumalige Datenweitergabe (zum Ganzen: vgl. BGE 142 II 268 E. 6.1 f. mit weiteren Hinweisen; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.2).

10.3 Die WEKO hat sich daher auch bei der Veröffentlichung von Stellungnahmen an die Grundsätze der Art. 4, 5 und 7 DSG zu halten. Insbesondere hat die Datenbearbeitung rechtmässig, nach Treu und Glauben, verhältnismässig und zweckgemäss zu erfolgen (Art. 4 Abs. 1 bis 3 DSG). Zudem hat sich das Sekretariat über die Richtigkeit der Daten zu vergewissern (Art. 5 Abs. 1 DSG) und um deren Sicherheit besorgt zu sein (vgl. Art. 7 Abs. 1 DSG; zum Ganzen: vgl. BGE 142 II 268 E. 6.1-6.3). Von diesen Grundsätzen kann indessen spezialgesetzlich abgewichen werden (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.3).

10.4 Die Veröffentlichung einer Stellungnahme, in welcher ein Unternehmenszusammenschlussvorhaben geprüft und mit welcher festgestellt wird, dass dieses ohne Auflagen und Bedingungen vollzogen werden kann, ist - gleich wie die Publikation eines Vorabklärungsschlussberichts - als ein Bekanntgeben von (besonders schützenswerten [Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG]) Personendaten im Sinn von Art. 19 DSG zu qualifizieren. Sie bedarf dementsprechend einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn (Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 DSG; vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.4). Vorliegend stellt Art. 48 Abs. 1 KG nach systematischer und teleologischer Auslegung eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von Personendaten bei der Publikation von Stellungnahmen dar (oben E. 7.8 f.).

10.5 Für Personendaten, welche Geschäftsgeheimnisse darstellen, hat das Kartellgesetz selbst in Art. 25 Abs. 4 KG die Sonderregel aufgestellt, dass diese generell, das heisst ohne Vornahme einer Interessenabwägung, nicht publiziert werden dürfen (Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2; vgl. E. 9.2 hiervor). Dabei erfolgt dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 4 KG nach keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse nach einer Publikation des zugrunde liegenden Entscheids der Wettbewerbsbehörde und dem Geschäfts-

geheimnis (eben genanntes Urteil 2C_1065/2014 E. 5.3.2).

Demgegenüber untersteht die Publikation von Personendaten ausserhalb des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses der Abwägung gemäss Art. 19 Abs. 4 DSGVO (BGE 142 II 268 E. 6.4.1-6.4.3; Urteil des BVGer B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.7 mit Hinweisen). Hier ist trotz Bestehen einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn die Bekanntgabe (also Veröffentlichung) abzulehnen, wenn wesentliche öffentliche oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen (Art. 19 Abs. 4 DSGVO). Es bedarf somit einer Interessenabwägung zwischen den öffentlichen Interessen und dem privaten Geheimhaltungsinteresse (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.1 mit Hinweisen; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.5).

10.5.1 Bei der besagten Abwägung ist im vorliegenden Fall insbesondere zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz mangels festgestellter Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, auf die Auferlegung von Auflagen und/oder Bedingungen verzichtet hat.

10.5.2 Das im öffentlichen Interesse liegende Ziel einer Publikation der vorinstanzlichen Stellungnahme zu einem Unternehmenszusammenschlussvorhaben besteht in der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten - insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung -, der Prävention und Vermeidung von Unternehmenszusammenschlüssen, welche nicht genehmigt werden können, der Rechtssicherheit für die Öffentlichkeit - insbesondere der Marktteilnehmer - sowie der Befriedigung von Informationsbedürfnissen und der Information von kantonalen Behörden und Bundesbehörden (vgl. hierzu Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6.5.3 [nicht veröffentlicht in BGE 142 II 268], welches die öffentlichen Interessen an der Publikation einer Sanktionsverfügung aufzählt, und Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 8.5.2, welches sich mit den öffentlichen Interessen an der Publikation eines Schlussberichts befasst). Die Transparenz und Prävention sind dabei die hauptsächlichen Zwecke der Publikation solcher Stellungnahmen. Die Marktteilnehmer sollen befähigt sein, selbst abzuschätzen, welche Unternehmenszusammenschlüsse - allenfalls unter Auflagen und/oder Bedingungen - genehmigt werden können und welche nicht. Demgemäss steht die Veröffentlichung solcher Stellungnahmen insoweit im öffentlichen Interesse, als sie insbesondere neben der Erreichung der Transparenz und Prävention auch den weiteren, oben in E. 7.7.1 genannten Publikationszielen dient.

10.6 Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde als privates Interesse über jenes der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse hinaus vor, dass keine Rückschlüsse auf sie (die Beschwerdeführerin) möglich sein sollten (S. 26).

Die Beschwerdeführerin verneint im Übrigen das öffentliche Interesse an einer Veröffentlichung der Stellungnahme vom 13. August 2018, da letztere falsche und unbewiesene Behauptungen enthalte (Beschwerde,

S. 23 f.), welche ohne rechtsgenügendes Verfahren geäussert würden und massiv in ihre Rechtsstellung eingriffen (Beschwerde, S. 27 und 30). Die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Ausführungen beinhalten zwar - abgesehen von Geschäftsgeheimnissen (siehe dazu E. 9.4 f.) - Aussagen vom «Hörensagen», Mutmassungen und Aussagen der Vorinstanz, welche nicht auf eine auflagen- und bedingungslose Genehmigung des Zusammenschlusses abzielen. Wie aus dem Vorstehenden hervorgeht, kann jedoch von einer Unkenntlichmachung dieser Aussagen abgesehen werden (E. 9.6 f.). Auch im Übrigen kann der Sichtweise der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden. Denn das oben in Erwägung 7.7.1 beschriebene öffentliche Interesse an der Publikation der Stellungnahme der Vorinstanz zu einem auflagen- und bedingungslos genehmigten Unternehmenszusammenschlussvorhaben besteht in casu ebenfalls.

Dieses öffentliche Interesse überwiegt das private Interesse der Beschwerdeführerin an ihrer wirtschaftlichen Integrität. Folglich dürfen die Personendaten ausserhalb der Tatsachen, welche vom Begriff des Geschäftsgeheimnisses erfasst werden, soweit erforderlich in anonymisierter Form publiziert werden.

11.

11.1 Da die Publikation von Stellungnahmen, in welchen ein Unternehmenszusammenschlussvorhaben geprüft und mit welchen festgestellt wird, dass dieses ohne Auflagen und Bedingungen vollzogen werden kann, nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, liegt sie über den in E. 10 vorstehend dargelegten Rahmen hinaus grundsätzlich im Ermessen der Vorinstanz. Ihr steht mit anderen Worten ein Ermessensspielraum für ihre Entscheidung offen. Bei der Ausübung dieses Ermessens ist die Behörde nicht frei, sondern gehalten, dieses pflichtgemäss auszuüben (vgl. ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG-Kommentar, Art. 48 KG N 10 und 19 ff.). Sie ist an die Verfassung gebunden, insbesondere an die Grundrechte sowie die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV; vgl. Urteil des BVGer B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.4). Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Es soll nicht nur rechtmässig, sondern auch angemessen sein (BVGE 2015/2 E. 4.3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 409). Die Vorinstanz darf ihr Ermessen bei der Publikation nicht missbrauchen. Verstösst die Handhabung des Ermessens gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, so ist einer derjenigen Grundsätze verletzt, welche die Annahme eines Ermessensmissbrauchs rechtfertigen (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3 und 137 V 71 E. 5.1; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 9).

11.2 Die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes wird vorliegend bereits im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 DSGVO gefordert (vgl. oben E. 10.3). Im Übrigen darf die Vorinstanz keinen willkürlichen Entscheid darüber treffen, wie die Version der zu publizierenden Stellungnahme zu bereinigen ist (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.4, 132 I 175 E. 1.2 und 131 I 467 E. 3.1; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 9).

11.3 Vorliegend ist der Entscheid der Vorinstanz, die Stellungnahme vom 13. August 2018 zu publizieren, mit Blick auf die Hauptziele Transparenz und Prävention nachvollziehbar. Er erweist sich im Übrigen, nach Wahrung der Geschäftsgeheimnisse (oben E. 9) und unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben (E. 10) weder als willkürlich noch ist ein Ermessensmissbrauch ersichtlich.

12.

Die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen am vorstehenden Ergebnis von vornherein nichts zu ändern.

12.1 Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde im Übrigen geltend, dass die Vorinstanz mit der Veröffentlichung der Stellungnahme vom 13. August 2018 das Prinzip der Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0] und Art. 6 Abs. 2 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101]) verletze (S. 27 f. der Beschwerde). Sie - die Beschwerdeführerin - sei «nicht rechtskräftig verurteilt» worden. Deshalb müsse für sie die Unschuldsvermutung gelten. Die ihr in der Stellungnahme unterstellte marktbeherrschende Stellung erzeuge faktisch eine präjudizierende Wirkung, weil diese Unterstellung sie (die Beschwerdeführerin) den Verhaltenspflichten von Art. 7 KG unterwerfe. Die Vorinstanz verkenne beziehungsweise berücksichtige gar nicht die faktisch präjudizierende Wirkung einer Publikation dieser Stellungnahme (Beschwerde, S. 28).

12.2 Die Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Sie bedeutet, dass jede Person bis zur rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung als unschuldig gilt. Es ist das Recht, als unschuldig behandelt zu werden, bis ein zuständiges Gericht nach Durchführung eines fairen Verfahrens die strafrechtliche Schuld in rechtsgenügender Weise nachgewiesen und festgestellt hat (vgl. BGE 137 I 31 E. 5.1; zum Ganzen: Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.1; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 10.2).

12.3 Der Entscheid der WEKO, die Stellungnahme vom 13. August 2018 zu veröffentlichen, verletzt das Prinzip der Unschuldsvermutung nicht. Im vorliegenden Fall steht weder ein strafrechtlich relevantes noch ein anderes verpöntes Verhalten der Beschwerdeführerin zur Diskussion. Letztere wird denn auch mitnichten sanktioniert. Vielmehr hat die WEKO vorliegend lediglich ein unter anderem die Beschwerdeführerin betreffendes Zusammenschlussvorhaben auflagen- und bedingungslos genehmigt. Daher macht die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz verletze das eben genannte Prinzip, im vorliegenden Zusammenhang von vornherein keinen Sinn. Diejenigen Textstellen in der Stellungnahme, welche Geschäftsgeheimnisse enthalten, hat die Vorinstanz zu schwärzen oder in Form von ungefähren Angaben (Bandbreiten) zu umschreiben (E. 9.4.4 f. und 9.4.9). Angesichts der in E. 10.6 hiervor bereits erwähnten, gewichtigeren Interessen der Öffentlichkeit - des Interesses an Transparenz des behördlichen Handelns, an der Prävention von Wettbewerbs schädigenden Unternehmenszusammenschlüssen, an möglichst umfas-

sender Kenntnis von den Gründen des Handelns der Vorinstanz, der Interessen der Wirtschaftsbeteiligten zu wissen, welche Unternehmenszusammenschlüsse auflagen- und bedingungslos genehmigt werden, und der Interessen, die anderen mit Kartellrechtsfragen involvierten Stellen zu informieren - verdient das Interesse der Beschwerdeführerin, dass nicht über deren Handeln informiert wird, über die vorliegend zusätzlich zugestanden Schwärzungen hinaus weniger Schutz (vgl. Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.3 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 10.3). Die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach das Prinzip der Unschuldsvermutung verletzt sei, erweist sich somit als unbegründet.

13.

13.1 Zusammenfassend stellt Art. 48 Abs. 1 KG in systematischer und teleologischer Auslegung eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Publikation der Stellungnahme vom 13. August 2018 dar (E. 7.5.4 und 7.7.2). Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass Art. 48 KG keine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation dieser Stellungnahme sei, vermag letztlich nicht zu überzeugen. Ferner steht der geplanten Publikation das dabei zu berücksichtigende Recht - insbesondere die Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sowie das Datenschutzrecht - nicht grundsätzlich entgegen. Vielmehr regelt dieses lediglich den Inhalt, der rechtskonform veröffentlicht werden darf. Folglich ist die Publikation der Stellungnahme vom 13. August 2018 zulässig, jedoch ausschliesslich nur unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse, der weiteren fallbezogenen Schwärzungen und der datenschutzrechtlichen Interessen der Beschwerdeführerin. Der Entscheid über die Version, die publiziert wird, darf dabei nicht willkürlich erfolgen.

13.2 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtene Verfügung insoweit aufzuheben, als sie die Publikation der Stellungnahme vom 13. August 2018 in der der angefochten Verfügung beiliegenden Fassung vorsieht. Dem Sekretariat ist es demnach zu untersagen, diese Stellungnahme in der Version zu veröffentlichen, die sich im Anhang dieser Publikationsverfügung befindet. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

Die Vorinstanz hat in der obgenannten Stellungnahme einzig noch die in E. 9.4.4 f und 9.4.9 vorstehend erwähnten Schwärzungen beziehungsweise Umschreibungen vorzunehmen und die Stellungnahme angemessen zu anonymisieren. Folglich ist die Sache hierzu an die Vorinstanz zurückzuweisen.

14.

14.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin teilweise obsiegt und zwar insofern, als die zu veröffentliche Stellungnahme vom 13. August 2018 im Sinn der vorstehenden

Erwägungen zusätzlich zu schwärzen und zu anonymisieren ist. Der Beschwerdeführerin sind daher nach Massgabe ihres nur teilweisen Unterliegens Verfahrenskosten im Umfang von neun Zehntel aufzuerlegen. Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Im Zwischenverfahren betreffend den Sistierungsantrag der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz hingegen gänzlich obsiegt (Sachverhalt Bst. I), weshalb die Kosten der entsprechenden Zwischenverfügung in Höhe von Fr. 300.- von der Beschwerdeführerin zu tragen sind. Die auf insgesamt Fr. 3'300.- festzusetzenden Verfahrenskosten sind demnach im Umfang von Fr. 3'000.- (Fr. 3'000.- x 9/10 + Fr. 300.-) der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Dieser Betrag wird dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

14.2 Als teilweise obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung, welche der Vorinstanz aufzuerlegen ist (vgl. Art. 64 VwVG; Art. 7 ff. VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 VGKE). Die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, hat der Beschwerdeinstanz vor dem Beschwerdeentscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; andernfalls setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen aufgrund der Akten fest (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]; Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Vorliegend hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht, weshalb die ungekürzte Parteientschädigung nach Ermessen aufgrund der Akten auf Fr. 17'500.- (inkl. Auslagen; Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b VGKE) festzusetzen ist. Mit Blick auf das teilweise Unterliegen der Beschwerdeführerin in der Hauptsache und ihr vollständiges Unterliegen bei ihrem Sistierungs-gesuch erscheint dem Gericht eine um neun Zehntel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'750.- (Fr. 17'500.- - Fr. 15'750.- [= 9/10]) als angemessen.

14.3 Zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorangegangenen Verfahrens ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

1.1 Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Die angefochtene Publikationsverfügung vom 8. April 2019 wird insoweit aufgehoben, als sie eine Veröffentlichung der Stellungnahme der WEKO vom 13. August 2018 in der Version vorsieht, die sich im Anhang zu dieser Verfügung befindet. Die vorinstanzliche Verlegung der Verfahrenskosten wird ebenfalls aufgehoben. Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen.

1.2 Der Vorinstanz wird untersagt, die Stellungnahme vom 13. August 2018 in dieser eben genannten Version zu veröffentlichen.

1.3 Die Sache wird zu weiterer Schwärzung und Anonymisierung der Stellungnahme vom 13. August 2018 im Sinn der Erwägungen sowie zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'300.- werden im Umfang von Fr. 3'000.- der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

3.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'750.- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 41-0854; Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

1. Urteil vom 19. Oktober 2021 – Publikation einer Stellungnahme, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 21. September 2020 (B-2548/2019)

Urteil 2C_874/2020, des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung vom 19. Oktober 2021. Verfahrensbeteiligte A._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission, Bern, Beschwerdegegnerin – Gegenstand: Publikation einer Stellungnahme, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 21. September 2020 (B-2548/2019).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die in U._____/ZH domizilierte B._____ AG bezweckt die Beteiligung an in- und ausländischen Unternehmungen aller Art, insbesondere im Medienbereich. Sie übernahm am 22. Oktober 2001 die C._____ AG, welche am 3. Januar 2012 aus dem Handelsregister gelöscht wurde. Die ebenfalls in U._____/ZH domizilierte A._____ AG bezweckt die Vermarktung elektronischer Medien, insbesondere D._____, sowie die Erbringung von Dienstleistungen im Werbebereich mit Schwerpunkt in der Schweiz. Sie ist Tochter der B._____ AG.

A.b. Die in V._____ domizilierte E._____ AG bezweckte bis zu ihrer Statutenänderung und Umfirmierung vom 20. Dezember 2019 alle Tätigkeiten im Medienbereich und der Informationsvermittlung, insbesondere im Verlagswesen, im Bereich der elektronischen Medien sowie in der grafischen Industrie, und konnte insbesondere im Medienbereich und in der Informationsvermittlung Beteiligungen kaufen, halten und verkaufen. Mit der Statutenänderung wurde ihr Zweck geändert.

B.

Am 20. Februar 2018 meldeten die E._____ AG und die B._____ AG dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ihr Vorhaben, ihre Unternehmen zusammenzuschliessen. Am 13. August 2018 kam die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) in ihrer Stellungnahme zum Schluss, dass der Zusammenschluss ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden könne. Am 21. August 2018 teilte das Sekretariat der B._____ AG mit, dass die Stellungnahme nach erfolgter Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse in der Reihe "Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW) veröffentlicht werden solle. In der Folge vertrat die B._____ AG die Auffassung, dass dem Sekretariat keine Befugnis zur Publikation der Stellungnahme zukomme, weshalb auf die Publikation zu verzichten, andernfalls eine anfechtbare Verfügung zu

erlassen sei. Nach dem Unternehmenszusammenschluss teilte die A._____ AG dem Sekretariat mit, dass die Stellungnahme vom 13. August 2018 ohne ihre vorgängige und ausdrückliche Zustimmung nicht veröffentlicht werden dürfe. Sollte dieses anderer Auffassung sein, so sei eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Am 8. April 2019 verfügte die WEKO, dass ihre Stellungnahme vom 13. August 2018 in der der Verfügung angehängten Form publiziert werde (Dispositiv-Ziff. 1). Im Begleitschreiben wurde festgehalten, dass die Stellungnahme in der RPW publiziert würde. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 21. September 2020 die Beschwerde teilweise gutgeheissen und die Sache zur weiteren Schwärzung und Anonymisierung der Stellungnahme vom 13. August 2018 im Sinn der Erwägungen an die WEKO zurückgewiesen.

C.

Vor Bundesgericht beantragt die A._____ AG, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. September 2020 im Verfahren B-2548/2019 aufzuheben, der WEKO die Publikation der Stellungnahme vom 13. August 2018 zu untersagen, eventualiter zusätzliche Textstellen in der beigelegten Stellungnahme abzudecken. Begründet wird die Beschwerde im Wesentlichen damit, dass Art. 48 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (SR 251) keine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation der Stellungnahme der WEKO bilde und die Publikation zudem auch das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1; Datenschutzgesetz) verletze.

D.

Das Bundesverwaltungsgericht hat auf eine Vernehmlassung und einen Antrag verzichtet. Die WEKO hat vernehmlassungsweise beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin hat sich dazu geäußert.

E.

Antragsgemäss hat der Präsident der II. öffentlichen Abteilung der Beschwerde am 9. November 2020 aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Erwägungen:

1.

1.1. Die amtliche Publikation einer Stellungnahme der WEKO ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über deren Veröffentlichung müssen - sofern die

Voraussetzungen zutreffen - verfügungsweise entschieden werden (Art. 25, 25a VwVG, Art. 25 DSGVO [SR 235.1]; vgl. Urteile 2C_250/2019 vom 17. Juli 2020 E. 1.1; 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publiziert in: BGE 142 II 268). Die WEKO hat mit Verfügung vom 8. April 2019 entschieden, dass ihre Stellungnahme vom 13. August 2018 über das Zusammenschlussvorhaben der E._____ AG und der B._____ AG in der Version veröffentlicht werde, die sich im Anhang ihrer Verfügung befinde. Diese kann beim Bundesverwaltungsgericht und danach beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. Urteile 2C_250/2019 vom 17. Juli 2020 E. 1.1; 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publiziert in: BGE 142 II 268).

1.2. Die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde (Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG) richtet sich gegen einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG), der sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt (Art. 82 lit. a BGG), wozu keine Ausnahmen bestehen (Art. 83 BGG). Die Beschwerdeführerin ist nach Art. 89 Abs. 1 BGG legitimiert.

2.

2.1. Angefochten ist ein Urteil, mit welchem die Verfügung der WEKO vom 8. April 2019 u.a. teilweise aufgehoben wird und die Sache zur weiteren Schwärzung und Anonymisierung der Stellungnahme vom 13. August 2018 im Sinne der Erwägungen an die WEKO zurückgewiesen wird. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass es ein Endentscheid sei, handle es sich doch um einen Rückweisungsentscheid ohne Entscheidungsspielraum. In jedem Fall sei aber ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG gegeben, weshalb die Beschwerde ans Bundesgericht zulässig sei. Die WEKO vertritt die Auffassung, dass ein Endentscheid vorliege, weil sie keinen Ermessensspielraum mehr habe; eine vom Bundesverwaltungsgericht verlangte angemessene Anonymisierung könne nur noch als Schwärzen des Namens aufgefasst werden, weil die Meldung des Zusammenschlussvorhabens gestützt auf Art. 33 Abs. 1 KG mit Namen publiziert wurde.

2.2. Ein Endentscheid ist ein Entscheid, der das Verfahren prozessual abschliesst (Art. 90 BGG), sei dies mit einem materiellen Entscheid oder Nichteintreten (BGE 133 V 477 E. 4.1.1). Das Bundesgericht soll sich als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes in der Regel nur einmal mit der gleichen Angelegenheit befassen müssen (BGE 142 II 363 E. 1.3). Vor- und Zwischenentscheide sind Entscheide, die das Verfahren nicht abschliessen (Art. 90 e contrario BGG), sondern bloss eine formell- oder materiellrechtliche Frage im Hinblick auf die Verfahrenserledigung regeln, mithin einen Schritt auf dem Weg zum Endentscheid darstellen (BGE 136 V 131 E. 1.1.2). Materiellrechtliche (Grundsatz) entscheide, die einen Teilaspekt einer Streitsache beantworten, gelten nach der Systematik des BGG nicht als Teil- (im Sinne von Art. 91 BGG), sondern als materiell-rechtliche Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG (BGE 133 V 477 E. 4.1.3 und 4.3 i.f.).

2.3.

2.3.1. Rückweisungsentscheide stellen in der Regel Zwischenentscheide dar, weil sie das Verfahren nicht abschliessen (BGE 134 II 124 E. 1.3; 133 V 477 E. 4). Anders verhält es sich bloss, wenn der unteren Instanz, an welche die Sache zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr bleibt und die Rückweisung bloss der (rein rechnerischen) Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient; diesfalls liegt ein Endentscheid vor (BGE 134 II 124 E. 1.3).

2.3.2. Das vorinstanzliche Urteil erkennt in Dispositivziffer 1.3, dass "die Sache zu weiterer Schwärzung und Anonymisierung der Stellungnahme vom 13. August 2018 im Sinne der Erwägungen [...] zurückgewiesen" wird. In den Erwägungen wird allerdings in Bezug auf die Anonymisierung von Daten, welche nicht das Geschäftsgeheimnis betreffen, keine Rückweisung vorgesehen. Insofern unterscheidet sich die vorliegende Streitsache von der in den beiden vom Bundesgericht in den Urteilen 2C_451/2021 vom 9. Juni 2021 und 2C_250/2019 vom 17. Juli 2020 behandelten Sachlage. In Bezug auf die Geschäftsgeheimnisse hat die Vorinstanz in E. 9.4 ihres Urteils die einzelnen Schwärzungsanträge der Beschwerdeführerin zum Geheimhaltungsinteresse behandelt. In E. 9.4.9 hielt sie fest, dass die genannten Abschnitte vollständig zu schwärzen seien, weshalb diesbezüglich kein Ermessensspielraum besteht. In den beiden E. 9.4.4 und 9.4.5 hielt die Vorinstanz fest, dass die WEKO die genannten Angaben "ermessensweise entweder zu schwärzen oder aber zumindest in Form von ungefähren Angaben (Bandbreiten) zu umschreiben" habe. Die Frage ist nun, ob das Auswahlermessen (schwärzen oder Angabe von Bandbreiten) als Entscheidungsspielraum i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Endentscheiden zu betrachten ist. Wie die WEKO aber in ihrer Stellungnahme zu Recht ausgeführt hat, kann angesichts der nach Art. 33 Abs. 1 KG (siehe auch Art. 18 VKU; SR 251.4) vorgesehenen Publikationspflicht des Zusammenschlussvorhabens nur noch eine Schwärzung in Betracht kommen, um die Geheimhaltung zu gewährleisten. Aus diesem Grund besteht kein Entscheidungsspielraum mehr.

2.3.3. Zusammenfassend handelt es sich im vorliegenden Fall um einen Endentscheid. Auf die Beschwerde ist folglich einzutreten.

2.4. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 142 I 135 E. 1.5). Die Verletzung von verfassungsmässigen Individualrechten (einschliesslich der Grundrechte) prüft das Bundesgericht nur, soweit eine solche Rüge in der Beschwerde überhaupt vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 142 I 99 E. 1.7.2). Sofern das Urteil oder Aspekte davon lediglich appellatorisch angefochten werden, d.h. sofern im Beschwerdeverfahren keine rechtliche Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Auffassung in gedrängter Form erfolgt, ist nicht weiter auf die Beschwerdebegründung einzuge-

hen, da dies im bundesgerichtlichen Verfahren nicht genügt (vgl. LAURENT MERZ, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], BSK BGG, 3. Aufl. 2018, N. 53 zu Art. 42 BGG).

3.

3.1. Strittig ist, ob die Stellungnahme der WEKO publiziert werden darf. Die WEKO und die Vorinstanz sind davon ausgegangen, dass dies gestützt auf Art. 48 Abs. 1 KG zulässig sei. Die Beschwerdeführerin ist demgegenüber gegenteiliger Auffassung.

3.2.

3.2.1. Bevor die Frage beantwortet wird, ob eine Stellungnahme einen Entscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG darstellt, soll zunächst der Kontext, auf welchem die Stellungnahme der WEKO vom 13. August 2018 basiert, dargestellt werden: zunächst die materiell-rechtlichen, alsdann die formell-rechtlichen Bestimmungen.

3.2.2. Nach Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Nach Art. 10 Abs. 1 KG unterliegen meldepflichtige Zusammenschlüsse der Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung nach Art. 32 Abs. 1 KG Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 10 Abs. 2 lit. a und b i.V.m. Art. 10 Abs. 4 KG), kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen (Art. 10 Abs. 2 Ingress KG).

3.2.3. Die Vorschriften über die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen haben einen eigenen Abschnitt im vierten Kapitel mit der Überschrift "Verwaltungsrechtliches Verfahren" erhalten. Wie bereits Art. 10 Abs. 1 KG angekündigt hat, ist das Prüfungsverfahren für Unternehmenszusammenschlüsse zweistufig: Ob eine Prüfung durchzuführen ist, entscheidet die WEKO (Art. 32 Abs. 1 Satz 1 KG). Dafür hat sie einen Monat Zeit, um erstens abzuklären, ob eine Prüfung durchzuführen ist, und zweitens die beteiligten Unternehmen darüber zu informieren (Art. 32 Abs. 1 Satz 2 KG). Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Mitteilung, so kann der Zusammenschluss ohne Vorbehalt vollzogen werden. Konkret heisst dies, dass zuerst eine Vorprüfung und anschliessend gegebenenfalls das eigentliche Prüfungsverfahren erfolgt (vgl. z.B. JÜRGEN BORER/JUHANI KOSTKA, Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 1 zu Art. 32 KG; siehe auch Urteil 2C_934/2020 vom 23. September 2021 E. 4.2). Während bei Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) und bei Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) ein Vorverfahren von Amtes wegen (Art. 26 KG) eingeleitet wird, werden die Unternehmen bei der Prüfung von Zusammenschlüssen - zwar gesetzlich vorgeschrieben - selber tätig, indem sie das Zusammenschlussvorhaben melden müssen.

3.2.4. Die Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse wurde in der parlamentarischen Beratung aufgrund der Wartefristen nach Art. 32 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 3 KG als "Meldepflicht mit Widerspruchsvorbehalt" (vgl. die verschiedenen parlamentarischen Formulierung-

gen, wiedergegeben in décision du 15 juillet 2004 de la Commission de recours, in: RPW 3/2004, S. 897 ff., 911; siehe auch BGE 131 II 497 E. 4; FELIX UHLMANN, Verfahrensrecht, namentlich Melde- oder Widerspruchsverfahren, in: Zäch/Weber/Heinemann [Hrsg.], Revision des Kartellgesetzes, 2012, S. 161 ff., 173) und in der Literatur als "kleine Schwester der Bewilligungspflicht" bezeichnet (vgl. FELIX UHLMANN/JUDITH KASPAR, Meldepflichten im Verwaltungsrecht, recht 2013, S. 135 ff., 137 m.H.). Ob der Entscheid, dass der Unternehmenszusammenschluss zu keinen wettbewerbsrechtlichen Problemen führt, eine Verfügung darstellt, hat das Bundesgericht bisher noch nicht entschieden bzw. ausdrücklich offengelassen (zu Art. 33 Abs. 3 KG siehe BGE 131 II 497 E. 4; Urteil 2C_934/2020 vom 23. September 2021 E. 5.2). Auch hier kann die Frage offengelassen werden, wie sich aus der Auslegung von Art. 48 Abs. 1 KG (E. 4) ergibt.

3.3. Im Rahmen der Vorprüfung hat die WEKO entschieden, eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG durchzuführen (Rz. 34 der Stellungnahme). Folge davon ist, dass nach Art. 33 Abs. 1 KG das Sekretariat den wesentlichen Inhalt der Meldung des Zusammenschlusses veröffentlicht und die Frist bekannt gibt, innerhalb welcher Dritte zum gemeldeten Zusammenschluss Stellung nehmen können. Nach Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat die WEKO in ihrer Stellungnahme entschieden, den Zusammenschluss weder zu verbieten noch Auflagen oder Bedingungen dazu zu verfügen.

4.

4.1. Art. 48 KG handelt, wie die Überschrift zeigt, von der Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen. Art. 48 Abs. 1 KG betrifft die Wettbewerbsbehörden, welche ihre Entscheide veröffentlichen können, Art. 48 Abs. 2 KG verpflichtet die Gerichte, ihre Urteile, welche in Anwendung des Kartellgesetzes ergangen sind, dem Sekretariat zuzustellen.

4.2.

4.2.1. Nach Art. 48 Abs. 1 können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Die WEKO ist eine Wettbewerbsbehörde (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.2). Sie handelt entweder durch Verfügung (z.B. Art. 49a Abs. 1 KG) oder nicht in Verfügungsform, wie etwa Art. 32 Abs. 1 oder Art. 45 ff. KG nahelegen. Art. 48 Abs. 1 verwendet den Begriff "Entscheide" und nicht das Wort "Verfügung". Der Begriff "Entscheide" umfasst auch den Begriff "Verfügung", wie das Bundesgericht bereits festgehalten hat: "Entscheide sind [...] u.a. Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG (SR 172.021) " (BGE 142 II 268 E. 4.2.2). Der Begriff der Entscheide ist also weiter als der Begriff der Verfügung. Hätte der Gesetzgeber nur Verfügungen publizieren wollen, hätte er ohne Weiteres das Wort "Verfügungen" verwenden können, wie er dies in Art. 48 Abs. 2 KG für die Erkenntnisse der Gerichte mit dem bekannten Begriff "Urteile" bzw. "jugements" bzw. "sentenze" gemacht hat. Daran ändert der französische und italienische Gesetzestext nichts. Denn der Begriff "décisions" bzw. "decisioni" meint sowohl den Verfügungsbegriff nach Art. 5 VwVG als auch das allgemeine Wort "Entscheidungen" (siehe auch Art. 82 lit. a BGG in den verschiedenen

Sprachen [dazu HANSJÖRG SEILER, in: Handkommentar BGG, 2. Aufl. 2015, Art. 82 N. 14; zum breiten Verständnis auch BERNHARD WALDMANN, in: BSK BGG, Art. 82 N. 6 ff.; ALAIN WURZBURGER, in: Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, Art. 82 N. 26 ff.; je auch mit Hinweisen zur Rechtsprechung) - wie im Übrigen auch in der deutschen Sprache.

4.2.2. Wie dargelegt gibt es keinen speziellen juristischen Begriff "Entscheide" bzw. "Entscheidung". Auch im Kartellgesetz findet sich keine Legaldefinition. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist eine Entscheidung bzw. ein Entscheid eine Lösung eines Problems bzw. das Sichentscheiden für eine von mehreren Möglichkeiten (vgl. Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl. 2002, S. 320). Als Synonyme werden etwa Auswahl, Entschliessung, Option, Wahl, Beschluss, Urteil angegeben (vgl. Duden, Das Synonymwörterbuch, 7. Aufl. 2019, S. 328). Wie ein Blick in die angeführten Erlasse zeigt, werden die in der Umgangssprache verwendeten Bedeutungen benutzt. Insgesamt ist deshalb mit dem Wort "Entscheide" keine spezifische juristische Bedeutung verbunden.

4.2.3. Insofern geht das semantische Element von einem weiten Verständnis des Begriffs "Entscheide" aus, wonach nicht nur Verfügungen oder Urteile davon erfasst sind, sondern eben auch Entscheidungen, welche nicht in verwaltungsrechtlichen Handlungsformen ergehen.

4.3. In der Botschaft nimmt der Bundesrat die Unterscheidung zwischen Entscheiden und Urteilen ohne weitere Ausführungen auf (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG] [nachfolgend: Botschaft KG I], BBl 1995 I 468, 618). Offenbar publizierte die Kartellkommission unter dem früheren Kartellgesetz (KG-85; AS 1986 874) auch Schlussberichte von Vorabklärungen, obwohl nach Art. 33 KG-85 nur die Publikation von Berichten der Kommission an das Departement textlich vorgesehen war (vgl. SIMON ODERMATT/FRANCA HOLZMÜLLER, in: KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], 2018, N. 6 zu Art. 48 KG), weshalb sich daraus folgern lässt, dass damals der Begriff weit gefasst wurde. Das Parlament hat sich dazu nicht geäußert (AB N 1995 1109; AB S 1995 869).

4.4.

4.4.1. In systematischer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass das Kartellgesetz das Wort entscheiden bzw. Entscheide in unterschiedlichen Zusammenhängen und uneinheitlich gebraucht. Bei der Hauptbestimmung über die Wettbewerbskommission, wo der Gesetzgeber auch die Aufgaben der WEKO kurz skizziert hat (Art. 18 Abs. 3 KG), nimmt dieser eine Unterscheidung zwischen Entscheiden und Verfügungen vor: Danach trifft die WEKO die Entscheide und erlässt die Verfügungen. Art. 18 Abs. 3 KG nennt bei den Entscheiden nicht das Wort "erlassen", das er im Zusammenhang mit den Verfügungen verwendet. In diesem Sinne äussert sich auch die französische und italienische Fassung, welche von "prend toutes les décisions" bzw. "prende tutte le decisioni" handelt. Auch daraus lässt sich schliessen, dass

nicht nur die formell zu erlassenden Verfügungen unter das Wort "Entscheide" fallen, sondern das Wort entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch auch Entscheide umfasst, die nicht in den verwaltungsrechtlichen Handlungsformen ergehen.

4.4.2. Das vorliegende Verfahren handelt von der Publikation einer Stellungnahme zu einem Zusammenschlussvorhaben. Die Prüfung solcher Unternehmenszusammenschlüsse ist in Art. 32 f. KG geregelt. Nach Art. 32 Abs. 1 KG entscheidet die Behörde, ob eine Prüfung durchzuführen ist. In diesem Sinn entscheidet die Behörde deshalb auch, dass ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG nicht untersagt werden muss oder ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden kann. Auch hier wird das Wort "entscheiden" nicht im Sinne von "verfügen" verstanden.

4.5.

4.5.1. Mit der Publikation von Entscheiden sollen drei Zwecke verfolgt werden (zum Ganzen BGE 142 II 268 E. 4.2.5): Eine Veröffentlichung dient der Prävention und der Rechtssicherheit (E. 4.5.2), der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten (E. 4.5.3) sowie der Information anderer Behörden (E. 4.5.4). Ein publizierter Entscheid dient für die Wettbewerber als Information, um ihr zukünftiges Verhalten danach ausrichten zu können. Er soll das Verhalten der WEKO voraussehbar machen und damit Rechtssicherheit garantieren. Umgekehrt soll er aber auch die Unternehmen anleiten bzw. ihnen ein Instrument in die Hand geben, damit sie ihr wettbewerbles Verhalten an den publizierten Informationen ausrichten können. Bei Zusammenschlussvorhaben, welche weder untersagt noch mit einer Bedingung oder Auflage versehen werden, stehen vor allem der erste und zweite Zweck im Vordergrund.

4.5.2. Für die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens sind neben dem Umsatz die in Art. 10 Abs. 2 KG aufgeführten Kriterien relevant. Auch wenn vielfach der Abschluss der Beurteilung ohne Verfügung endet, können die Aussagen und die Praxis der Wettbewerbsbehörden - wie das Bundesgericht bereits in BGE 142 II 268 E. 4.2.5.1 ausgeführt hat - zentral für weitere Marktteilnehmer sein. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die WEKO nach der Vorprüfung die Durchführung einer Prüfung beschliesst, welche entsprechend Art. 33 Abs. 1 KG auch gegenüber der Öffentlichkeit kundgetan wird. Da Zusammenschlussvorhaben nur in wenigen Fällen vor Gerichtsinstanzen überprüft werden, fehlt den Unternehmen Anschauungsmaterial, weshalb die Veröffentlichung eines Entscheids der Prävention und Rechtssicherheit dient.

4.5.3. Art. 48 KG hat die mit dem Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ; SR 152.3) in der Bundesverwaltung implementierte Politik des "open government" vorweggenommen (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2). Damit soll die Transparenz der Verwaltungstätigkeiten sichergestellt werden, wozu auch Stellungnahmen dienen. Voraussetzung ist dabei nicht, dass die Unternehmen, welche sich zusammengeschlossen haben, sich wettbewerbsproblematisch verhalten hätten. Es geht darum, dass die Argumente, Methoden und das Verfahren der WEKO von der Öffentlichkeit und den

dem Wettbewerb unterliegenden Unternehmen kritisch zur Kenntnis genommen werden können.

4.5.4. Mit Art. 48 KG wird zwar die aktive Informationstätigkeit angesprochen und so eine Transparenz gefördert. Zu berücksichtigen ist indessen auch, dass gestützt auf das BGÖ, das im Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich anwendbar wäre (e contrario Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 BGÖ; BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2), es der Öffentlichkeit auch offensteht, Zugang zu amtlichen Dokumenten zu beantragen (passive Informationstätigkeit [BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2]), was nur unter eingeschränkten Voraussetzungen abgelehnt werden kann (Art. 7 ff., in casu v.a. Art. 9 BGÖ).

4.5.5. Insgesamt bestätigt das teleologische Argument das bereits beim Wortlaut und der Systematik festgestellte weite Verständnis des Begriffs "Entscheide". Die Veröffentlichungswürdigkeit hängt nicht von der verwaltungsrechtlichen Handlungsform ab, sondern davon, ob der Inhalt des Entscheids der Prävention, der Rechtssicherheit, der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten sowie der Information anderer Behörden dient.

4.6. Zusammenfassend ergibt sich somit Folgendes: Bereits das semantische Auslegungsargument legt nahe, dass das Wort "Entscheide" umfassender ist als "Verfügungen". Zudem werden damit nicht nur Entscheide gemeint, welche in einer verwaltungsrechtlichen Handlungsform ergehen, sondern das Wort "Entscheide" übernimmt die Bedeutung des allgemeinen Sprachgebrauchs. Das historische Argument äussert sich dazu nicht explizit. Es zeigt allerdings, dass bereits unter altem Recht mehr verstanden wurde, als textlich vorgesehen war. Das systematische Argument bestätigt das semantische Resultat, wonach mit dem Begriff "Entscheide" mehr gemeint wird als mit dem Begriff der Verfügung. Auch das teleologische Auslegungsargument nimmt das semantische und systematische Verständnis auf. Entscheidend ist dabei, dass der Entscheid der Prävention, der Rechtssicherheit, der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten sowie der Information anderer Behörden dient, weshalb er zu publizieren ist. Insgesamt stimmen die verschiedenen Auslegungselemente überein.

Zu beachten ist allerdings, dass Entscheide geheimhaltungswürdige und personenbezogene Informationen enthalten können, weshalb diesen Rechnung zu tragen ist. Das KG in Art. 25 und auch das DSG regeln entsprechende Bedingungen (dazu BGE 142 II 268 E. 5 bzw. E. 6). Das ändert aber nichts daran, dass eine Entscheidung, wenn sie sich an die Vorgaben hält, veröffentlicht werden darf (BGE 142 II 268 E. 4.2.6 i.f.).

4.7. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen.

4.7.1. Aus der bundesgerichtlichen Formulierung (BGE 142 II 268 E. 4.2.5.4), wonach der Gesetzgeber eine Parallelität der Publikation von Entscheiden der WEKO und der Gerichte als notwendig erachtete, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und somit wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können, folgt nicht, dass Entscheide Urteile sind. Es folgt daraus nur, dass Entscheide im Rahmen

des KG so gewichtig sind, dass sie wie Urteile publiziert werden sollen.

4.7.2. Aus Art. 30 KG lässt sich sodann nicht ableiten, dass die Veröffentlichung gemäss Art. 48 KG auf Verfügungen beschränkt ist, denn Art. 30 bezieht sich auf die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, während im hier strittigen Fall die Art. 32 f. KG die anwendbaren Normen sind.

4.7.3. Für die Publikation von Entscheiden besteht eine genügende gesetzliche Grundlage. Die entscheidende Frage ist, was unter dem Begriff "Entscheide" zu verstehen ist. Dies ist eine Auslegungsfrage. Ob Restriktionen aufgrund des Datenschutzes oder wegen Geheimhaltungsbedürfnissen zulässig sind, ist erst in einem zweiten Schritt zu prüfen (siehe BGE 142 II 268 E. 4.2.6). Dort ist allenfalls auch eine Interessenabwägung an die Hand zu nehmen (als Beispiel 2C_690/2019 vom 11. Februar 2020 E. 5.5).

4.8. Die Stellungnahme vom 13. August 2018 zum Zusammenschluss prüft auf rund 150 Seiten, ob der Zusammenschluss zu fusionskontrollrechtlich relevanten Veränderungen der Marktverhältnisse führt. Die WEKO ist zum Schluss gekommen, dass dies nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens habe daher ergeben, dass der Zusammenschluss ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden könne. Entsprechend der oben dargelegten Auslegung handelt es sich bei der Stellungnahme vom 13. August 2018 zum Zusammenschlussvorhaben 41-0854 um einen Entscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG: Darin wird entschieden oder m.a.W. ein Entschluss getroffen, dass der Zusammenschluss ohne Vorbehalt zulässig ist. Die Stellungnahme enthält wichtige Ausführungen für andere Marktteilnehmer. Zu prüfen ist nunmehr, ob der Entscheid geheimhaltungswürdige und personenbezogene Informationen enthält. Die Beschwerdeführerin moniert denn auch eine Verletzung des Geheimhaltungsinteresses (nachfolgend E. 5) und eine Verletzung des Datenschutzgesetzes (nachfolgend E. 6).

5.

5.1. Nach Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses bilden (1) alle weder offenkundig noch allgemein zugänglichen Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimnisherr tatsächlich geheim halten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse bzw. "un intérêt légitime" bzw. "un interesse legittimo" (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat (BGE 142 II 268 E. 5.2.2.1 mit zahlreichen Hinweisen). Das Interesse an der Geheimhaltung stellt ein objektives Kriterium dar, massgebend ist insofern, ob die Informationen objektiv gesehen als geheimhaltungswürdig gelten (BGE 142 II 268 E. 5.2.2.1 mit Hinweisen).

5.2.

5.2.1. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen, d.h.

Informationen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation etc. betreffen und demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen (BGE 142 II 268 E. 5.2.3 mit Hinweisen); entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.3 mit Hinweisen), oder mit anderen Worten, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben (BGE 142 II 268 E. 5.2.3 mit Hinweisen).

5.2.2. Folgende Tatsachen weisen in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse auf: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, allerdings nicht diejenige eines unzulässigen Kartells, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.3 mit Hinweisen).

5.3. Eine Interessenabwägung im Rahmen von Art. 25 Abs. 4 KG ist - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht möglich. Der Gesetzgeber hat bereits im KG die Abwägung mit den relevanten öffentlichen und privaten Interessen vorgenommen (BGE 142 II 268 E. 6.4.3 und 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publiziert in: BGE 142 II 268). Im Rahmen der Frage, ob die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses erfüllt sind, insbesondere ob das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben ist, kommt der beurteilenden Behörde allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, in welchem auch die verschiedenen Interessen zu beurteilen sind. Steht danach fest, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist es geschützt; es ist zu wahren, und die das Geschäftsgeheimnis betreffenden Tatsachen dürfen nicht publiziert werden (vgl. Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2 mit Hinweisen, nicht publiziert in: BGE 142 II 268). Allerdings wird die Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses nicht verletzt, wenn dieses verschleiert oder ungenau formuliert wird. Die Mitteilung des wesentlichen Inhalts kann durch Zusammenfassungen, Abdecken der geheimen Passagen oder Ersetzen absoluter Zahlen durch ungefähre Angaben erfolgen (Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2 mit Hinweisen, nicht publiziert in: BGE 142 II 268); dabei muss neben der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses auch dem gesetzlichen Auftrag, verständliche und nachvollziehbare Entscheide zu veröffentlichen (Art. 48 KG), Rechnung getragen werden (vgl. Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publiziert in: BGE 142 II 268).

Entscheidungen, die sich an die Vorgaben von Art. 25 Abs. 4 KG halten, dürfen - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - unter Vorbehalt der Datenschutzbestimmungen veröffentlicht werden (BGE 142 II 268 E. 4.2.6 i.f.).

5.4.

5.4.1. Die Vorinstanz hat die von der Beschwerdeführerin vorgetragene Anträge zur Abdeckung einer Vielzahl von Ziffern ausführlich behandelt (E. 9.4). Dabei hat sie - wie bereits ausgeführt - die WEKO verpflichtet, gewisse Textstellen zu schwärzen bzw. unkenntlich zu machen.

Bei einer Vielzahl von Ziffern hat sie demgegenüber unter Angabe einer ausführlichen Begründung festgehalten, aus welchen Gründen es sich um kein Geschäftsgeheimnis handelt. Die Beschwerdeführerin begehrt zwar die Abdeckung einer Vielzahl von Ziffern, führt aber nur Allgemeines zum Geschäftsgeheimnis aus und bringt keine detaillierten Rügen vor und setzt sich nicht mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheids auseinander. Infolgedessen ist nur kurz darauf einzugehen.

5.4.2. Zunächst hat die Vorinstanz ausgeführt, dass das Begehren um Schwärzen von Inhalten in gewissen Ziffern gegenstandslos sei, sofern diese bereits von der WEKO geschwärzt worden seien. In der Beschwerde vor Bundesgericht werden gewisse Ziffern wiederum erwähnt (z.B. Ziff. 9, 410, 473 f.). Darauf ist nicht weiter einzugehen (oben E. 2.4).

5.4.3. Die Vorinstanz ist anschliessend bei mehreren Ziffern zum Schluss gekommen, dass die Umschreibung geheimer Daten mittels Bandbreiten keine Geschäftsgeheimnisverletzung darstelle. Die Beschwerdeführerin wiederholt diese Ziffern und ist der Auffassung, dass aufgrund der Angabe von Bandbreiten negative Folgen für die Beschwerdeführerin resultieren. Die Vorinstanz hat ausgeführt, dass die Bandbreiten so zu wählen seien, dass keine substantiellen Rückschlüsse möglich seien, was im vorliegenden Fall zutrefte. Die Beschwerdeführerin zeigt aber nicht auf, inwiefern trotz der gewählten Bandbreiten Rückschlüsse möglich seien und damit eine Verletzung von Geschäftsgeheimnissen vorliege. Insofern ist nicht weiter darauf einzugehen (E. 2.4).

5.4.4. Auch die Erwähnung der Passagen "kollektive Marktbeherrschung", "Zwischenergebnis der kollektiven Marktbeherrschung" sowie "Gesamtwürdigung betreffend kollektive Marktbeherrschung" sind - wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat - keine Geschäftsgeheimnisse.

5.4.5. Sodann begehrt die Beschwerdeführerin das Unleserlichmachen der Aussagen in Bezug auf das Werbeinventar, Vermittler- und Maklertätigkeit sowie der Ausführungen zur Ausrichtung der Geschäftspolitik. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass es sich dabei um allgemein zugängliche Tatsachen handle und es sich darum um keine Geschäftsgeheimnisse handle. Die Beschwerdeführerin führt mit keinem Wort aus, weshalb es sich trotzdem um Geschäftsgeheimnisse handelt. Insofern ist nicht näher darauf einzugehen (E. 2.4).

5.4.6. Bei der zukünftigen Entwicklung der Beschwerdeführerin ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass es sich um allgemein zugängliche Tatsachen handelt. Die Beschwerdeführerin beantragt vor Bundesgericht eine Schwärzung, begründet diese aber mit keinem Wort, weshalb nicht näher darauf einzugehen ist (oben E. 2.4).

5.4.7. Die Beschwerdeführerin beantragt sodann, "nicht zur Nachvollziehbarkeit erforderliche Angaben" abzudecken. Dass die Angaben nicht zur Nachvollziehbarkeit notwendig sind, macht sie nicht zu geheimhaltungswürdigen Angaben. Nur diese dürfen entsprechend Art. 25 Abs. 4 KG nicht preisgegeben werden (vgl. BGE 142 II

268 E. 4.2.6 i.f.). Auch diesbezüglich ist nicht weiter darauf einzugehen.

5.4.8. Zusammenfassend ergibt sich, dass die - unter Berücksichtigung der Verpflichtung der WEKO durch die Vorinstanz - zu publizierende Stellungnahme nunmehr keine Geschäftsgeheimnisse preisgibt.

6.

6.1. Die Beschwerdeführerin moniert sodann, dass die Vorinstanz gegen die Grundsätze von Art. 4, 5 und 7 DSG verstosse, indem sie die Stellungnahme publiziere. Die Publikation der Stellungnahme missachte dabei insbesondere Grundsätze von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. In ihrer Argumentation bezieht sie sich aber vor allem auf eine Interessenabwägung. Es ist zu prüfen, ob die Vorinstanz gegen das DSG, das ein Querschnittsgesetz bildet (vgl. BGE 126 II 126 E. 5/a/bb S. 132), verstösst.

6.2.

6.2.1. Das DSG bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG), oder mit anderen Worten gelten die Vorschriften des DSG für die Bearbeitung von persönlichen Daten, die den grundrechtlichen Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) verletzen können. Personendaten sind dabei alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare - natürliche oder juristische (Art. 3 lit. b DSG) - Person beziehen. Der Begriff "Personendaten" ist weit und umfasst jede Information, die einen auf eine Person (oder mehrere Personen) bezogenen oder beziehbaren Informationsgehalt besitzt (zum Ganzen BGE 142 II 268 E. 6.1), was im vorliegenden Fall unzweifelhaft zutrifft.

6.2.2. Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten juristischer Personen durch die Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG), worunter auch die WEKO - als Behördenkommission (Art. 7a Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 8a Abs. 3 RVOV [SR 172.010.1] i.V.m. Art. 18 f. KG) - fällt; diese ist verantwortliches Organ im Sinne von Art. 16 Abs. 1 DSG. Bearbeiten umfasst das Bekanntgeben (Art. 3 lit. e DSG) und dieses wiederum das Veröffentlichchen (Art. 3 lit. f DSG). Art. 48 Abs. 1 KG spricht von "Veröffentlichung" und meint dasselbe wie Art. 3 lit. f DSG. Auf das hängige erstinstanzliche Verwaltungsverfahren ist das DSG anwendbar (Art. 2 Abs. 2 lit. c i.f DSG). Abgesehen davon wäre das DSG auch nach Abschluss des Verfahrens anwendbar, insbesondere auf die Weitergabe nach Abschluss des Verfahrens (zum Ganzen BGE 142 II 268 E. 6.2; siehe auch BGE 147 II 227 E. 4.2).

6.2.3. Wer Personendaten bearbeitet, hat sich u.a. an die in Art. 4, 5 und 7 DSG aufgeführten Grundsätze zu halten: Rechtmässigkeitsgrundsatz (Art. 4 Abs. 1), Grundsatz von Treu und Glauben sowie Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 4 Abs. 2), Zweckmässigkeits- und Erkennbarkeits- bzw. Transparenzgrundsatz (Art. 4 Abs. 3 und 4) sowie Datenrichtigkeits- und -sicherheitsgrundsatz (Art. 5 und 7). Zu beachten ist allerdings, dass der Gesetzgeber in bereichsspezifischen Regelungen von den im DSG vorgesehenen Prinzipien, Grundsätzen oder Ansprüchen abweichen kann, so dass einzelnen Bestimmungen des DSG daneben (materiell) keine ei-

genständige Bedeutung mehr zukommt (BGE 142 II 268 E. 6.3).

6.2.4. Für das Bearbeiten von Personendaten durch Bundesorgane bedarf es einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV). Das DSG hat in den Art. 17 ff. DSG diese Anforderungen konkretisiert; dabei bildet das DSG - mit ganz wenigen Ausnahmen (z.B. Art. 19 Abs. 2 DSG) - nicht die gesetzliche Grundlage. Die Bekanntgabe von Personendaten, worunter auch das Veröffentlichchen fällt, hat in Art. 19 DSG eine besondere, konkretisierte Regelung erfahren (BGE 142 II 268 E. 6.4.1). Danach dürfen Bundesorgane Personendaten nur bekanntgeben, wenn dafür eine Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 17 DSG besteht oder wenn bestimmte, in casu nicht relevante Voraussetzungen gegeben sind (Art. 19 Abs. 1 DSG; dazu auch BGE 147 II 227 E. 4.3 und 5). Art. 17 DSG verlangt für die Bearbeitung von Personendaten eine gesetzliche Grundlage (Abs. 1). Besonders schützenswerte Personendaten dürfen Bundesorgane nur dann bearbeiten, wenn ein Gesetz im formellen Sinn dies ausdrücklich vorsieht (Art. 17 Abs. 2 Ingress DSG) oder wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 2 lit. a - c DSG erfüllt sind. Besteht nach Art. 19 Abs. 1 ff. DSG eine gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von Personendaten, so lehnt nach Art. 19 Abs. 4 lit. a und b DSG das Bundesorgan die Bekanntgabe trotzdem ab, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen. Insofern bedarf es einer Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse und dem privaten Geheimhaltungsinteresse (BGE 142 II 268 E. 6.4.1 mit Hinweisen).

6.2.5. Art. 48 Abs. 1 KG bildet die nach Art. 19 Abs. 1 DSG erforderliche formell gesetzliche Grundlage, um Personendaten zu veröffentlichen. Sie stellt die gesetzliche Grundlage für eine bereichsspezifische aktive Informationstätigkeit dar. Dabei genügt als gesetzliche Grundlage - wie hier - eine Ermächtigung zur Datenbekanntgabe (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.2 mit Hinweisen), wobei die bereits erwähnten allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze noch zu beachten sind. Sofern es sich bei den personenbezogenen Daten um Geschäftsgeheimnisse handelt, hat der Gesetzgeber bereits in Art. 25 Abs. 4 KG eine Spezialregelung getroffen (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.3). Diese sind deshalb - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht mehr im Rahmen des DSG zu beurteilen. Es ist nur noch zu prüfen, ob die in Art. 19 Abs. 4 DSG aufgeführten Interessen für Daten, die keine Geschäftsgeheimnisse betreffen, gegen eine Veröffentlichung sprechen.

6.3.

6.3.1. Besteht eine gesetzliche Grundlage zur Veröffentlichung der Entscheide (oben E. 6.2.5), ist grundsätzlich das öffentliche Interesse für die Datenbekanntgabe gegeben. Dass sich dieses nicht in Art. 48 KG manifestiere, macht der Beschwerdeführer jedenfalls nicht geltend. Fraglich kann höchstens noch sein, ob eine Publikation im vorliegenden Fall verhältnismässig ist, bei welcher auch entgegengesetzte wesentliche öffentliche Interes-

sen zu berücksichtigen wären. Darauf ist später noch einzugehen.

6.3.2. Als private Interessen nennt die Beschwerdeführerin Diskretion, Reputationsverlust sowie Gefährdung wirtschaftlicher Tätigkeit bzw. Verlust des guten Rufes.

6.3.2.1. Sie geht in Bezug auf die Diskretion davon aus, dass die Vorinstanz eine "nicht vollständig um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Stellungnahme" publiziere und deshalb nicht um die Sicherheit der Daten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 DSGVO der Beschwerdeführerin besorgt sei. Geschäftsgeheimnisse sind nicht mehr Gegenstand der Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 4 DSGVO, da der Schutz der Geheimsphäre bereits im Rahmen der datenschutzrechtlichen Spezialbestimmung im KG behandelt worden ist (oben E. 6.2.5). Abgesehen davon enthält die zu publizierende Version keine Geschäftsgeheimnisse mehr.

6.3.2.2. Die Beschwerdeführerin moniert sodann einen Reputationsverlust bzw. Verlust des guten Rufes. Dazu ist folgendes zu beachten: Reputation bedeutet den Ruf der Beschwerdeführerin. Dieser wird durch deren Geschäftsgebaren bestimmt, welches sich in geschäftlich relevanten Informationen äussert, mithin Informationen, die einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen und somit Teil des Geschäftsgeheimnisses bilden (vgl. Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6.5.2, nicht publ. in: BGE 142 II 268), was bereits im Rahmen der datenschutzrechtlichen Spezialregelung des KG geprüft wurde.

6.3.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine privaten schutzwürdigen Interessen nach Art. 19 Abs. 4 lit. a DSGVO vorliegen. Besondere Datenschutzvorschriften (Art. 19 Abs. 4 lit. b DSGVO) oder wesentliche öffentliche Interessen (Art. 19 Abs. 4 lit. a DSGVO) sind ebenfalls keine ersichtlich. Insofern sind keine Gründe gegeben, um die Bekanntgabe bzw. Publikation abzulehnen (Art. 19 Abs. 4 Ingress DSGVO).

6.4. Zu prüfen ist nunmehr, ob die Grundsätze des DSGVO verletzt sind, was die Beschwerdeführerin vor allem gerügt hat (Art. 4, 5 und 7 DSGVO). Allerdings unterlässt sie es, detaillierte Rügen vorzubringen und sich mit der vorinstanzlichen Auffassung auseinander zu setzen. Sie bringt lediglich allgemein vor, dass diese Grundsätze verletzt seien. Im Einzelnen:

6.4.1. Die Vorinstanz hat - wie gerade behandelt - zu Recht ausgeführt, dass Art. 48 Abs. 1 KG die gesetzliche Grundlage nach Art. 17 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Ingress DSGVO zur Publikation bilde. Einer Publikation stünden auch keine privaten Interessen nach Art. 19 Abs. 4 DSGVO entgegen, weshalb die Publikation damit rechtmässig erfolgt sei (Art. 4 Abs. 1 DSGVO). Die Beschwerdeführerin

setzt sich damit nicht auseinander; es ist deshalb nicht weiter darauf einzugehen.

6.4.2. Inwiefern eine Bearbeitung entgegen Treu und Glauben erfolgt sein soll, ist nicht ersichtlich (Art. 4 Abs. 2 i.i. DSGVO). Die Beschwerdeführerin konnte ihre Argumente im Verwaltungsverfahren vorbringen, die WEKO und auch die Vorinstanz sind darauf eingegangen. Inwiefern die vorinstanzlichen Ausführungen falsch sein sollten, nennt die Beschwerdeführerin nicht, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

6.4.3. Die Publikation ist - wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat - auch verhältnismässig (Art. 4 Abs. 2 i.f. DSGVO). Inwiefern sie ungeeignet, nicht erforderlich oder unzumutbar wäre, führt die Beschwerdeführerin mit keinem Wort nicht aus.

6.4.4. Ebenfalls macht die Beschwerdeführerin keine Ausführungen, inwiefern die Publikation gegen das Zweckbindungsgebot (Art. 4 Abs. 3 DSGVO) und gegen das Erkennbarkeitsgebot (Art. 4 Abs. 4 DSGVO) verstossen würde. Insofern erübrigt es sich, weiter darauf einzugehen.

6.4.5. Inwiefern durch die Publikation der anonymisierten Stellungnahme das Richtigkeitsgebot nach Art. 5 Abs. 1 DSGVO verletzt werde, führt die Beschwerdeführerin ebenfalls nicht näher aus.

7.

Nach dem Gesagten ergibt sich Folgendes: Die Stellungnahme vom 13. August 2018 bildet einen Entscheid nach Art. 48 Abs. 1 KG. Sie enthält keine Geschäftsgeheimnisse und deren Publikation ist datenschutzkonform. Dementsprechend ist die Beschwerde unbegründet und abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, schriftlich mitgeteilt.

B 4	2. Urteil vom 9. Juni 2021 – Publikation des Schlussberichts, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. April 2021 (B-4139/2015)
-----	--

Urteil 2C_451/2021 des Bundesgerichts vom 9. Juni 2021, II. öffentlich-rechtliche Abteilung in Sachen A. _____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...], gegen Wettbewerbskommission, Beschwerdegegnerin. Gegenstand: Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO im Verfahren 32-0246, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. April 2021 (B-4139/2015).

Erwägungen:

1.

1.1. Nachdem beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Anzeige gegen die B. _____ AG eingegangen war, eröffnete es am 30. August 2012 eine Vorabklärung gegen die A. _____ AG zur Prüfung, ob Anhaltspunkte für einen allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der B. _____ AG im Bereich der TV-Vermarktung und/oder Radiowerbvermittlung im Sinn von Art. 7 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; KG; SR 251) bestehen.

1.2. Mit Schlussbericht vom 12. November 2014 stellte das Sekretariat das Verfahren ein. Mit Schreiben vom 24. November 2014 übermittelte es den Bericht der A. _____ AG und informierte diese darüber, dass es den Schlussbericht in der Schriftenreihe "Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW) zu publizieren beabsichtige. Die A. _____ AG habe deshalb mitzuteilen, ob der Bericht Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung abzudecken seien. In der Folge kam es zwischen dem Sekretariat und der A. _____ AG zu keiner Einigung bezüglich der Frage, ob und in welcher Form der Schlussbericht zu veröffentlichen sei. Deshalb verfügte das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 27. Mai 2015, dass der Schlussbericht des Sekretariats vom 12. November 2014 in der Version gemäss Anhang veröffentlicht werde.

1.3. Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht am 16. April 2021 teilweise gut. Es hob die Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 insoweit auf, als sie eine Veröffentlichung des Schlussberichts in der Version vorsehe, die sich im Anhang der Verfügung befinde. Zudem hob es die vorinstanzliche Verlegung der Verfahrenskosten auf. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintrat und sie nicht gegenstandslos geworden war (Ziff. 2.1). Es untersagte der Vorinstanz, den Schlussbericht in der genannten Version zu veröffentlichen (Ziff. 2.2) und wies die Sache zu weiterer Schwärzung und Anonymisierung des Schlussberichts im Sinn der Erwägungen sowie zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurück (Ziff. 2.3).

1.4. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 28. Mai 2021 beantragt die A. _____ AG dem Bundesgericht, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei insoweit aufzuheben, als es die Veröffentlichung des Schlussberichts in geschwärtzter Form im Sinne der Erwägungen zulasse. Auch die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen seien aufzuheben und es sei die Nichtigkeit der Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 festzustellen. Weiter sei der WEKO zu untersagen, den Schlussbericht vom 12. November 2014 zu publizieren, eventualiter sei der Schlussbericht unter Weglassung der streitigen Passagen zu publizieren, subeventualiter sei der Schlussbericht mit einer vollen Gegendarstellung zu publizieren. Schliesslich sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Das Bundesgericht hat keine Instruktionsmassnahmen verfügt. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

2.

2.1. Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C_250/2019 vom 17. Juli 2020 eingehend mit einem Rückweisungsentscheid betreffend eine Publikationsverfügung befasst. In jenem Fall hob das Bundesverwaltungsgericht die Publikationsverfügung teilweise auf und wies die Sache zu weiterer Schwärzung und Anonymisierung des Schlussberichts im Sinn der Erwägungen sowie zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an die WEKO zurück. Das Bundesgericht erwog, dass der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts einen Zwischenentscheid darstelle, da der WEKO bei der Umsetzung ein Ermessensspielraum verbleibe. Weil die Voraussetzungen zur Anfechtung eines Zwischenentscheids nach Art. 93 Abs. 1 BGG nicht erfüllt seien, könne auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

2.2. Im vorliegenden Fall hat das Bundesverwaltungsgericht in E. 5.4 des angefochtenen Urteils die von der WEKO nachträglich in Aussicht gestellten Anonymisierungen, Pseudonymisierungen bzw. Unkenntlichmachungen aufgeführt und in E. 5.5 in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin beantragten Schwärzungen festgehalten, welche Aussagen Geschäftsgeheimnisse betreffen und deshalb zu schwärzen seien. Insofern besteht in diesem Bereich kein Ermessensspielraum mehr. In Bezug auf die Anonymisierung hat die Vorinstanz ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin als privates Interesse neben der Wahrung ihres Geschäftsgeheimnisses lediglich dasjenige an ihrem guten Ruf geltend mache. Das öffentliche Interesse überwiege allerdings das private, folglich "dürfen die Personendaten ausserhalb des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses soweit erforderlich in anonymisierter Form publiziert werden" (vgl. E. 6.6 des angefochtenen Urteils). Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz in E. 9.2 erwogen, dass die WEKO im Schlussbericht neben den vor-

her erwähnten Anpassungen "allfällige weitere angemessene Anonymisierungen und/oder Pseudonymisierungen vorzunehmen" habe, womit ihr ein Ermessensspielraum bei der Umsetzung des angefochtenen Urteils verbleibt. Folglich ist der Rückweisungsentscheid als Zwischenentscheid zu qualifizieren, was auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird.

3.

3.1. Nach Art. 93 Abs. 1 BGG ist gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Die beschwerdeführende Partei hat darzulegen, dass eine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt ist, es sei denn, deren Vorliegen springe geradezu in die Augen (BGE 142 V 26 E. 1.2).

3.2. Die Beschwerdeführerin bringt vor, ihr erwachse aus dem angefochtenen Urteil ein nicht wieder gutzumachender Nachteil. Der Schlussbericht unterstelle sie de facto der Missbrauchskontrolle und der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG. Ferner erhöhe die Publikation die Möglichkeit von ungerechtfertigten Schadenersatzklagen. Das angefochtene Urteil ermögliche die Publikation des Schlussberichts. Weiter sei die Publikationsverfügung der WEKO nichtig und liefe das Nichteintreten auf die Beschwerde auf einen prozessualen Leerlauf hinaus, weil sie die neue Publikationsverfügung erneut anfechten müsste.

3.3. Es kann offengelassen werden, ob die Beschwerdeführerin mit ihren Vorbringen aufzuzeigen vermag, dass ihr aus der Publikation des Schlussberichts ein Nachteil erwachsen könnte. Denn der angefochtene Zwischenentscheid ordnet nicht endgültig die Publikation des Schlussberichts in einer bestimmten Form an. Die WEKO hat in Umsetzung des Rückweisungsentscheids - wobei sie wie erwähnt über einen Ermessensspielraum verfügt (vgl. vorne E. 2.2) - eine neue Publikationsverfügung zu erlassen. Diese kann wiederum beim Bundes-

verwaltungsgericht und - falls keine weitere Rückweisung erfolgt - danach beim Bundesgericht angefochten werden und die Beschwerdeführerin kann dannzumal ihre Einwände gegen die Publikation vollumfänglich geltend machen, was auch bezüglich der behaupteten Nichtigkeit der Publikationsverfügung gilt. Die geltend gemachten Nachteile in Bezug auf Art. 7 oder 9 KG ergeben sich aus dem Inhalt des Berichts, nicht aus dessen Publikation, die hier einzig Streitgegenstand ist. Folglich bewirkt das angefochtene Urteil offensichtlich keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Dieser ergibt sich auch nicht daraus, dass das Verfahren mit dem Rückweisungsentscheid verzögert oder verteuert wird (BGE 136 II 165 E. 1.2.1). Insoweit geht das Argument fehl, dass die erneute Anfechtung der Publikationsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht einen prozessualen Leerlauf darstellen könnte.

3.4. Zusammenfassend zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, dass das angefochtene Urteil einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte. Die Beschwerde erweist sich deshalb als offensichtlich unzulässig; darauf ist im vereinfachten Verfahren durch den Einzelrichter nicht einzutreten (Art. 108 Abs. 1 lit. a BGG).

4.

Die Gerichtskosten sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt der Präsident:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

B 4	3. Urteil vom 7. Oktober 2021 in Sachen WBF gegen Bayer (Schweiz) AG – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-844/2015)
-----	---

Urteil 2C_147/2018 des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2021, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, in Sachen Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, in Bern, Beschwerdeführer, gegen Bayer (Schweiz) AG, Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...], Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-844/2015).

Sachverhalt:

A.

Die Pharmaunternehmen Eli Lilly (Suisse) SA (im Folgenden: Eli Lilly), Bayer (Schweiz) AG (im Folgenden: Bayer) und Pfizer AG (im Folgenden: Pfizer) vertreiben unter anderem ihre vom Mutterkonzern hergestellten Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Cialis (Eli Lilly), Levitra (Bayer) und Viagra (Pfizer). Die genannten Arzneimittel sind verschreibungspflichtig, aber nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste-Medikamente).

B.

Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) eine Vorabklärung, da Eli Lilly, Bayer und Pfizer zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Preisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen. Am 26. Juni 2006 eröffnete das Sekretariat sodann gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eine Untersuchung gegen "die Pfizer AG, die Eli Lilly SA, die Bayer AG, die Grossistinnen Galexis AG, Voigt AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Amedis-UE AG, die Apothekerinnen und Apotheker, die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte und die e-mediat AG" (vgl. BBI 2006 9123). Am 2. November 2009 verfügte die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Sanktion (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/4 S. 649 ff., 700 f.) mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser

Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.

4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet: [...].

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.- Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. [Rechtsmittelbelehrung].

9. [Eröffnung].

10. [Eröffnung durch amtliche Publikation]."

C.

Die Sanktionsverfügung focht Bayer am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Dieses hiess am 3. Dezember 2013 die Beschwerde gut und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf. Begründet wurde die Gutheissung damit, dass vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG existieren würden, weshalb das KG nicht zur Anwendung käme. Die dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht am 28. Januar 2015 gut, hob den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (Urteil 2C_80/2014 vom 28. Januar 2015). Das Bundesgericht hielt fest, dass Art. 3 Abs. 1 KG im zu beurteilenden Fall nicht anwendbar sei. Es bestehe Wettbewerb.

D.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess am 19. Dezember 2017 erneut die Beschwerde gut und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf.

E.

Am 12. Februar 2018 hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und u.a. beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017 (B-844/2015) aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen, eventuell das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur Festsetzung der Sanktion nach Art. 49a KG an dieses zurückzuweisen, subeven-

tuell das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Begründet wird die Beschwerde im Wesentlichen damit, dass das Bundesverwaltungsgericht Bundesrecht (KG) verletzt habe.

F.

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, worauf der Beschwerdeführer repliziert und darauf die Beschwerdegegnerin wiederum dupliziert. Die Vorinstanz und die WEKO verzichten sowohl auf eine Vernehmlassung als auch auf einen Antrag.

Erwägungen:

I. Eintreten

1.

1.1. Öffentlich-rechtliche Endentscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und hiernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht dem WBF, dem Beschwerdeführer, gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG das Beschwerderecht zu (Urteil 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 144 II 246).

1.2. Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

II. Inhalt

2.

Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten eine unzulässige und zu sanktionierende Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG darstellt. Während der Beschwerdeführer davon ausgeht, dass die Preisempfehlung eine solche Abrede darstellt, vertritt die Vorinstanz und ihr folgend die Beschwerdegegnerin die Auffassung, dass die Preisempfehlung eine einseitige Massnahme sei und deshalb gar keine Abrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen würde. Aus diesem Grund ist zunächst zu prüfen, ob eine solche Abrede vorliegt (nachfolgend E. 3 - 5). Wenn diese Frage in diesem Sinn beantwortet werden kann, ist zu prüfen, inwiefern eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegt (E. 6 - 7), und bei deren Bejahung, ob eine Sanktion auszusprechen ist (E. 8).

Das Bundesgericht hat im Parallellfall (2C_149/2018) die hier strittigen Fragen ausführlich behandelt (BGE 147 II 72 E. 2 - 8.5.2). Damit keine unterschiedlichen Interpre-

tationen aufkommen können und der besseren Einbettung der unterschiedlichen bzw. der vom Parallellfall abweichenden Begründungen wegen, sollen hier die Ausführungen im Wesentlichen wiederholt werden. Abweichungen finden sich v.a. bei der Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (E. 7) und bei der Sanktion (E. 8.2 und 8.3).

III. Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

3. Rechtliches

3.1. Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (*pratiques concertées*; *pratique concordate*) von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Vier Elemente zeichnen diese Legaldefinition aus: (1) Verhaltenskoordination als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst, (2) Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, (3) Wettbewerbsbeschränkung sowie (4) Bezwecken oder Bewirken. In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, konsolidierte Fassung ABI. C 202 vom 7. Juni 2016 S. 1 ff.) überein (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence* [nachfolgend: *Commentaire romand*], Martenet/Bovet/ Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 7 zu Art. 4 Abs. 1 LCart). Insofern kann die Rechtsprechung und die Literatur dazu auch für die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG berücksichtigt werden (so bereits indirekt BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27). Keiner Marktabgrenzung bedarf es sodann für die Prüfung, ob die Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt ist.

3.2. Abreden sind sowohl Vereinbarungen als auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Sie sind die Mittel der Verhaltenskoordination (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; PETER BEHRENS, *Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht*, 2017, Rz. 853). Eine Verhaltensweise fällt dann unter Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG, wenn es sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen handelt (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1 [nachfolgend: Botschaft KG I]; BGE 144 II 246 E. 6.4.1 S. 252; 129 II 18 E. 6.3 S. 27; z.B. THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz* [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 79 f. zu Art. 4 Abs. 1 KG). Abreden laufen dem Selbständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen (vgl. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 10 N. 1). Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., 2005 Rz. 367; Urteil des

EuGH vom 14. Juli 1972 Rs. 52/69 J.R. Geigy AG, Randnr. 26).

3.3. Eine Vereinbarung verlangt einen gemeinsamen Willen. Sie setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR zwischen mindestens zwei Parteien voraus; die Willensäußerung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (BGE 144 II 246 E. 6.4.1 S. 252). Die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligatorischen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff der Vereinbarung erfasst sind (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle) - wie Art. 4 Abs. 1 i.i. KG klar festhält. Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden. Der Bindungswille grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen ab, welche keine Abrede bilden (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar [nachfolgend: DIKE-KG], Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], 2018, N. 38 zu Art. 4 Abs. 1 KG).

3.4. Abgestimmte Verhaltensweise

3.4.1. Mit der Aufnahme der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in den Begriff der Abrede, macht der Gesetzgeber deutlich, dass es nicht erforderlich ist, dass sich die beteiligten Unternehmen ausdrücklich ins Einvernehmen über ihr Marktverhalten gesetzt haben (vgl. JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Kartellgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N. 12 zu Art. 4 KG). Insofern handelt es sich bei den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen weniger um einen Anfangtatbestand, als vielmehr neben der Vereinbarung um eine eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise. Denn mit dem Begriff der Abrede sollen lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfasst werden, welche die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 545; siehe auch BEHRENS, a.a.O., Rz. 852; z.B. Urteil des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Randnr. 26). Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, sondern nur in ihrer Intensität oder Ausdrucksform (vgl. z.B. Urteile des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Randnr. 23; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Participazioni SpA, Randnr. 131; vom 14. Juli 1972 Rs. 48/69 ICI, Randnr. 64/67; DANIEL ZIMMER, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. I EU, 6. Aufl., 2019, N. 86 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; STOCKENHUBER, in: Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Grabitz/Hilf/Nettesheim [Hrsg.], 2018, 64. Ergänzungslieferung, Mai 2018, N. 106 zu Art. 101 AEUV). Die abgestimmte Verhaltensweise bleibt immer im "Vorfeld" einer Vereinbarung. Es handelt sich nicht um eine rechtlich fixierte, sondern lediglich um eine tatsächliche Zusammenarbeit der Unternehmen mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden, zu verringern (vgl. MICHAEL KLING/STEFAN THOMAS, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rz. 70; siehe auch STOCKENHUBER, a.a.O., N. 106 zu Art. 101 AEUV). Der Begriff der aufei-

einander abgestimmten Verhaltensweise besteht aus zwei getrennt zu erörternden Elementen: Die Abstimmung einerseits (E. 3.4.2) und das darauf gestützte Verhalten andererseits (E. 3.4.3). Insofern ist auch klar, dass zwischen der Abstimmung und dem Verhalten ein Kausalzusammenhang (E. 3.4.4) notwendig ist (dazu insgesamt BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 53 zu Art. 4 Abs. 1 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 35 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; PHILIPP ESTERMANN, Die unverbindliche Preisempfehlung, 2016, S. 161 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 43; BEHRENS, a.a.O., Rz. 865 ff., Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Participazioni SpA, Randnr. 118).

3.4.2.

3.4.2.1. Die Abstimmung (erstes Element) ist keine Willensübereinstimmung (vgl. z.B. Urteil des EuGH vom 14. Juli 1972 Rs. 48/69 ICI, Randnr. 64/67; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 55 ff., 68; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 33, 35, 36; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 70; entgegen MANI REINERT, Vertikale Preisempfehlungen im Schweizer Kartellrecht, in: Amstutz/Hochreutener/Stoffel [Hrsg.], Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011 [nachfolgend Preisempfehlung], S. 21 ff., z.B. S. 27, der Vereinbarungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV unzulässigerweise mit Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gleichsetzt und deshalb nur Beispiele aus dem EU Raum bringt, die keine abgestimmten Verhaltensweisen betreffen [so auch ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Vertikale Preisempfehlungen im schweizerischen Kartellrecht, recht 2009, S. 194 ff., 205 ff. zu diesen auch von anderen Autoren vorgebrachten Beispielen]; dazu besonders klar zur Abgrenzung BEHRENS, a.a.O., Rz. 858). Die Abgrenzung zur Vereinbarung ist wenig bedeutsam, da beide Verhaltensweisen unter den Begriff der Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG fallen. Von entscheidender Bedeutung für die Feststellung einer von Art. 4 Abs. 1 KG erfassten Verhaltenskoordination ist aber die Abgrenzung einer legitimen Anpassung an das Verhalten anderer Marktteilnehmer (Parallelverhalten: BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27) von einer illegitimen Abstimmung unter den Marktteilnehmern bezüglich ihres zukünftigen Verhaltens (= abgestimmtes Verhalten). Ein blosses Parallelverhalten liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; ZÄCH, a.a.O., N. 370).

3.4.2.2. In beiden obgenannten Konstellationen (abgestimmte Verhaltensweise und Parallelverhalten) beruht das unternehmerische Verhalten auf Informationen über das Verhalten anderer Unternehmen (vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27 mit Hinweisen; BEHRENS, a.a.O., Rz. 866 f.; ZIMMER, a.a.O., N. 87 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; ALEXANDER EUFINGER, Die Begehung eines Wettbewerbsdelikts durch Empfang eines Rundschreibens, GWR 2016, S. 307 ff., 307 f.). Der Unterschied besteht darin, dass bewusstes Parallelverhalten unter normalen Marktbedingungen auf Informationen beruht, die durch blosses Beobachtung des Verhaltens der Marktteilnehmer gewonnen werden können (vgl. z.B. GRAVE/NYBERG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/ Meyer-Lindemann [Hrsg.], Kartellrecht. Kommentar, 4. Aufl. 2020, N. 312 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV) und deren Kenntnis

normalerweise Voraussetzung dafür ist, dass den Unternehmen wettbewerbliches, d.h. an den Marktverhältnissen orientiertes Verhalten überhaupt möglich ist. Unternehmen, die sich zu ihren Wettbewerbern parallel verhalten, agieren selbständig, passen ihr Verhalten indes zulässigerweise "mit wachem Sinn" an das festgestellte oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber an. Dagegen beruht eine Verhaltensabstimmung auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind (GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 312 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). Dabei ist das Medium des Informationsaustausches unerheblich (vgl. Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 44). Beim Informationsaustausch handelt es sich um Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen bzw. Rückschlüsse darauf zulassen, wie Preise, Umsätze, Produktentwicklung etc. Ihre Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten (BEHRENS, a.a.O., Rz. 866; ZIMMER, a.a.O., N. 87 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 77).

3.4.2.3. Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise stellt - wie bereits ausgeführt - nicht auf einen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen ab (vgl. z.B. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 70). Trotzdem ist eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 39) notwendig - wie im Übrigen gerade das Wort "aufeinander" nahelegt. In Betracht kommt nicht nur ein bi- oder multilateraler Informationsaustausch, sondern auch einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen (vgl. Urteil des EuGH vom 19. März 2015 C-286/13 P Dole Food und Dole Fresh Food Europe, Randnr. 120; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 39). Ein gemeinsamer Plan ist nicht notwendig (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 38), auch wenn der aufeinander bezogenen Abstimmung durchaus eine gewissen Planmässigkeit jedes einzelnen Unternehmens inhärent ist (BGE 129 II 18 E. 6.3 i.f. S. 27 mit Hinweisen auf die Literatur; siehe auch ESTERMANN, a.a.O., S. 163 f.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 34 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 57 zu Art. 4 Abs. 1 KG; STOFFEL, a.a.O., S. 69).

3.4.3. Das zweite Element der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen bildet die Umsetzung der Abstimmung, m.a.W. der Abstimmungserfolg (KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 72). Dieser ist Voraussetzung für das Vorliegen des Tatbestandes, was im Übrigen mangels einer der Verhaltensweise vorausgehenden Verpflichtung naheliegend erscheint. Der Abstimmungserfolg muss sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 43 ff.; EILMANSBERGER/KRUIS, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV, Beck'sche Kurzkommentar, 3. Aufl. 2018, N. 12 zu

Art. 101 AEUV). Dieses muss daher von der aufeinander bezogenen Abstimmung beeinflusst sein. Neben dem beobachtbaren Verhalten auf dem Markt können auch innerbetriebliche Massnahmen die Umsetzung belegen (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 58 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Das Marktverhalten ist der Erfolg der Abstimmung. Er sagt daher noch nichts über eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG aus (Urteile des EuGH vom 8. Juli 1999 C-199/92 Hüls Randnr. 165; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Partecipazioni SpA, Randnr. 124; EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 21 zu Art. 101 AEUV), auch wenn jenes in gewissen Fällen schwierig von dieser abzugrenzen ist (vgl. den Hinweis aus der Literatur bei THOMAS LÜBBIG, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, FN 136 zu § 8). Erst wenn aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen, ist separat zu prüfen, ob dieses Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Es geht auch noch nicht um die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs oder um die nicht gerechtfertigte erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (vgl. z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 143; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 209 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

3.4.4. Zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten der Unternehmen bedarf es schliesslich noch eines Kausalzusammenhangs (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 35 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 103 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Unbeachtlich ist, ob allenfalls weitere Ursachen bestehen; entscheidend ist lediglich, dass eine Kausalbeziehung zwischen der Abstimmung und dem Abstimmungserfolg vorliegt. Für den Nachweis einer Kausalitätsbeziehung gelten zwei Beweiserleichterungen (dazu z.B. auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 207 f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; LÜBBIG, a.a.O., N. 13 f. zu § 8):

Bei nachgewiesener Abstimmung gilt die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmässig stattfindet. Die Vermutung ist widerlegbar (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 60 zu Art. 4 Abs. 1 KG; BEHRENS, a.a.O., Rz. 873; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 44; Urteile des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Randnr. 51 und 61; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Partecipazioni SpA, Randnr. 121).

Im gleichsam umgekehrten Fall, wenn also ein Gleichverhalten vorliegt, kann dieses eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; Urteil des EuGH vom 31. März 1993 C-89/85 u.a., Ahlström Osakeyhtiö u.a. ("Zellstoff"), Randnr. 71, 126; ZIMMER, a.a.O., N. 101 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV); allerdings sind in aller Regel weitere Indizien notwendig, damit von einem solchen Verhalten ausgegangen werden kann (BEHRENS, a.a.O., Rz. 874).

Abgesehen davon gilt - wie im Wettbewerbsrecht allgemein (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 S. 91) - auch bei Abreden, dass die Anforderungen an die Beweise nicht zu hoch sein dürfen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.4 S. 254).

3.4.5. Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise verlangt zunächst eine unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (= Abstimmung [= zweiseitig]) und ein entsprechendes Marktverhalten. Die Fühlungnahme allein genügt also nicht, dazu kommen muss ein korrespondierendes Marktverhalten der Unternehmen. Während bei der Vereinbarung für die Qualifikation als Abrede ein bestimmtes, konkretes Verhalten Inhalt der erklärten Willensübereinstimmung der Parteien ist und deren Umsetzung nicht vorausgesetzt ist, bedarf es bei der Verhaltensabstimmung einer Konkretisierung der Verständigung. Die Konkretisierung liegt nicht schon in der Abstimmung, sondern in dem anschließenden Marktverhalten der Parteien (= Abstimmungserfolg; vgl. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 72).

3.5. Eine Abrede wird dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat. Eine solche liegt dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden (vgl. BGE 129 II 18 E. 5.1 S. 24). Eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede stellt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung dar (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253; 129 II 18 E. 5.1 S. 24; vgl. etwa auch ESTERMANN, a.a.O., S. 196 f.; DIMITRI ANTIPAS, *Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence*, 2014, S. 267 f.; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 318 i.f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

Die Frage, ob eine Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, ist losgelöst von der Frage der Zulässigkeit einer Abrede nach Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG zu prüfen. Was das Bundesgericht bereits für den Geltungsbereich (Art. 2 KG) und - ebenfalls den vorliegenden Rechtsfall betreffend - für das Verhältnis des KG zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 KG) festgehalten hat (vgl. BGE 143 II 297 E. 3.3 S. 307 bzw. BGE 141 II 66 E. 2.4.2 und 4.2.2 S. 75 und S. 81), gilt umso mehr für die Legaldefinitionen (BGE 144 II 246 E. 6.8 i.f. S. 258; ESTERMANN, a.a.O., S. 143, 145; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 51 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197, 208). Es macht auch keinen Unterschied, ob es sich um eine abgestimmte Verhaltensweise oder um eine Vereinbarung handelt. Das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG ist wettbewerbsrechtlich noch neutral. Nach Art. 4 Abs. 1 KG ist der Wettbewerb dann beschränkt, wenn sich bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Situation ohne Abrede eine Differenz bzw. ein Minus ergibt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 119 zu Art. 4 Abs. 1 KG; TOBIAS LETTL, *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2017 [nachfolgend: *Kartellrecht*], § 2 Rz. 64). Ob die Wettbewerbsbeschränkung schädlich, zulässig bzw. unzulässig ist, ist Gegenstand von Art. 5 KG (z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 204).

3.6. Nach Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder (alternativ) bewirkt sein (z.B.

STOFFEL, a.a.O., S. 61). Angesichts der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken (BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253 f.). Insofern gefährdet eine Abrede, welche zwar noch ohne Auswirkungen auf den Wettbewerb geblieben ist, ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs (vgl. CHRISTIAN KÖNIG/KRISTINA SCHREIBER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2010, S. 87).

Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben (NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 69 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs, oder m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne (STOCKENHUBER, a.a.O., N. 141 zu Art. 101 AEUV). Dabei muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Eine subjektive Absicht ist nicht notwendig (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 71 zu Art. 4 Abs. 1 KG; BORER, a.a.O., N. 4 zu Art. 4; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 138 zu Art. 4 Abs. 1 KG), unerheblich ist auch, von welcher Abredeteiligen die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging (vgl. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 142 zu Art. 101 AEUV). Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig (BORER, a.a.O., N. 4 zu Art. 4; siehe auch Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999 C-199/92 Hüls Randnr. 163).

Fehlt ein Bezwecken, so kann ein Verhalten allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Dabei kommt es auch hier auf die subjektive Absicht nicht an (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 74 f. zu Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Abrede zeitigt dann eine Wirkung auf dem Markt, wenn es aufgrund ihrer Anwendung zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter führt (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 61; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 142 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Dies ist dann der Fall, wenn der Wettbewerb künstlich verändert worden ist, d.h. der Markt sich unter Berücksichtigung der getroffenen Verhaltenskoordination anders entwickelt hat, als er es ohne sie würde (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 61; KÖNIG/SCHREIBER, a.a.O., S. 87 f.; STOCKENHUBER, a.a.O., N. 145 zu Art. 101 AEUV). Erfasst werden dabei nicht nur aktuelle und vergangene Auswirkungen (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 84 zu Art. 4 Abs. 1 LCart), sondern es genügt bereits, wenn eine Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 75 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Entscheidend ist allerdings, dass die Verhaltenskoordination kausal für die aktuellen bzw. potentiellen Auswirkung ist. So ist eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede geeignet, eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bewirken (BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253 f.; 129 II 18 E. 5.1 S. 24).

4. Preisempfehlung

4.1. Strittig ist, ob die von der Beschwerdegegnerin als unverbindlich erklärte vertikale Preisempfehlung für Le-

vitra und das Verhalten der Händler eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bilden. Die Vorinstanz ist in ihrem Entscheid zum Schluss gekommen, dass keine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliege, weshalb das Kartellgesetz keine Anwendung finde. Die WEKO und der Beschwerdeführer sind demgegenüber der Auffassung, dass eine Abrede im Sinne einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise gegeben sei.

4.2. Der Begriff der Empfehlung ist nicht gesetzlich definiert. Nach der Lehre wird unter einer Empfehlung eine einseitige, rechtlich unverbindliche Erklärung verstanden, die an einen Empfehlungsempfänger gerichtet ist und die auf eine Verhaltensbeeinflussung abzielt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 60, 169 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 8 ff. [Definition S. 13 f.]; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 118 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ANTIPAS, a.a.O., S. 95 ff. [Definition S. 96]). In der Praxis sind die Preisempfehlungen die wichtigsten; diese haben den Preis oder dessen Komponenten zum Gegenstand. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine vertikale Preisempfehlung: Empfehlender und Empfehlungsempfänger sind auf verschiedenen Stufen derselben Vertriebskette. Die Empfehlung wird vom Hersteller (Unternehmen auf einer vorgelagerten Marktstufe; upstream) erlassen und zielt auf die Beeinflussung der Preisfestsetzung auf der Händlerebene (downstream).

4.3. Kartellrechtlich ist die Benennung als Empfehlung bzw. Preisempfehlung nicht entscheidend (entgegen REINERT, Preisempfehlung, a.a.O., S. 42), sondern die Frage, ob der Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG durch die als Empfehlung bezeichnete Verhaltensweise erfüllt wird (so schon Botschaft KG I, BBl 1995 I 545). Liegt ein Bindungswille bezüglich des Preises - bzw. allgemein gesprochen bezüglich des Empfehlungsgegenstands - vor, so bildet die Preisempfehlung eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung (siehe z.B. ANTIPAS, a.a.O., S. 204 f.; ESTERMANN, a.a.O., S. 168, 170 f.; zu einem Beispiel: BGE 144 II 246 E. 6.5 S. 256; vielfach, wenn die Preisempfehlung durch Händler angestrebt oder initiiert wird [BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 182 zu Art. 4 Abs. 1 KG]). Liegt kein solcher Bindungswille vor, so kann die strittige Verhaltensweise die Tatbestandsvariante der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen (z.B. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 165). Erfüllt die strittige Verhaltensweise auch diese Tatbestandsvariante nicht, so handelt es sich um eine Verhaltensweise, die nicht von der Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird (vgl. z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 168; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 2.237; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, EU-Kartellrecht, Kommentar, 3. Aufl., 2014, N. 91 zu Art. 101 AEUV; ZIMMER, a.a.O., N. 256 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

4.4.

4.4.1. Im vorliegenden Fall ist unbestritten und rechtlich nicht zu beanstanden, dass die strittige Preisempfehlung keine Vereinbarung darstellt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es sich um eine abgestimmte Verhaltensweise handelt - wie von der WEKO festgestellt und vom Beschwerdeführer vor Bundesgericht gerügt.

4.4.2. Zum Verhältnis von vertikaler Preisempfehlung und abgestimmter Verhaltensweise gibt es in der Lehre

zwei Lager (zum Ganzen BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 185 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 171 ff.; ANTIPAS, a.a.O., S. 200 ff.):

Ein Teil der Lehre will vertikale und horizontale Preisempfehlung gleich behandeln. Danach genügt es, auf das Kriterium des Befolungsgrades abzustellen, so dass bei einer weitgehenden Befolgung von einem abgestimmten Verhalten auszugehen sei (vgl. ROLF H. WEBER/PRISKA ZEIER, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, in: ZWER 2005, S. 178 ff., 184; ANTIPAS, a.a.O., S. 211, 218 f., siehe auch S. 228; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 196 f.; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 120 zu Art. 4 Abs. 1 KG; zu weiteren Autoren ESTERMANN, a.a.O., S. 172). Über die Frage, welcher Grad der Befolgung notwendig sei, damit von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden könne, herrscht insoweit Einigkeit, als die Befolgung der vertikalen Preisempfehlung überwiegend oder weitgehend zu erfolgen habe.

Die andere Lehrmeinung verlangt demgegenüber, dass neben dem Befolungsgrad weitere Elemente gegeben sein müssen (Befolungsgrad plus), damit ein Verhalten als abgestimmte Verhaltensweise akzeptiert werden könne (vgl. z.B. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 54 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG [nachfolgend: kritische Analyse], in: Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen [nachfolgend: Kartellgesetzrevision], Stoffel/Zäch [Hrsg.], 2004, S. 69 ff., 88 f.; BORER, a.a.O., N. 41 zu Art. 5 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.125; weitere Hinweise bei ESTERMANN, a.a.O., S. 173).

4.4.3. Auch die von der WEKO verfassten Bekanntmachungen über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden äussern sich zu Preisabreden - allerdings erst ab dem Jahre 2007 (VertBek 2007 [BBl 2007 7597]). Diejenige aus dem Jahre 2002 kennt noch keine Regelung (VertBek 2002 [BBl 2002 3895]). Die nachfolgenden VertBek haben zudem immer wieder Anpassungen erfahren (vgl. VertBek 2010 [BBl 2010 5078]; VertBek 2017 [BBl 2017 4543]). Die zu den Preisempfehlungen aufgestellten Regelungen in den VertBek werden als Aufgreifkriterien verstanden (zu 2007: ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 201; zu 2010: ESTERMANN, a.a.O., S. 147; zu 2010 und 2017: BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 186 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Damit ist gemeint, dass die Wettbewerbsbehörden bei Vorliegen eines oder mehrerer dieser Umstände eine Untersuchung, mindestens aber eine Vorabklärung einzuleiten hat. Die Vertikalbekanntmachungen bilden die Praxis der Wettbewerbsbehörden ab (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320), stellen also lediglich deren Stand des Wissens und die darauf basierende Kartellrechtspraxis dar. Insofern entwickeln sie sich ständig. Als Verwaltungsverordnung sind sie für das Bundesgericht nicht bindend (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Zwar nimmt das Bundesgericht unter besonderen Voraussetzungen darauf Bezug (vgl. BGE 142 V 425 E. 7.2 S. 434, II 182 E. 2.3.3 S. 191). Dies trifft im vorliegenden Fall aber nicht zu: Erstens äussern sich die Vertikalbekanntmachungen nicht zu Art. 4 Abs. 1 KG; zweitens handelt es sich nur um Aufgreifkriterien, welche Anlass geben etwas näher zu prüfen; drittens wurden die Aufgreifkriterien im Laufe der letzten Jahre immer

wieder geändert, weshalb es davon abhängt, in welchem Zeitpunkt das Verhalten erfolgt und somit zufällig ist, welche Kriterien angewendet werden; viertens äussert sich die VertBek 2002, welche je nach der Dauer des strittigen Wettbewerbsverstosses (sanktioniert ist der Sachverhalt vom 1. April 2004 - 31. Dezember 2008) nur zu berücksichtigen wäre (dazu BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320), gar nicht zu Preisempfehlungen, weshalb die Beschwerdegegnerin in ihrer Argumentation denn auch - zwar zu Unrecht - durchgehend die VertBek 2007 bemüht. Eine Abstützung auf die VertBek würde deshalb den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Kartellverwaltungsrechts unterlaufen (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320); insofern stützt sich das Bundesgericht nicht darauf ab.

4.5.

4.5.1. Die von der Lehre aufgestellten Kriterien, wonach entweder der Befolgungsgrad genügt oder daneben zusätzliche Kriterien zu berücksichtigen sind, sind nicht entscheidend. Abgesehen davon kennt das Gesetz keinen Katalog von Kriterien. Es ist nicht "von der Preisempfehlung her zu denken", sondern "von der abgestimmten Verhaltensweise her", auch wenn im Rahmen der Auslegung der Blick zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt hin- und herwandern muss und deshalb auch die Eigenheiten des Lebenssachverhalts zu berücksichtigen sind (vgl. dazu KARL ENGISCH, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 14 f.; dazu jetzt HANS-JOACHIM STRAUCH, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2017, S. 563 ff.; kritisch JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 79). Das Hin und Her findet sein Ende mit der Bejahung oder Verneinung der Anwendbarkeit der in Betracht gezogenen gesetzlichen Bestimmung (vgl. KARL ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 98 FN 4 i.f.), d.h. vorliegend des Art. 4 Abs. 1 KG und nicht des Begriffs der Preisempfehlung. Entscheidend ist, dass die Indizien für eine Abstimmung und einen Abstimmungserfolg so zusammenspielen, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt so darstellt, dass er als abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG verstanden werden kann. Es ist deshalb nicht so, dass das Befolgen allein für die Annahme einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise nicht genügen würde oder dass neben dem Befolgen zwingend eine Druckausübung oder weitere Elemente notwendig sind. Es ist aber umgekehrt auch nicht so, dass in jedem Fall das Befolgen alleine ausreichend ist. Insofern ist eine wertende Gesamtbetrachtung notwendig (vgl. Urteile des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 36; vom 7. Januar 2004 C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P *Aalborg Portland A/S*, Randnr. 57; STEFFEN NOLTE, in: Kartellrecht Kommentar, Langen/Bunte [Hrsg.], Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, N. 442 zu Nach Art. 101 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 68 i.f.). Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss also ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Die konkret zu beurteilende Preisempfehlung muss sich also als eine Ver-

haltensweise darstellen, die entweder die Voraussetzungen der Legaldefinition erfüllt oder nicht.

Zu beachten ist, dass an die tatsächliche Einhaltung der empfohlenen Preise keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, da es sich nicht rechtfertigen lässt, für die Beurteilung von Empfehlungen andere Massstäbe an den Nachweis anzulegen als allgemein für die Beurteilung abgestimmter (vertikaler) Verhaltensweisen (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 196; BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4 KG; als Beispiele solcher Beurteilungen siehe die Urteile des EuGH vom 21. Februar 1984 Rs. 86/82 *Hasselblad*, Randnr. 29; vom 7. Juni 1983 Rs. 100 bis 103/80 *Musique Diffusion Française u.a.*, Randnr. 37 - 80).

4.5.2. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass nicht nur die Seite des Abstimmungserfolgs für weitere Kriterien zugänglich ist, sondern auch die Seite der Abstimmung. Dabei ist allerdings im Auge zu behalten, dass man nicht Gefahr läuft, bei der abgestimmten Verhaltensweise Kriterien beizuziehen, die bereits auf eine Vereinbarung hinauslaufen (so auch ZIMMER, a.a.O., N. 86 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., S. 73), was den selbständigen Charakter der aufeinander abgestimmten Verhalten unterlaufen würde. So wird etwa argumentiert, es bedürfe für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise eines Zwangs und dieser müsse derart sein, dass es zu einer Willensübereinstimmung zwischen Händler und Hersteller komme (siehe dazu die Hinweise bei BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG; bei ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., durchgehend). In einem solchen Fall wird aber bereits die Schwelle zur Vereinbarung überschritten (so auch BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG).

5. Subsumtion der strittigen Verhaltensweise unter Art. 4 Abs. 1 KG

5.1. Vorbemerkung

5.1.1. Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass es sich nicht um eine horizontale Abrede handelt und keine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Unbestritten ist auch die Marktabgrenzung. Strittig ist, ob das Verhalten zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine unzulässige vertikale Abrede darstellt.

5.1.2. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die konkret wettbewerbsbeeinflussenden Gesichtspunkte nach Art. 5 KG bereits bei der Ermittlung der in Art. 4 Abs. 1 KG begrifflich vorausgesetzten Wettbewerbsbeschränkung miterörtert werden müssten. Aufgrund dessen kommt sie zum Schluss, dass der von der WEKO ermittelte und in der Verfügung festgehaltene Befolgungsgrad in wettbewerbsökonomischer Hinsicht kaum aussagekräftig sei und ohne das Vorliegen weiterer Indizien nicht ausreichen würde, um eine Abrede im Sinne von Art. 4 (i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG) anzunehmen. Eine Rückweisung erübrige sich, da aufgrund der Akten davon auszugehen sei, "dass sich die Publikumspreisempfehlung für Levitra - entsprechend der ihnen zugeschriebenen Funktion als wünschbare Preisobergrenze - als wettbewerbsneutrale und damit zulässige Höchstpreisempfehlung auswirk[e], indem sie zu hohe Preise wirksam verhinder[e]".

5.1.3. Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, ob eine Abrede i.S. einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG gegeben ist (Abstimmung, Marktverhalten, Kausalität, Wettbewerbsbeschränkung). Wenn dies bejaht werden kann, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob es sich um eine unzulässige Abrede nach Art. 5 KG handelt (siehe unten E. 6 und 7). Die beiden Schritte sind zu trennen (siehe oben E. 3.5). Auch wenn Preisempfehlungen ihrem Wortlaut nach unverbindlich sind, bezwecken sie doch, den Willen des Empfängers in bestimmter Weise zu beeinflussen (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 195 m.H.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 375; TOBIAS LETTL, Kartellverbot nach Art. 101 AEUV, §§ 1, 2 GWB und vertikale Preisempfehlung/Preisbindung, WRP 2011, S. 710 ff., 726; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Rz. 169, 176, 181 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 11 f.). Es ist deshalb im Einzelfall genau zu prüfen, ob es sich bei der Preisempfehlung nicht um eine "verschleierte Preisvorgabe" handelt (vgl. z.B. DANIELA SEELIGER, in: Wiedemann [Hrsg.], a.a.O., § 11 N. 163).

5.2. Abstimmung

5.2.1. In Bezug auf die Abstimmung steht sachverhaltlich Folgendes fest: Die Beschwerdegegnerin hat eine Preisempfehlung für Levitra abgegeben, welche u.a. über die von e-mediat betriebene Galdat-Datenbank in aufbereiteter Form an die Verkaufsstellen gelangte. In dieser Datenbank ist auch der dem Produkt entsprechende Barcode bzw. Strichcode enthalten. Beim Einscannen des entsprechenden Artikels erscheint automatisch der empfohlene Preis, was weder von der Beschwerdegegnerin in Abrede gestellt, noch von der Vorinstanz verneint wurde, und sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG). Infolgedessen war dieser sowohl den Apotheken als auch den selbstdispensierenden Ärzten bekannt, was die Vorinstanz dadurch bestätigt hat, dass sich die Verkaufsstellen jedenfalls teilweise an den Preisempfehlungen orientiert, diese berücksichtigt und den Preis dementsprechend festgesetzt haben.

5.2.2. Der Hersteller liess die Preisempfehlung über das elektronische System den Verkaufsstellen wissentlich und willentlich zukommen. Er konnte deshalb davon ausgehen, dass die Verkaufsstellen durch das Einlesen des Strichcodes des Produkts somit den Inhalt der Preisempfehlung kannten. Diese Annahme wird noch dadurch verstärkt, dass bei jedem Einlesen der entsprechende Preis erschien. Der Hersteller durfte auch davon ausgehen, dass ein Abweichen von den direkt an den Verkaufspunkt gelieferten Preisen den Händlern einen zusätzlichen Aufwand durch eigene Kalkulationen und durch eine Anpassung der Software verursachen und deshalb eine Preisanpassung unterbleiben würde. Die Händler haben umgekehrt dieses Zurverfügungstellen des Preises akzeptiert. Sie konnten auch davon ausgehen, dass der über das Computersystem angezeigte Preis aufgrund von Marktforschung und -analysen des Herstellers grundsätzlich einen optimalen Retail-Preis darstellt (siehe ESTERMANN, a.a.O., S. 99). Abgesehen davon war den Verkaufsstellen damit auch bewusst, dass alle Verkaufsstellen über dieselben Preisinformati-

onen verfügten (siehe auch BGE 129 II 18 E. 6.5.5 S. 32). Die Verkaufsstellen stimmten sich somit zumindest teilweise stillschweigend (die Form ist nicht relevant: z.B. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 109 zu Art. 101 AEUV; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 22 zu Art. 4 Abs. 1 KG) mit dem Hersteller ab (vgl. Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 44; siehe auch ANTIPAS, a.a.O., S. 228). Insofern hat zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine Kommunikation stattgefunden, aufgrund welcher die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt wurden.

Auch der EuGH ist im bereits erwähnten Urteil vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al. in einer parallelen Situation von einer Abstimmung ausgegangen. Im erwähnten Urteil hat der EuGH ausgeführt, dass ein Unternehmen ab dem Zeitpunkt, ab dem es von der von einem externen Systemadministrator versandten elektronischen Mitteilung Kenntnis erlangt, sich an einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise im Sinne der Mitteilung beteiligt, es sei denn das Unternehmen distanziert sich offen vom Inhalt einer Massnahme oder befolgt sie nicht (Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 46 i.f. i.V.m. 49 i.f., 50 erster Lemma i.f.; siehe auch EUFINGER, a.a.O., S. 308 und 309; EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 17 zu Art. 101 AEUV). In Bezug auf die Abstimmung führte er aus, dass die Kenntnisnahme einer über ein Informationssystem versendeten Mitteilung und die im Anschluss daran notwendige Ergreifung von zusätzlichen technischen Formalitäten, um Preisnachlässe zu gewähren, geeignet seien, eine Abstimmung der Verhaltensweisen zu begründen (Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 43 f.). Handelte es sich anstelle eines externen Systemadministrators um einen Hersteller, der die Aufnahme von Preisempfehlungen für seine eigenen Produkte in ein elektronisches System veranlasste, womit die Preise seiner Produkte bei jedem Einlesen tagesaktuell, während Jahren und die Verkaufsstellen immer wieder darauf aufmerksam machend erscheinen, muss deshalb umso mehr gelten, dass hier eine Fühlungnahme zwischen Hersteller und Händler erfolgte.

5.2.3. Aus dem aus den Akten ergänzten Sachverhalt in BGE 147 II 72 E. 5.2.3 hat sich ergeben, dass zwischen der Herstellerin und gewissen Händlern Kontakte stattgefunden haben. Ob sich dies auch im vorliegenden Verfahren so zugetragen hat, kann - obwohl es durchaus plausibel und nachvollziehbar wäre - offenbleiben, da dies ohnehin nicht entscheidungswesentlich ist.

5.2.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass mit der elektronischen Übermittlung der Daten eine Abstimmung vorliegt. Sie erfolgte täglich über Monate und Jahre. Insofern fand zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine intensive Kommunikation statt, aufgrund welcher die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt wurden.

5.3. Marktverhalten (Befolungsgrad)

5.3.1. In einem zweiten Schritt ist nunmehr zu prüfen, ob ein Marktverhalten, also ein Abstimmungserfolg gegeben ist. Dieser liegt in der Befolgung. Entscheidend ist dabei der Grad der Befolgung.

5.3.2. Die qualitativ-quantitative Ermittlung des Befolungsgrades, die qualitative und quantitative Repräsentativität der Daten, die Aktenführung und die Untersuchungsmethode sind insgesamt von der Vorinstanz nicht grundsätzlich bemängelt worden, weshalb die Vorinstanz diese auch akzeptiert hat.

5.3.3. Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 zwei Befolungsgrade auseinander gehalten: der erste Befolungsgrad bezieht sich auf die Anzahl Verkaufsstellen, welche die Preisempfehlung anwenden, und ist für die Beurteilung der Frage relevant, ob überhaupt eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Der zweite Befolungsgrad betrifft die Anzahl Einheiten, die von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Preis verkauft werden, und ist für die Beantwortung der Frage relevant, ob der "empfohlene" Preis einen Preis nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

5.3.4. Die von der WEKO vorgenommene Zweiteilung des Befolungsgrades ist bundesrechtskonform: Bei der Ermittlung des ersten Befolungsgrades im Kontext von Art. 4 Abs. 1 KG geht es zunächst nur um die Frage, ob und gegebenenfalls zwischen welchen Unternehmen eine vertikal abgestimmte Verhaltensweise stattgefunden hat. Es sollen diejenigen Unternehmen herausgefiltert werden, welche die Empfehlung befolgen, denn nur diese sind Parteien der abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. AMSTUTZ/REINERT, Kritische Analyse, a.a.O., S. 88 mit Fn. 73; NEFF/THEUERKAUF, BSK KG, a.a.O., N. 9 zu Kalkulationshilfen-BM; ESTERMANN, a.a.O., S. 189). Entscheidend ist die von der jeweiligen Verkaufsstelle verfolgte Preispolitik und somit die Tatsache, ob der Preis von der Verkaufsstelle im Rahmen ihrer Strategie von der Empfehlung abweichend festgesetzt wird oder nicht (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 229 f.). Selbstredend sind deshalb nur diejenigen Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte zu berücksichtigen, welche das entsprechende Produkt vertreiben (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 224).

Der zweite Befolungsgrad, der die Anzahl Einheiten betrifft, die von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Preis verkauft werden, betrifft die Frage, ob der empfohlene Preis einen Fest-, Mindest- oder Höchstpreis darstellt. Die Prüfung dieser Frage ist im Rahmen von Art. 5 KG anzugehen. Der zweite Befolungsgrad sagt hingegen nichts über die Anzahl der Abredeteiligen aus (ESTERMANN, a.a.O., S. 29). Doch gerade dies ist im Rahmen der Legaldefinition notwendig, um beurteilen zu können, ob eine Abstimmung stattgefunden hat.

5.3.5. Strittig ist zudem, ob die Gewährung von Rabatten als Befolgung der Preisempfehlung zu betrachten ist. Hier ist korrekterweise zu unterscheiden (siehe auch BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4), ob es sich um Rabatte handelt, welche generell oder punktuell gewährt werden, denn es lässt sich rechtlich nicht rechtfertigen, dass beispielsweise ein Apotheker, der alle Medikamente entsprechend der Empfehlung verkauft mit Ausnahme

einer Packung, welche er einem Freund schenkt, nicht mehr als Partei einer abgestimmten Verhaltensweise gilt. Die Frage ist daher, wo die Grenze liegt. Sie ist nach dem für die Befolgung allgemein geforderten Befolungsgrad von 50 % (siehe unten E. 5.3.7) zu beantworten (so auch ESTERMANN, a.a.O., S. 234 f.).

Bei generellen bzw. systematischen Rabatten verrechnet die Verkaufsstelle immer einen anderen als den empfohlenen Preis. In diesem Fall folgt die Verkaufsstelle einer eigenständigen Preispolitik, ihre Handlungsfreiheit ist nicht beschränkt (in diesem Sinne auch Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 50 erstes Lemma i.f. [systematischen Gewährung]; EUFINGER, a.a.O., S. 309; LETTL, Kartellrecht, a.a.O., § 2 Rz. 39 petit), es sei denn eine Mehrheit der Verkaufsstellen bieten alle zum gleichen verminderten Preis an. Haben die Verkaufsstellen eine eigenständige Preispolitik, so befolgen sie die Preisempfehlung nicht (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 233; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 204; REINERT, Preisempfehlung, a.a.O., S. 45).

Gewähren Verkaufsstellen nur punktuell Rabatte vom empfohlenen Preis, so folgen sie demgegenüber der Preisempfehlung (vgl. e contrario Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 50 erstes Lemma i.f.; ESTERMANN, a.a.O., S. 233 f.).

5.3.6. Gestützt auf diese Vorbemerkung lässt sich aufgrund der durch die Vorinstanz festgestellten Sachlage der nun für den Befolungsgrad relevante und für das Bundesgericht verbindliche Sachverhalt zusammenstellen:

5.3.6.1. Die WEKO hielt in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 fest, die Auswertung der 799 Fragebögen habe ergeben, dass in der Schweiz in den Jahren 2005 und 2006 81.7 % der SD-Ärzte und 89.3 % der Apotheken die Preise für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra in Übereinstimmung mit dem empfohlenen Preis z.T. mit Rabatten festgelegt hätten. Die restlichen 18.3 % bzw. 10.7 % hätten die Preise unabhängig vom empfohlenen Preis festgelegt, mehrheitlich mit Abweichungen nach unten von 1.5 % bis mehr als 5 %.

5.3.6.2. Die Vorinstanz stützt sich für ihr Ergebnis auf die Ausführungen der Rz. 205 und 206 der Verfügung der WEKO vom 2. November 2009:

Danach hätten 52 % der Apotheken die Preisempfehlung für Viagra, Levitra und Cialis strikt befolgt. 37.5 % [recte: 37.3 %] der Apotheken hätten angegeben, die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis lediglich insofern zu befolgen, als dass sie den empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für die Gewährung von Rabatten verwendeten. Gemäss Vorinstanz hätten diese, also die Empfehlung nicht strikt befolgenden Apotheken bei durchschnittlich 39 % ihrer Verkäufe einen Rabatt gewährt. Schliesslich hätten 10.7 % der antwortenden Apotheken angegeben, die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis überhaupt nicht zu befolgen. Insofern hätten daher lediglich knapp die Hälfte der antwortenden Apotheken angegeben, die Preisempfehlungen entweder überhaupt nicht befolgt oder aber den jeweils empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für mögliche Rabatte verwendet zu haben.

In Bezug auf die selbstdispensierenden Ärzte führte die Vorinstanz aus, dass 75.5 % dieser Ärzte die Preisempfehlung für Viagra, Levitra und Cialis strikt befolgt hätte, 18.3 % überhaupt nicht. 6.2 % der Ärzte hätten die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis lediglich insofern befolgt, als dass sie den empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für die Gewährung von Rabatten verwendeten, wobei sie lediglich bei durchschnittlich 31 % ihrer Verkäufe einen Rabatt gewährt hätten.

5.3.6.3. Vergleicht man die Zahlen der WEKO mit denjenigen der Vorinstanz, so resultiert der unterschiedliche Befolgungsgrad lediglich daraus, dass die Vorinstanz die Gewährung des Rabattes anders beurteilt hat. Die Vorinstanz hat die Rabatte als generell gewährte Rabatte behandelt, auch wenn sie in ihren Ausführungen ausdrücklich auf die Wortwahl der WEKO Bezug nahm, welche i.S.v. punktuellen Rabattgewährungen (39 % bzw. 31 % der Verkäufe derjenigen, die sich nicht strikt an die Empfehlung hielten) spricht. Da die punktuelle Gewährung deutlich unter 50 % liegt (39 % bzw. 31 %), sind diese Verkaufsstellen, welche die Empfehlung nicht strikt befolgt haben, - wie oben dargelegt (E. 5.3.5) - zu denjenigen hinzuzurechnen, welche die Empfehlung strikt befolgt haben. Es ist also - auch entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin - auf die Zahlen der WEKO abzustellen. Konkret lauten die Befolungsraten: für Apotheken: 52 % (strikt befolgt) + 37.3 % (nicht strikt befolgt, aber mit partiellen Rabatten unterhalb von 50 %) = 89.3 %; für Ärzte: 75.5 % (strikt befolgt) + 6.2 % (nicht strikt befolgt, aber mit partiellen Rabatten unterhalb von 50 %) = 81.7 %.

5.3.7. Damit liegt die Befolungsrate weit über dem vielfach explizit und implizit geforderten Befolgungsgrad von 50 % (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 178; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 196 f.; SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, 2. Lieferung 1997, N. 42 zu Art. 4 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 228; keine allzu hohen Anforderungen/geringer Befolgungsgrad: BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 126 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Insofern ist - wie der Beschwerdeführer zu Recht gerügt hat - ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten gegeben.

5.3.8. Im Übrigen ist es nachvollziehbar und plausibel, dass die Verkaufsstellen ihre Rabattpolitik nicht nach Produkten ausrichteten, sondern alle Medikamente gegen erektile Dysfunktion gleich behandelten. Wäre die Sachlage anders, wäre allenfalls von einer zusätzlichen Kommunikation zwischen Verkaufsstellen und Hersteller ("exklusiver Informationsaustausch" [vgl. EILMANBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 15 zu Art. 101 AEUV]) auszugehen. Abgesehen davon ist ein gewisser Schematismus zulässig (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.3 S. 262; 136 I 1 E. 4.3.1 S. 7).

5.4. Kausalität

5.4.1. Auch ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten ist gegeben, wie sich u.a. aus den vorinstanzlichen Erwägungen ergibt, wenn die Vorinstanz dort ausführt, dass derjenige, der die Medikamente als selbstdispensierender Arzt abgab oder in einer Apotheke verkaufte, deren Preis daher höchstens den Preisempfehlungen entsprechend oder unter diesen festgesetzt hat. Sie hielt sodann fest, dass

die Publikumspreise ohne die Preisempfehlung noch steigen würden. Zu beachten ist, dass die Abstimmung während Jahren erfolgte und auch die Preise entsprechend dieser Abstimmung festgelegt wurden. Insofern kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass zwischen der Abstimmung und der Befolgung der Verkaufsstellen ein ursächlicher Zusammenhang besteht.

5.4.2. Selbst wenn sich die Ursächlichkeit zwischen Abstimmung und Marktverhalten nicht direkt hätte feststellen lassen und ergeben hätte, wäre diese entsprechend den beiden obgenannten Beweiserleichterung (E. 3.4.4) ebenfalls zu bejahen:

5.4.2.1. So führt zunächst diejenige Beweiserleichterung, wonach bei nachgewiesener Abstimmung die widerlegbare Vermutung gilt, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben (vgl. E. 3.4.4 Abs. 2), zu einer Ursächlichkeit zwischen Abstimmung und Marktverhalten: Die Abstimmung zwischen den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten einerseits und den Herstellern andererseits liegt vor. 89.3 % der Apotheken und 81.7 % der Ärzte sind der Preisempfehlung während mehreren Jahren gefolgt. Insofern kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Abstimmung ursächlich für das Marktverhalten der Apotheken und der selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten war (siehe auch STOCKENHUBER, a.a.O., N. 113 zu Art. 101 AEUV mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).

5.4.2.2. Auch die zweite Beweiserleichterung bestätigt eine Kausalität zwischen Abstimmung und Marktverhalten (vgl. oben E. 3.4.4 Abs. 3): Gleichverhalten dient als Indiz für ein abgestimmtes Verhalten (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27). Gleichverhalten wird dann zu einem Beweis, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 135). Dies gilt namentlich dann, wenn das Parallelverhalten es den beteiligten Unternehmen ermöglicht, ein Preisgleichgewicht auf einem anderen als dem Niveau zu erzielen, das sich aus dem Wettbewerb ergeben hätte (vgl. Urteil des EuGH vom 14. Juli 1972 Rs. 48/69 ICI, Randnr. 64/67; STOCKENHUBER, a.a.O., N. 115 zu Art. 101 AEUV; siehe auch LETTL, Kartellrecht, a.a.O., S. 41). In der Schweiz gibt es mehrere hundert Apotheken und selbstdispensierende Ärzte und Ärztinnen. Dass 89.3 % aller Apotheken und 81.7 % aller selbstdispensierenden Ärzten und Ärztinnen, welche die von der Beschwerdegegnerin hergestellten Medikamente verkaufen, im Prinzip die Medikamente zu denselben Preisen verkaufen, entspricht nicht den normalen Marktbedingungen. Die auf die ganze Schweiz verteilten Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte und Ärztinnen haben nicht alle dieselben Kostenstrukturen (zu den verschiedenen Informationen für eine Preisgestaltung siehe ESTERMANN, a.a.O., S. 233). Nicht nachvollziehbar ist deshalb die Auffassung der Beschwerdegegnerin, wonach die Apotheken und die selbstdispensierenden Ärzte ihre Verkaufspreise autonom und basierend auf individuellen Preisrechnungen festgelegt und das Medikament trotzdem zu demselben Preis verkauft hätten.

Kommt hinzu, dass aufgrund der fehlenden Werbung die einzelnen Verkaufsstellen Informationen über Preise ihrer Wettbewerber gar nicht beobachten und ihr Verhalten deshalb nicht an die Konkurrenz anpassen konnten (siehe dazu GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 311 i.F. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). Da die Verkaufsstellen mangels eines wenig transparenten Marktes die effektiven Preise ihrer Konkurrenten gar nicht kennen können, ist ohne Weiteres zu vermuten, dass das Parallelverhalten keine Reaktion der Verkaufsstellen auf beobachtete Informationen darstellt (siehe dazu auch BEHRENS, a.a.O., Rz. 874). Insofern kann davon ausgegangen werden, dass die Verkaufsstellen nicht dem dargelegten Selbstständigkeitspostulat nachgelebt haben (vgl. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 108 zu Art. 101 AEUV), und das parallele Verhalten lässt sich nur durch eine Abstimmung einleuchtend erklären (vgl. Urteil des EuGH vom 31. März 1993 C-89/85 u.a., *Ahlström Osakeyhtiö u.a. ["Zellstoff"]*, Randnr. 71 f., STOCKENHUBER, a.a.O., N. 115 zu Art. 101 AEUV). Dass die Beschwerdegegnerin zudem im Besitze der Daten der Verkaufsstellen ist, um beurteilen zu können, dass diese autonom entschieden und basierend auf individuellen Preisrechnungen ihre Preise festgesetzt hätten, ist wenig wahrscheinlich. Abgesehen davon bestätigen die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin selbst, dass die Verkaufsstellen ihre Preise nach der Preisempfehlung ausgerichtet hätten, wenn sie ausführt, dass es zu kompliziert oder zu aufwändig sei, eigene Preisberechnungen anzustellen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Vorinstanz zudem festgehalten hat, dass die Preise für die drei erektionsfördernden Arzneimittel über Jahre hinweg ausserordentlich hoch waren.

5.4.3. Nach dem Dargelegten ergibt sich Folgendes: Die Abstimmung zwischen Händler und Hersteller basiert auf mehreren sehr dichten und starken Indizien. Der Abstimmung wird von einer sehr grossen Anzahl von Verkaufsstellen nachgelebt. Eine Kausalität zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg konnte direkt und auch indirekt durch die beiden Beweiserleichterungen nachgewiesen werden. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller vorliegenden Elemente liegt eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vor. Weitere Elemente müssen nicht hinzugezogen werden. Zu prüfen bleibt, ob mit der abgestimmten Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.

5.5. Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Die vorliegende Abrede bezweckt und bewirkt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197, generell in Bezug auf Preisempfehlungen). Preisabreden sind objektiv geeignet, eine solche Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.8 S. 258; 129 II 18 E. 5.1 S. 24; GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 317, 318 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV m.w.H.). Dies ist vorliegend der Fall, wird der Wettbewerb doch durch die uniforme Preissetzung verunmöglicht oder erschwert (siehe auch BGE 144 II 246 E. 6.8 S. 258). Die Ausschaltung des Preiswettbewerbs ist Ziel (dazu BGE 129 II 18 E. 6.5.5 S. 32). Abgesehen davon zeigen einerseits die obigen Ausführungen, dass die Preisempfehlung von den Verkaufsstellen in bedeutendem Masse befolgt wird, und zeigt die vom Bundesver-

waltungsgericht festgestellte Sachlage andererseits, dass der Preis der Medikamente gegen erektile Dysfunktion ohne Abrede tiefer wäre. Insofern wird mit der Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung auch bewirkt (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 204; ZÄCH, a.a.O., Rz. 375; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 319 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

5.6. Einwendungen

Dass die Preisempfehlung als "unverbindlich" oder als "für das Publikum bestimmt" bezeichnet wird, ist nicht massgebend. Entscheidend ist demgegenüber das Verhalten der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Verkaufsstellen und ob dieses den Tatbestand der Legaldefinition des Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, d.h. ob im konkreten Fall eine Abstimmung und ein dementsprechendes Marktverhalten vorliegt. Bereits 1983 hat der EuGH festgehalten, dass derjenige, der Informationen zur Verfügung stellt, die mithin Anlass für aufeinander abgestimmtes Verhalten bieten können, besonders vorsichtig zu sein hat (Urteil des EuGH vom 7. Juni 1983 Rs. 100 bis 103/80 *Musique Diffusion Française u.a.*, Randnr. 75; so auch ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 202, 209). Durch die oben beschriebene besondere Verhaltensweise der Beschwerdegegnerin hat diese in Kauf genommen, dass sich durch die empfängerische Verwertung der von ihr zur Verfügung gestellten Informationen, welche bei jedem Einscannen des Produkts automatisch erschienen ist, ein abgestimmtes Verhalten ergibt. Es geht nicht um eine Preisempfehlung als solche, sondern um eine konkrete Verhaltensweise. Deshalb ist - wie der Beschwerdeführer zu Recht festhält - die vorliegende herstellerische Verhaltensweise auch nicht mit Preisempfehlungen zu vergleichen, welche in Katalogen festgeschrieben werden - wie z.B. in der Automobilbranche. Denn dort ist es nicht so, dass die Herstellerin dem Händler den Preis wiederholt und über das Kassensystem übermittelt. Nicht massgebend ist ferner der Einwand der Beschwerdegegnerin, sie hätte weder Anstalten gemacht, die Einhaltung der Preisempfehlung zu koordinieren, denn in diesem Fall würde bereits eine Vereinbarung vorliegen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.5 S. 254 ff.; siehe auch BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG), noch Druck ausgeübt, damit die Preisempfehlung eingehalten würde, denn die Indizien der Abstimmung zusammen mit dem Abstimmungserfolg sind derart aussagekräftig, dass keine weiteren Kriterien berücksichtigt werden müssen, um eine abgestimmte Verhaltensweise anzunehmen.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass Verkaufsstellen, welche sich in ihrem Verhalten ausdrücklich von der Preisabstimmung distanzieren haben, indem sie diese nicht befolgt haben, nicht an einer abgestimmten Verhaltensweise mitgewirkt haben (Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Euras et al.*, Randnr. 46 i.F. i.V.m. 49 i.F., 50 erster Lemma i.F.; siehe auch EUFINIGER, a.a.O., S. 308 und 309). Dies wäre aber bei den kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren zu den Verkaufsstellen zu berücksichtigen.

5.7. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Verhaltensweise der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen

und Ärzten eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, darstellt. Die Beschwerde ist bereits aus diesem Grund gutzuheissen. Zu prüfen ist im Folgenden, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG vorliegt, wozu sich die Vorinstanz ebenfalls geäußert hat.

IV. Unzulässigkeit der Abrede nach Art. 5 KG?

6. Erheblichkeit

6.1. Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 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 Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (vgl. BGE 143 II 297 E. 4.1 S. 311; BGE 129 II 18 E. 3 S. 23). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden; sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand (Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG) vorliegt, ist nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wichtig, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.2 S. 199; 143 II 297 E. 5.6 S. 325).

6.2. Handelt es sich um Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, so wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in Bezug auf Preise nur vermutet, wenn es sich um solche handelt über Mindest- oder Festpreise (Art. 5 Abs. 4 KG). Gelingt die Widerlegung der Vermutung, so sind deshalb auch nur diese Preise schon aufgrund ihres qualitativen Elements erheblich (BGE 143 II 297 E. 5.2 S. 315 ff.). Andere Preise, wie Höchstpreise, sind zwar nicht allein aus qualitativen Gründen erheblich (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.2 i.f. S. 316), können aber aufgrund quantitativer bzw. quantitativer und qualitativer Kriterien erheblich sein. Sie fallen aber jedenfalls nicht unter die Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG und können daher nicht zu Sanktionen nach Art. 49a KG führen.

6.3. Abreden über Festpreise erlauben weder eine Abweichung der Preise nach oben noch nach unten; ein Spielraum ist somit ausgeschlossen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., N. 393 zu Art. 5 KG; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, a.a.O., N. 402 zu Art. 5 KG). Abreden über Höchstpreise verbieten, dass ein bestimmter Preis überschritten, erlauben hingegen, dass dieser unterschritten werden darf (BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 396 zu Art. 5 KG; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 362).

6.4.

6.4.1. Die WEKO ist in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 davon ausgegangen, dass es sich bei der Abrede um eine solche über Festpreise handelt (Rz. 155

ff.). Geprüft hat sie indessen auch, ob eine solche über Höchstpreise vorliegt. Sie kam dabei zum Schluss, dass 63 % aller von Apotheken und 70 % aller von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Packungen von Cialis, Levitra und Viagra in den Jahren 2005 und 2006 zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben wurden. Insofern würden die Preisempfehlungen Festpreise und nicht Höchstpreise darstellen.

6.4.2. Die Vorinstanz geht davon aus, dass sich die Preisempfehlungen für Levitra "entsprechend der ihnen zugeschriebenen Funktion als wünschbare Preisobergrenze" als zulässige Höchstpreisempfehlung auswirke. Begründet wird dies dadurch, dass aus den Akten ersichtlich werde, dass bei den selbstdispensierenden Ärzten keiner der Befragten und bei Apotheken nur eine einzige angab, höhere Preise als die Empfohlenen zu verrechnen.

6.4.3. Die Argumentation der Vorinstanz überzeugt aus mehreren Gründen nicht: Erstens setzt sie das voraus, was eigentlich zu bestimmen wäre: Zum einen geht die Vorinstanz ohne Weiteres davon aus, dass der Preisempfehlung der Beschwerdegegnerin eine Preisobergrenze zukomme. Ob dies zutrifft, wäre an ihr zu klären gewesen (z.B. ANTIPAS, a.a.O., S. 339). Gerade das Wort wünschbar hätte allen Anlass geboten, abzuklären, ob der Wunsch auch Wirklichkeit ist. Zum anderen wäre auch zu untersuchen gewesen, ob die analysierte Preisempfehlung sich tatsächlich als Höchstpreis auswirkt. Zweitens folgt daraus, dass die befragten Verkaufsstellen angegeben haben, dass sie keine höheren Preise als die empfohlenen verrechnet hätten, keinesfalls, dass es sich um Höchstpreise handeln würde. Erst wenn feststünde, dass ein Unterschreiten der Preise möglich wäre, wäre eine Qualifikation als Höchstpreisempfehlung in Betracht zu ziehen. Drittens hat die Vorinstanz in willkürlicher Weise nur die wenigen selbstdispensierenden Ärzte (ein Dutzend der 290 Befragten) berücksichtigt, die ihr Vorverständnis bestätigt haben. Nach Auffassung des Beschwerdeführers sind demgegenüber lediglich 32 der befragten Ärzte von einem Einheitspreis ausgegangen. Der Rest hat sich diesbezüglich nicht geäußert. Insofern erschliesst sich nicht, wie die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin insoweit zustimmend einen Höchstpreis annehmen konnten. Wie sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG), hat zudem die Beschwerdegegnerin vor der WEKO nie den Begriff der Höchstpreise, sondern denjenigen der Orientierungspreise verwendet.

6.4.4. Aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergibt sich folgendes:

6.4.4.1. 75.5 % der antwortenden selbstdispensierenden Ärzte haben die Preisempfehlungen strikt befolgt. Sie haben 66.8 % (2005) bzw. 63.8 % (2006) aller von den antwortenden Ärzten verkauften Medikamentenpackungen verkauft. 6.2 % der antwortenden selbstdispensierenden Ärzte, die 8.7 % (2005) bzw. 9.9 % (2006) aller von den antwortenden Ärzten verkauften Medikamentenpackungen abgaben, befolgten die Preisempfehlungen teilweise und gewährten bei durchschnittlich 31 % ihrer Verkäufe einen Rabatt. Insofern folgten 69 % dieser Verkäufe der Preisempfehlung.

Diese 69 % der Verkäufe machen 6 % ($8.7 \% \times 69 \% / 100 = 6 \%$) aller Verkäufe für das Jahr 2005 und 6.8 % ($9.9 \% \times 69 \% / 100 = 6.8 \%$) für das Jahr 2006 aus. Eine - von der Vorinstanz bundesrechtswidrige unterlassene - Addition der Verkäufe, welche von den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten veranlasst und der Preisempfehlung gefolgt sind, ergibt 66.8 % plus 6 % gleich 72.8 % (formal: $66.8 \% + 6 \% = 72.8 \%$) für das Jahr 2005 und 63.8 % plus 6.8 % gleich 70.6 % (formal: $63.8 \% + 6.8 \% = 70.6 \%$) für das Jahr 2006. Insofern folgten 72.8 % bzw. 70.6 % aller Verkäufe der selbstdispensierenden Ärzte für Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung.

6.4.4.2. Äquivalentes ergibt sich für die Apotheken: Danach haben 52 % der antwortenden Apotheken die Preisempfehlung strikt befolgt. Sie haben 33.9 % (2005) bzw. 33.6 % (2006) aller von den antwortenden Apotheken verkauften Medikamentenpackungen verkauft. 37.5 % [recte: 37.3 %] der antwortenden Apotheken, die 48.5 % (2005) bzw. 48.9 % (2006) aller von den antwortenden Apotheken verkauften Medikamentenpackungen abgaben, befolgten die Preisempfehlungen teilweise und gewährten bei durchschnittlich 39 % ihrer Verkäufe einen Rabatt. Insofern folgten 61 % dieser Verkäufe der Preisempfehlung.

Diese 61 % der Verkäufe machen 29.6 % ($48.5 \% \times 61 \% / 100 = 29.6 \%$) aller Verkäufe für das Jahr 2005 und 29.8 % ($48.9 \% \times 61 \% / 100 = 29.8 \%$) für das Jahr 2006 aus. Eine - von der Vorinstanz bundesrechtswidrige unterlassene - Addition der Verkäufe, welche von den Apotheken veranlasst und der Preisempfehlung gefolgt sind, ergibt 33.9 % plus 29.6 % gleich 63.5 % (formal: $33.9 \% + 29.6 \% = 63.5 \%$) für das Jahr 2005 und 33.6 % plus 29.8 % gleich 63.4 % (formal: $33.6 \% + 29.8 \% = 63.4 \%$) für das Jahr 2006.

6.4.5. Insofern folgten bei den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten 72.8 % bzw. 70.6 % aller Verkäufe der Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung. Bei Apotheken folgen 63.5 % bzw. 63.4 % aller Verkäufe der Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung. Es ist daher nicht schlüssig, wenn die Vorinstanz bei einer so hohen Befolgungsrate für einzelne Medikamentenpackungen davon ausgeht, dass es sich bei der vorliegenden Preisabrede um eine Höchstpreisabrede anstatt um eine Festpreisabrede handelt (siehe auch ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197). Im Übrigen gilt auch hier, dass es nachvollziehbar und plausibel ist, dass die Verkaufsstellen alle Medikamente gegen erektile Dysfunktion gleich behandelten (vgl. ausführlich oben E. 5.3.8).

6.4.6. Die Beschwerdegegnerin macht diesbezüglich geltend, dass bei einer Preisempfehlung nur dann von einer Festpreisabrede gesprochen werden könne, wenn der Hersteller Druck ausgeübt hätte. Sie bezieht sich dabei auf Art. 4 lit. a der Verordnung [EU] Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO; ABl. L 102 vom 23. April 2010 S. 1 ff.). Dazu ist Folgendes festzuhalten: Art. 5

Abs. 4 KG kennt erstens keine entsprechende Vorschrift. Im vorliegenden Fall handelt es sich zweitens gerade nicht um eine echte Preisempfehlung, sondern um eine abgestimmte Verhaltensweise (KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 361; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, a.a.O., N. 8 zu VO 330/2010 Art. 4). Die simulierte Preisempfehlung ist nicht relevant; es gilt dementsprechend die dissimulierte abgestimmte Verhaltensweise. Drittens bezieht sich der erwähnte Artikel der Vertikal-GVO auf die Zulässigkeit einer Preisfestsetzung. Hier stellt sich vorerst nur die Frage, ob es sich um eine in Art. 5 Abs. 4 KG umschriebene Abrede handelt. Im Übrigen hat der erwähnte Artikel auch andere Konstellationen als die vorliegende im Blick (BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, a.a.O., N. 6 und 8 zu VO 330/2010 Art. 4).

6.5. Die strittige Abrede unterliegt damit Art. 5 Abs. 4 KG, weshalb eine Vermutung dafür spricht, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung kann widerlegt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllen aber Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich auch das Erheblichkeitsmerkmal nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 144 II 194 E. 4.3.1 S. 199; 143 II 297 E. 5.6 S. 325). Nicht anders verhält es sich auch hier. Insofern handelt es sich um eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. BGE 143 II 297 E. 5 S. 312 ff.; siehe auch oben E. 6.1 i.f.). Aus diesem Grund muss nicht geprüft werden, ob die Vermutung zu recht besteht oder nicht, sondern es kann direkt zur Frage geschritten werden, ob die erhebliche Beeinträchtigung unzulässig ist (siehe auch oben E. 6.2 i.i.). Eine solche ist unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG).

7. Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

7.1. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage der Rechtfertigung der erheblichen Beeinträchtigung durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz zwar nicht abschliessend beurteilt, aber sich doch zu einzelnen Aspekten geäußert. Dies schadet nicht: Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 auch die erhebliche Beeinträchtigung und die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als Eventualstandpunkt geprüft und diese verneint. Dazu hat sich die Beschwerdegegnerin im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geäußert. Der Beschwerdeführer beantragt vor Bundesgericht, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen. In ihren beiden Eingaben ans Bundesgericht hat sich die Beschwerdegegnerin zu Recht auch mit der Frage der Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz ausführlich vernehmen lassen.

Die Frage der Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG ist eine Rechtsfrage, verlangt aber auch die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (BGE 144 II 246 E. 12.4 S. 265; 129 II 18 E. 10.2 S. 44 f.). Angesichts der bisherigen Verfahrensdauer rechtfertigt es sich allerdings aus prozessökonomischen Gründen, auf eine weitere Rückweisung zu verzichten und die Frage selber zu entscheiden (BGE 144 II 246 E. 12.4 S. 265). Aus dem

Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, der Verfügung der WEKO und aus den beim Bundesgericht eingereichten Akten (Art. 105 Abs. 2 BGG) lässt sich der Sachverhalt genügend erstellen.

7.2. Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Gerechtfertigt sind solche Abreden, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. a und b KG). Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; ZÄCH, a.a.O., N. 404). Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335 mit Hinweisen). Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; 129 II 18 E. 10.3 S. 45, je mit Hinweisen). Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen, und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335). Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.: d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel) ist (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; 129 II 18 E. 10.4 S. 47, je mit Hinweisen). Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (oben Ziff. [2]) gegeben ist (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; 129 II 18 E. 10.3 i.f. S. 45).

7.3. Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 verschiedene Rechtfertigungsgründe geprüft und ist zum Schluss gekommen, dass keine der aufgeführten Gründe gegeben sei. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer damaligen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht und ebenfalls vor Bundesgericht drei Gründe hervorgehoben: Die Preisempfehlung mindere die doppelte Marginalisierung, senke die Transaktionskosten (Effizienz bei der Preisberechnung) und ermögliche ein Mindestmass an Preistransparenz.

7.4.

7.4.1. Die von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Argumente betreffen den Effizienzgrund der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 297 f. zu Art. 5 KG). Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weit zu verstehen (BGE 144 II 246 E. 13.2 S. 266); er beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern erfasst z.B. auch die Umweltverträglichkeit von Produkten (BGE 129 II 18 E. 10.3.2 S. 46; Botschaft KG I, BBl 1995 I 558 f.; BORER, a.a.O., N. 48 zu Art. 5 KG).

7.4.2. Die doppelte Marginalisierung (doppelte Gewinnmaximierung; double-marginalisation) betrifft die Sachlage, wonach sowohl der Hersteller als auch der Händler marktmächtig ist und der Konsument für die Rente sowohl des Herstellers als auch des Händlers aufkommen muss. Dieser überhöhte Preis führt zu einer Reduktion der abgesetzten Menge verglichen mit dem Szenario eines vertikal integrierten Unternehmens (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., N. 341 zu Art. 5 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, N. 304 zu Art. 5 LCart; MANI REINERT, Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, 2004 [nachfolgend: Grundlagen], S. 144; ESTERMANN, a.a.O., S. 104 ff., 400 f.; NORBERT SCHULZ, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 215 ff.).

7.4.3. Vor der WEKO haben die drei Hersteller folgende drei Argumente zur doppelten Marginalisierung aufgeworfen: (1) Die Preisempfehlung würde der Information des Patienten dienen und gleichzeitig die Verkaufsstellen in Schach halten. Zu hohe Endverkaufspreise könnten sich negativ auf das Image auswirken und deshalb zu einem Rückgang der Absatzzahlen führen. (2) Die Profitabilität sei abhängig von den Verkaufszahlen und zu hohe Endverkaufspreise könnten die Absatzzahlen negativ beeinflussen. (3) Mit den Preisempfehlungen könnte der Spielraum der marktmächtigen Grosshändler eingeschränkt werden, damit diese gegenüber den Einzelhändlern keine höheren Margen aufschlagen.

Die WEKO akzeptierte das Interesse der Hersteller, dass die Apotheker und die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte die Verkaufspreise nicht erhöhen und damit den Absatz der Produkte nicht verringern. Allerdings sei das Festsetzen von Verkaufspreisen durch die Preisempfehlung nicht notwendig. Die einzelnen Akteure würden über keine Marktmacht verfügen, weshalb es höchst unwahrscheinlich sei, dass nach Aufhebung der Preisempfehlung die Verkaufsstellen unkoordiniert über eine längere Periode erheblich höhere Medikamentenpreise durchsetzen könnten. Abgesehen davon seien die Preise bereits deutlich höher als in einer Wettbewerbssituation. Schliesslich herrsche unter den Grossisten Wettbewerb, weshalb sie es sich nicht erlauben könnten, nicht marktkonforme Margen aufzuschlagen. Die Stellung der Verkaufsstellen gegenüber den Grossisten sei zudem nicht marginal, denn es sei für deren Beurteilung nicht nur das vorliegende Medikament zu berücksichtigen, sondern alle bei den Grossisten zu beziehenden Medikamente.

Die Beschwerdegegnerin ist allerdings immer noch der Auffassung, dass die Preise ohne Preisempfehlung gestiegen wären. Dies ist für eine Wettbewerbssituation indes nicht nachvollziehbar. Denn diejenigen Verkaufsstellen, welche sich nicht an die Preisempfehlung gehalten und also eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben, haben den Preis unterhalb der Preisempfehlung festgesetzt. Im vorliegenden Fall ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich um eine vertikale Festpreisabrede handelt. Solche wären allenfalls nur während einer begrenzten Dauer nötig (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 315 zu Art. 5 KG; ZÄCH, a.a.O., N. 412; Mitteilung der Europäischen Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen [ABl. C vom 19. Mai 2010, S. 1 ff.], Rz. 108 i.V.m. 107 lit. f) und erfüllen das Tatbestands-

merkmal der Notwendigkeit in der Regel nicht (vgl. BGE 129 II 18 E. 10.4 S. 47; ZÄCH, a.a.O., N. 422). Festpreisabreden gehören neben Mindestpreisen und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zu den schädlichsten vertikalen Abreden (BGE 143 II 297 E. 5.2.4 f. S. 317 f.; so auch ESTERMANN, a.a.O., S. 387). Es bestehen noch mildere Mittel (siehe die aufgezählten möglichen milderen Massnahmen bei REINERT, Grundlagen, a.a.O., S. 144 ff.; SCHULZ, a.a.O., S. 216 f.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., N. 345 zu Art. 5 KG), weshalb - wie hier - eine Festpreisabrede zur Erreichung der genannten Ziele nicht notwendig ist (BGE 144 II 246 E. 13.5.1 S. 271; 129 II 18 E. 10.4 S. 47; ESTERMANN, a.a.O., S. 401).

7.5.

7.5.1. Daneben machte die Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz und vor Bundesgericht geltend, dass die Preisempfehlung die Transaktionskosten (dazu REINERT, Grundlagen, a.a.O., S. 130 ff.; ESTERMANN, a.a.O., S. 128 ff., 402) senke. Ohne eine solche würden diese mittels höherer Preise an die Konsumenten weitergegeben oder die Medikamente gar nicht mehr angeboten. Es sei für die Verkaufsstellen angesichts der geringen Umsätze beim fraglichen Medikament schlicht zu aufwändig, selber den "richtigen" Preis zu berechnen. Im Übrigen sei es unzutreffend, dass die Verkaufsstellen die anderen Produkte selbständig berechnen. Zusammenfassend würden die Preisempfehlungen die Produktionskosten i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG senken, indem sie eine Transaktionskostensparnis ermöglichen und einen Anstieg der Einzelhandelspreise verhindern, was letztlich dem Verbraucher zugute käme. Ohne die Preisempfehlung wären die Preise im Durchschnitt wesentlich höher.

7.5.2. Die Argumentation der Beschwerdegegnerin überzeugt nicht: So ist bereits oben darauf hingewiesen worden, dass kein Anlass besteht, dass die Preise ohne Preisempfehlung im Durchschnitt wesentlich höher wären, denn diejenigen Verkaufsstellen, welche sich nicht an die Preisempfehlung gehalten und also eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben, haben den Preis unterhalb der Preisempfehlung festgesetzt.

Verkaufsstellen sollten im Wettbewerb zu einander stehen. Die vorliegende Wettbewerbsabrede führt aber zu einer Standardisierung der Publikumspreise der strittigen Produkte. Die Abreden führen deshalb zu einer Nivellierung der Preise. Ineffiziente Verkaufsstellen werden damit geschützt. Insofern wird versucht, die Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch Ineffizienz zu rechtfertigen, was aber gerade nicht der Sinn von Art. 5 Abs. 2 KG ist, und das Resultat insgesamt ist nicht effizienter als ohne Abrede. Damit bestätigt sich die in der Literatur vielfach geäusserte Ansicht, dass harte Abreden in der Regel nicht effizient sind (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, a.a.O., N. 275 zu Art. 5).

Auch das Argument, wonach es für die Verkaufsstellen angesichts der geringen Umsätze beim fraglichen Medikament zu aufwändig sei, den richtigen Preis zu berechnen, vermag nicht zu überzeugen: Wie die WEKO zutreffend ausgeführt hat, ist dieser Aufwand dank modernen Kalkulationsprogrammen gering. Eigene aufwändige Marktforschungen sind dabei - entgegen der beschwerdegegnerischen Auffassung - nicht notwendig; entschei-

dend sind die eigenen Kosten. Abgesehen davon, haben die Verkaufsstellen selbst dann, wenn die Preisempfehlung lediglich als Orientierungshilfe dienen sollte, ihren Preis aufgrund ihrer je eigenen Kostenstrukturen festzulegen. Im Übrigen haben sie wie andere Detailhändler für die von der Preisempfehlung nicht betroffenen Produkte jedenfalls entsprechende Berechnungen anzustellen. Insofern verfügen die Verkaufsstellen über diesbezügliche Erfahrungen und Know-How und sind - entgegen der beschwerdegegnerischen Behauptung - nicht überfordert. Dafür spricht auch das Vorgehen derjenigen Verkaufsstellen, die eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben.

7.6.

7.6.1. Schliesslich nennt die Beschwerdegegnerin das Argument, wonach die Preisempfehlung ein Mindestmass an Preistransparenz ermögliche. Nach ihrer Auffassung sei es den Konsumenten erst in der Apotheke klar, wieviel das Medikament koste. Mit der Preisempfehlung könne der Arzt seinem Patienten indes schon in der ärztlichen Konsultation mitteilen, wieviel ein Medikament koste. Zudem erlaube die Preisempfehlung, dass eine Rabattgewährung einsichtiger werde. Insgesamt werde dadurch Levitra in der Kundenwahrnehmung verbessert.

7.6.2. Auch dieses Argument ist nicht stichhaltig. Erstens: Die strittige Verhaltensweise, die sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen muss, ist nicht die auch im Internet publizierte Preisempfehlung, sondern die über das elektronische System eingespeisten Informationen, welche Grundlage für die abgestimmte Verhaltensweise bildeten. Über diese verfügt der verschreibende Arzt ohnehin nicht, sondern nur die Verkaufsstellen. Dem verschreibenden Arzt steht nur die im Internet aufgeschaltete Empfehlung oder ein Katalog für ein ungefähres Wissen über den Preis zur Verfügung. Diese sind - wie gesagt - nicht Gegenstand der Effizienzprüfung. Abgesehen davon hat der Arzt die Wahl des Medikamentes primär nach medizinischen Gründen (Wirkungen und Nebenwirkungen) und nicht nach dem Preis festzulegen. Zweitens führt die von der Beschwerdegegnerin propagierte Auffassung in letzter Konsequenz zu einer Standardisierung und Nivellierung der Publikumspreise der strittigen Produkte, was aber - wie bereits oben dargelegt (E. 7.5.2) - zu Ineffizienz führt und gerade nicht Sinn von Art. 5 Abs. 2 KG ist. Drittens ist die strittige Verhaltensweise nicht notwendig, damit die Verkaufsstellen Rabatte gegenüber den Kunden transparent kundtun können.

7.7. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht durch die vorgebrachten Gründe rechtfertigen lässt.

V. Sanktion

8.

8.1. Nachfolgend ist zu prüfen, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin einer Sanktion unterliegt. Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer

und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Massnahme nach Art. 49a KG hat einen strafrechtsähnlichen Charakter; Art. 7 EMRK (nulla poena sine lege; Art. 1 StGB) ist daher grundsätzlich anwendbar (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.3 S. 338 f.; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 79 f.).

8.2.

8.2.1. Der von den Beschwerdegegnerin vor Bundesverwaltungsgericht noch vertretenen Auffassung, wonach Unternehmen nur dann zu sanktionieren seien, wenn der Wettbewerb beseitigt worden sei, hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden widersprochen (BGE 143 II 297 E. 9.4 S. 339 ff.; 144 II 194 E. 5 S. 201 f.). Mit "Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" in Art. 49a Abs. 1 KG sind diejenigen Abreden gemeint, die in den beiden Absätzen aufgeführt sind. Art. 49a Abs. 1 KG nimmt Bezug zum Abredetyp. Diese Abreden sind deshalb zu sanktionieren, weil sie aus Sicht des Gesetzes als besonders problematisch betrachtete Einschränkungen der marktbezogenen Handlungsfreiheit gelten (BGE 144 II 194 E. 5.3 S. 202; 143 II 297 E. 9.4.6 S. 342).

8.2.2. Ebenfalls trifft die Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht zu, dass das Verfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG ein Strafrechtsverfahren darstelle. Das kartellrechtliche Verfahren ist ein Verwaltungsverfahren (BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268; 144 II 194 E. 4.4.2 S. 200; 142 II 268 E. 4.2.5.2 S. 274), auch wenn die Sanktion gemäss Art. 49a KG als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK gilt (BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268; 143 II 297 E. 9.1 S. 337; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.). Insofern sind auch die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten strafprozessualen Grundsätze nicht relevant (vgl. BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268), worauf im Übrigen bereits die Vorinstanz zutreffend hingewiesen hat.

8.2.3. Art. 49a Abs. 1 KG entspricht sodann den Vorgaben von Art. 7 EMRK ("nulla poena sine lege"; dazu BGE 146 II 217 E. 8.2 S. 247 f., mit zahlreichen Hinweisen; BGE 143 II 297 E. 9.3 S. 338) : Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen sanktioniert, wenn es sich u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt hat. Art. 5 Abs. 4 1. Teil KG enthält folgende Tatbestandselemente: Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen; Abrede über Mindest- oder Festpreise. Aufgrund der bereits oben erfolgten Auslegung ist klar, was unter einer Abrede in der Form einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise zu verstehen ist. Dasselbe gilt für das Begriffspaar Mindest- und Festpreis. Die Auslegung stimmt mit der rechtswissenschaftlichen Literatur überein. Insofern ist die ausgelegte Norm genügend bestimmt, um das unerwünschte Verhalten zu bezeichnen.

8.3.

8.3.1. Nach den bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass die Beschwerdegegnerin ein Unternehmen i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG) ist, dieses an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG mitgewirkt hat und Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist. Damit ist der objektive Tatbestand

erfüllt. Fraglich ist noch, ob auch das Verschulden gegeben ist (dazu BGE 146 II 217 E. 8.5.1 S. 252 f.; 143 II 297 E. 9.6.1 S. 344, je mit weiteren Hinweisen).

8.3.2. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist ihr Kartellrechtsverstoss ihr auch subjektiv zurechenbar. Erforderlich ist dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; 143 II 344 E. 9.6.2 S. 344 f., je mit weiteren Hinweisen). Danach wird ein Unternehmen dann strafbar, wenn ihm Organisationsmängel angelastet werden können, auch ohne dass sich die Straftat einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lässt (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253). Die Sorgfaltspflichten ergeben sich dabei im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG; die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten: So haben die Unternehmen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu unterlassen (BGE 143 II 297 E.9.6.2 S. 345 mit Hinweisen). Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345), denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG und über die dazu ergangene Praxis informiert sein (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345). Im Übrigen besteht auch die Möglichkeit, sich über die aktuelle Rechtslage bei der WEKO zu informieren.

8.3.3. Indem die Beschwerdegegnerin ihre Preisempfehlung über das elektronische System wissentlich und willentlich den Verkaufsstellen zukommen liess, musste sie davon ausgehen, dass die Verkaufsstellen die Preisempfehlung durch das Einlesen des Strichcodes des Produkts anwendeten. Mit diesem Vorgehen hat sie den entscheidenden Schritt zur abgestimmten Verhaltensweise gesetzt. Dementsprechend hätte ihr bewusst sein müssen, dass dieses Verhalten kartellrechtlich problematisch ist. Auch wenn die abgestimmte Verhaltensweise ein entsprechendes Marktverhalten von anderen Unternehmen verlangt, bleibt sie für ihr gewichtiges Verhalten verantwortlich und dieses ist ihr vorwerfbar.

8.3.4.

8.3.4.1. Die Beschwerdegegnerin beruft sich zu ihrer Rechtfertigung zu Unrecht auf Art. 13 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211) in der Fassung vom 1. April 2007 (AS 1978 2081 und AS 2007 945) : Die Preisbekanntgabeverordnung stützt sich auf Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241), des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) und des nunmehr aufgehobene Bundesgesetzes vom 9. Juni 1977 über das Messwesen (aBG Messwesen; AS 1977 2394). Weder stützt sie sich auf noch konkretisiert sie das Kartellgesetz. Die PBV regelt Preisempfehlungen gestützt auf die genannten Bestimmungen unter einem anderen Gesichtspunkt als das Kartellgesetz: Dort Regelungen zugunsten der Konsumenten, hier solche zugunsten des Wettbewerbs. Im Sinne eines Hinweises behält Art. 18 Abs. 2 letzter Satz PBV denn auch die Regelungen des Kartellgesetzes vor. Insofern kommen

beide Normen selbständig zur Anwendung (BGE 141 II 66 E. 2.4.1 S. 74). Konkret heisst dies, dass für wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nur das Kartellgesetz anwendbar ist; die PBV ist demgegenüber nicht relevant. Da die PBV das Kartellgesetz nicht konkretisiert, stellt sich auch nicht die Frage, ob unmittelbar gestützt auf das Kartellgesetz von der Verordnung abweichende Anordnungen getroffen werden könnten (vgl. HANSJÖRG SEILER, Kommentar zum USG, N. 22 zu Art. 3 USG).

8.3.4.2. Die Beschwerdegegnerin behauptet implizit, dass gestützt auf die VertBek ihr Vorgehen korrekt gewesen wäre. Diese Annahme trifft nicht zu: Zunächst einmal enthielt - wie bereits die WEKO in ihrer Verfügung zu Recht festgehalten hat - für den Zeitraum vom 1. April 2004 - 31. Dezember 2007 (die VertBek 2007 trat entgegen der Verfügung vom 2. November 2009, Rz. 340, erst am 1. Januar 2008 in Kraft [BBI 2007 7597]) die VertBek 2002 keine Regelung. Insofern wäre die VertBek 2007 nur für ein Jahr anwendbar (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Allerdings ist das Bundesgericht an diese nicht gebunden, andernfalls der verfassungsrechtlich gewährleistete gerichtliche Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Im vorliegenden Fall drängt sich - wie dargelegt (oben E. 4.4.3) - nicht auf, der VertBek 2007 - sofern der Kartellrechtsverstoss überhaupt nachgewiesenermassen bis ins Jahre 2007 gedauert hätte - ausnahmsweise zu folgen.

8.3.4.3. Compliance-Programme sind zudem nicht schuldausschliessend (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345 f. mit zahlreichen Hinweisen).

8.3.4.4. Schliesslich beruft sich die Beschwerdgegnerin auf eine Verletzung von Treu und Glauben, legt aber nicht in der nach Art. 106 Abs. 2 BGG geforderten Begründungstiefe dar, inwiefern das Grundrecht nach Art. 9 BV verletzt sein sollte. Insofern ist nicht weiter darauf einzugehen.

8.4.

8.4.1. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren (BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 255; 143 II 297 E. 9.7.1 S. 346). 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. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien in drei Schritten konkret bestimmt (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG; BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 255 f.; 144 II 194 E. 6.2 S. 203; 143 II 297 E. 9.7.1 S. 346 m.H.): Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) - Anpassung an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) - Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Nach Art. 3 SVKG bildet der Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art

des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte - Umsatz auf diesen - Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses. Die ersten beiden Schritte sind tatsächlicher Art, während der dritte wertend ist (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 256; 144 II 194 E.6.2 S. 203).

8.4.2. Die Vorinstanz hat in Bezug auf die Sanktionsbemessung einige wenige Fragen aufgeworfen, diese aber nicht behandelt, da sie davon ausgegangen ist, dass die Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt sei. Die Beschwerdegegnerin rügte vor Vorinstanz verschiedene Punkte zur Sanktionsbemessung, welche auch sachverhaltliche Fragen betreffen und nur in der Verfügung der WEKO aufgeführt sind. Aus dem Entscheid der Vorinstanz lässt sich diesbezüglich nichts herauslesen. Insofern fehlt der für die Sanktionsbemessung notwendig festgestellte Sachverhalt. Ferner ist die Sanktionsbemessung eine Ermessenssache (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3 i.f. S. 262). Die Vorinstanz kann das Ermessen gestützt auf Art. 37 VGG (SR 173.32) i.V.m. 49 lit. c VwVG (SR 172.021) überprüfen, während dies dem Bundesgericht - als das für die Beurteilung von Rechtsverletzung zuständige Gericht (Art. 189 BV; Art. 95 und 97 Abs. 1 e contrario BGG) - verwehrt ist. Würde das Bundesgericht hier in der Sache entscheiden, würde der Adressat einer Sanktion - hier die Beschwerdegegnerin - zudem einer Ermessensüberprüfungsinstanz beraubt. Die Sache ist deshalb an die Vorinstanz zur beförderlichen Erledigung der Sanktionsbemessung zurückzuweisen.

9.

9.1. Da die Beschwerde gutzuheissen ist, müssen die verfahrensrechtlichen Rügen nicht behandelt werden.

9.2. Die Beschwerdegegnerin beantragt, ihr den Entscheid des Bundesgerichts vor Veröffentlichung zu unterbreiten, damit sie prüfen könne, ob keine Geschäftsgeheimnisse in den zu publizierenden Entscheid aufgenommen wurden. Das Urteil enthält keine Geschäftsgeheimnisse, weshalb offen bleiben kann, ob ihr Antrag überhaupt zulässig ist.

III. Kosten

10.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde begründet und gutzuheissen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-844/2015 vom 19. Dezember 2017 ist deshalb aufzuheben und die Sache zum Entscheid über die Sanktionsbemessung im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen. Dementsprechend trägt die Beschwerdegegnerin die bundesgerichtlichen Gerichtskosten (Art. 65, 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-844/2015 vom 19. De-

zember 2017 aufgehoben. Die Sache wird zum Entscheid über die Sanktionsbemessung im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 15'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement des Innern schriftlich mitgeteilt.

B 4	4. Urteil vom 7. Oktober 2021 in Sachen WBF gegen Eli Lilly (Suisse) SA – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-843/2015)
-----	--

Urteil 2C_145/2018 des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2021, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, in Sachen Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, in Bern, Beschwerdeführer, gegen Eli Lilly (Suisse) SA, Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...], Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-843/2015).

Sachverhalt:

A.

Die Pharmaunternehmen Eli Lilly (Suisse) SA (im Folgenden: Eli Lilly), Bayer (Schweiz) AG (im Folgenden: Bayer) und Pfizer AG (im Folgenden: Pfizer) vertreiben unter anderem ihre vom Mutterkonzern hergestellten Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Cialis (Eli Lilly), Levitra (Bayer) und Viagra (Pfizer). Die genannten Arzneimittel sind verschreibungspflichtig, aber nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste-Medikamente).

B.

Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) eine Vorabklärung, da Eli Lilly, Bayer und Pfizer zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Preisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen. Am 26. Juni 2006 eröffnete das Sekretariat sodann gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eine Untersuchung gegen "die Pfizer AG, die Eli Lilly SA, die Bayer AG, die Grossistinnen Galexis AG, Voigt AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Amedis-UE AG, die Apothekerinnen und Apotheker, die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte und die e-mediat AG" (vgl. BBI 2006 9123). Am 2. November 2009 verfügte die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Sanktion (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/4 S. 649 ff., 700 f.) mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser

Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.

4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet: [...].

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.- Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. [Rechtsmittelbelehrung].

9. [Eröffnung].

10. [Eröffnung durch amtliche Publikation]."

C.

Die Sanktionsverfügung focht Eli Lilly am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Dieses hiess am 3. Dezember 2013 die Beschwerde gut und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf. Begründet wurde die Gutheissung damit, dass vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG existieren würden, weshalb das KG nicht zur Anwendung käme. Die dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht am 28. Januar 2015 gut, hob den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (Urteil 2C_79/2014 vom 28. Januar 2015). Das Bundesgericht hielt fest, dass Art. 3 Abs. 1 KG im zu beurteilenden Fall nicht anwendbar sei. Es bestehe Wettbewerb.

D.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess am 19. Dezember 2017 erneut die Beschwerde gut und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf.

E.

Am 12. Februar 2018 hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und u.a. beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017 (B-843/2015) aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen, eventuell das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur Festsetzung der Sanktion nach Art. 49a KG an dieses zurückzuweisen, subeven-

tuell das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Begründet wird die Beschwerde im Wesentlichen damit, dass das Bundesverwaltungsgericht Bundesrecht (KG) verletzt habe.

F.

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, worauf der Beschwerdeführer repliziert und darauf die Beschwerdegegnerin wiederum dupliziert. Die Vorinstanz und die WEKO verzichten sowohl auf eine Vernehmlassung als auch auf einen Antrag.

Erwägungen:

I. Eintreten

1.

1.1. Öffentlich-rechtliche Endentscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und hiernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht dem WBF, dem Beschwerdeführer, gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG das Beschwerderecht zu (Urteil 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 144 II 246).

1.2. Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

II. Inhalt

2.

Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten eine unzulässige und zu sanktionierende Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG darstellt. Während der Beschwerdeführer davon ausgeht, dass die Preisempfehlung eine solche Abrede darstellt, vertritt die Vorinstanz und ihr folgend die Beschwerdegegnerin die Auffassung, dass die Preisempfehlung eine einseitige Massnahme sei und deshalb gar keine Abrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen würde. Aus diesem Grund ist zunächst zu prüfen, ob eine solche Abrede vorliegt (nachfolgend E. 3 - 5). Wenn diese Frage in diesem Sinn beantwortet werden kann, ist zu prüfen, inwiefern eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegt (E. 6 - 7), und bei deren Bejahung, ob eine Sanktion auszusprechen ist (E. 8).

Das Bundesgericht hat im Parallellfall (2C_149/2018) die hier strittigen Fragen ausführlich behandelt (BGE 147 II 72 E. 2 - 8.5.2). Damit keine unterschiedlichen Interpre-

tationen aufkommen können und der besseren Einbettung der unterschiedlichen bzw. der vom Parallellfall abweichenden Begründungen wegen, sollen hier die Ausführungen im Wesentlichen wiederholt werden. Abweichungen finden sich v.a. bei der Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (E. 7) und bei der Sanktion (E. 8.2 und 8.3).

III. Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

3. Rechtliches

3.1. Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (*pratiques concertées*; *pratique concordate*) von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Vier Elemente zeichnen diese Legaldefinition aus: (1) Verhaltenskoordination als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst, (2) Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, (3) Wettbewerbsbeschränkung sowie (4) Bezwecken oder Bewirken. In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, konsolidierte Fassung ABI. C 202 vom 7. Juni 2016 S. 1 ff.) überein (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence* [nachfolgend: *Commentaire romand*], Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 7 zu Art. 4 Abs. 1 LCart). Insofern kann die Rechtsprechung und die Literatur dazu auch für die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG berücksichtigt werden (so bereits indirekt BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27). Keiner Marktabgrenzung bedarf es sodann für die Prüfung, ob die Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt ist.

3.2. Abreden sind sowohl Vereinbarungen als auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Sie sind die Mittel der Verhaltenskoordination (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; PETER BEHRENS, *Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht*, 2017, Rz. 853). Eine Verhaltensweise fällt dann unter Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG, wenn es sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen handelt (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1 [nachfolgend: Botschaft KG I]; BGE 144 II 246 E. 6.4.1 S. 252; 129 II 18 E. 6.3 S. 27; z.B. THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz* [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 79 f. zu Art. 4 Abs. 1 KG). Abreden laufen dem Selbständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen (vgl. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 10 N. 1). Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., 2005 Rz. 367; Urteil des

EuGH vom 14. Juli 1972 Rs. 52/69 J.R. Geigy AG, Randnr. 26).

3.3. Eine Vereinbarung verlangt einen gemeinsamen Willen. Sie setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR zwischen mindestens zwei Parteien voraus; die Willensäußerung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (BGE 144 II 246 E. 6.4.1 S. 252). Die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligatorienrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff der Vereinbarung erfasst sind (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle) - wie Art. 4 Abs. 1 i.i. KG klar festhält. Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden. Der Bindungswille grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen ab, welche keine Abrede bilden (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar [nachfolgend: DIKE-KG], Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], 2018, N. 38 zu Art. 4 Abs. 1 KG).

3.4. Abgestimmte Verhaltensweise

3.4.1. Mit der Aufnahme der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in den Begriff der Abrede, macht der Gesetzgeber deutlich, dass es nicht erforderlich ist, dass sich die beteiligten Unternehmen ausdrücklich ins Einvernehmen über ihr Marktverhalten gesetzt haben (vgl. JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Kartellgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N. 12 zu Art. 4 KG). Insofern handelt es sich bei den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen weniger um einen Anfangtatbestand, als vielmehr neben der Vereinbarung um eine eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise. Denn mit dem Begriff der Abrede sollen lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfasst werden, welche die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 545; siehe auch BEHRENS, a.a.O., Rz. 852; z.B. Urteil des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Randnr. 26). Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, sondern nur in ihrer Intensität oder Ausdrucksform (vgl. z.B. Urteile des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Randnr. 23; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Partecipazioni SpA, Randnr. 131; vom 14. Juli 1972 Rs. 48/69 ICI, Randnr. 64/67; DANIEL ZIMMER, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. I EU, 6. Aufl., 2019, N. 86 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; STOCKENHUBER, in: Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Grabitz/Hilf/Nettesheim [Hrsg.], 2018, 64. Ergänzungslieferung, Mai 2018, N. 106 zu Art. 101 AEUV). Die abgestimmte Verhaltensweise bleibt immer im "Vorfeld" einer Vereinbarung. Es handelt sich nicht um eine rechtlich fixierte, sondern lediglich um eine tatsächliche Zusammenarbeit der Unternehmen mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden, zu verringern (vgl. MICHAEL KLING/STEFAN THOMAS, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rz. 70; siehe auch STOCKENHUBER, a.a.O., N. 106 zu Art. 101 AEUV). Der Begriff der aufei-

einander abgestimmten Verhaltensweise besteht aus zwei getrennt zu erörternden Elementen: Die Abstimmung einerseits (E. 3.4.2) und das darauf gestützte Verhalten andererseits (E. 3.4.3). Insofern ist auch klar, dass zwischen der Abstimmung und dem Verhalten ein Kausalzusammenhang (E. 3.4.4) notwendig ist (dazu insgesamt BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 53 zu Art. 4 Abs. 1 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 35 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; PHILIPP ESTERMANN, Die unverbindliche Preisempfehlung, 2016, S. 161 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 43; BEHRENS, a.a.O., Rz. 865 ff., Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Partecipazioni SpA, Randnr. 118).

3.4.2.

3.4.2.1. Die Abstimmung (erstes Element) ist keine Willensübereinstimmung (vgl. z.B. Urteil des EuGH vom 14. Juli 1972 Rs. 48/69 ICI, Randnr. 64/67; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 55 ff., 68; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 33, 35, 36; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 70; entgegen MANI REINERT, Vertikale Preisempfehlungen im Schweizer Kartellrecht, in: Amstutz/Hochreutener/Stoffel [Hrsg.], Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011 [nachfolgend Preisempfehlung], S. 21 ff., z.B. S. 27, der Vereinbarungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV unzulässigerweise mit Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gleichsetzt und deshalb nur Beispiele aus dem EU Raum bringt, die keine abgestimmten Verhaltensweisen betreffen [so auch ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Vertikale Preisempfehlungen im schweizerischen Kartellrecht, recht 2009, S. 194 ff., 205 ff. zu diesen auch von anderen Autoren vorgebrachten Beispielen]; dazu besonders klar zur Abgrenzung BEHRENS, a.a.O., Rz. 858). Die Abgrenzung zur Vereinbarung ist wenig bedeutsam, da beide Verhaltensweisen unter den Begriff der Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG fallen. Von entscheidender Bedeutung für die Feststellung einer von Art. 4 Abs. 1 KG erfassten Verhaltenskoordination ist aber die Abgrenzung einer legitimen Anpassung an das Verhalten anderer Marktteilnehmer (Parallelverhalten: BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27) von einer illegitimen Abstimmung unter den Marktteilnehmern bezüglich ihres zukünftigen Verhaltens (= abgestimmtes Verhalten). Ein blosses Parallelverhalten liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; ZÄCH, a.a.O., N. 370).

3.4.2.2. In beiden obgenannten Konstellationen (abgestimmte Verhaltensweise und Parallelverhalten) beruht das unternehmerische Verhalten auf Informationen über das Verhalten anderer Unternehmen (vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27 mit Hinweisen; BEHRENS, a.a.O., Rz. 866 f.; ZIMMER, a.a.O., N. 87 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; ALEXANDER EUFINGER, Die Begehung eines Wettbewerbsdelikts durch Empfang eines Rundschreibens, GWR 2016, S. 307 ff., 307 f.). Der Unterschied besteht darin, dass bewusstes Parallelverhalten unter normalen Marktbedingungen auf Informationen beruht, die durch blosser Beobachtung des Verhaltens der Marktteilnehmer gewonnen werden können (vgl. z.B. GRAVE/NYBERG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/ Meyer-Lindemann [Hrsg.], Kartellrecht. Kommentar, 4. Aufl.

2020, N. 312 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV) und deren Kenntnis normalerweise Voraussetzung dafür ist, dass den Unternehmen wettbewerbliches, d.h. an den Marktverhältnissen orientiertes Verhalten überhaupt möglich ist. Unternehmen, die sich zu ihren Wettbewerbern parallel verhalten, agieren selbständig, passen ihr Verhalten indes zulässigerweise "mit wachem Sinn" an das festgestellte oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber an. Dagegen beruht eine Verhaltensabstimmung auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind (GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 312 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). Dabei ist das Medium des Informationsaustausches unerheblich (vgl. Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 44). Beim Informationsaustausch handelt es sich um Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen bzw. Rückschlüsse darauf zulassen, wie Preise, Umsätze, Produktentwicklung etc. Ihre Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten (BEHRENS, a.a.O., Rz. 866; ZIMMER, a.a.O., N. 87 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 77).

3.4.2.3. Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise stellt - wie bereits ausgeführt - nicht auf einen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen ab (vgl. z.B. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 70). Trotzdem ist eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 39) notwendig - wie im Übrigen gerade das Wort "aufeinander" nahelegt. In Betracht kommt nicht nur ein bi- oder multilateraler Informationsaustausch, sondern auch einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen (vgl. Urteil des EuGH vom 19. März 2015 C-286/13 P Dole Food und Dole Fresh Food Europe, Randnr. 120; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 39). Ein gemeinsamer Plan ist nicht notwendig (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 38), auch wenn der aufeinander bezogene Abstimmung durchaus eine gewissen Planmässigkeit jedes einzelnen Unternehmens inhärent ist (BGE 129 II 18 E. 6.3 i.f. S. 27 mit Hinweisen auf die Literatur; siehe auch ESTERMANN, a.a.O., S. 163 f.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 34 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 57 zu Art. 4 Abs. 1 KG; STOFFEL, a.a.O., S. 69).

3.4.3. Das zweite Element der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen bildet die Umsetzung der Abstimmung, m.a.W. der Abstimmungserfolg (KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 72). Dieser ist Voraussetzung für das Vorliegen des Tatbestandes, was im Übrigen mangels einer der Verhaltensweise vorausgehenden Verpflichtung naheliegend erscheint. Der Abstimmungserfolg muss sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 43 ff.; EILMANSBERGER/KRUIS, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV,

Beck'sche Kurzkommentar, 3. Aufl. 2018, N. 12 zu Art. 101 AEUV). Dieses muss daher von der aufeinander bezogenen Abstimmung beeinflusst sein. Neben dem beobachtbaren Verhalten auf dem Markt können auch innerbetriebliche Massnahmen die Umsetzung belegen (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 58 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Das Marktverhalten ist der Erfolg der Abstimmung. Er sagt daher noch nichts über eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG aus (Urteile des EuGH vom 8. Juli 1999 C-199/92 Hüls Randnr. 165; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Partecipazioni SpA, Randnr. 124; EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 21 zu Art. 101 AEUV), auch wenn jenes in gewissen Fällen schwierig von dieser abzugrenzen ist (vgl. den Hinweis aus der Literatur bei THOMAS LÜBBIG, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, FN 136 zu § 8). Erst wenn aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen, ist separat zu prüfen, ob dieses Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Es geht auch noch nicht um die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs oder um die nicht gerechtfertigte erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (vgl. z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 143; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 209 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

3.4.4. Zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten der Unternehmen bedarf es schliesslich noch eines Kausalzusammenhangs (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 35 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 103 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Unbeachtlich ist, ob allenfalls weitere Ursachen bestehen; entscheidend ist lediglich, dass eine Kausalbeziehung zwischen der Abstimmung und dem Abstimmungserfolg vorliegt. Für den Nachweis einer Kausalitätsbeziehung gelten zwei Beweiserleichterungen (dazu z.B. auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 207 f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; LÜBBIG, a.a.O., N. 13 f. zu § 8) :

Bei nachgewiesener Abstimmung gilt die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmässig stattfindet. Die Vermutung ist widerlegbar (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 60 zu Art. 4 Abs. 1 KG; BEHRENS, a.a.O., Rz. 873; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 44; Urteile des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Randnr. 51 und 61; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Partecipazioni SpA, Randnr. 121).

Im gleichsam umgekehrten Fall, wenn also ein Gleichverhalten vorliegt, kann dieses eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; Urteil des EuGH vom 31. März 1993 C-89/85 u.a., Ahlström Osakeyhtiö u.a. ("Zellstoff"), Randnr. 71, 126; ZIMMER, a.a.O., N. 101 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV); allerdings sind in aller Regel weitere Indizien notwendig, damit von einem solchen Verhalten ausgegangen werden kann (BEHRENS, a.a.O., Rz. 874).

Abgesehen davon gilt - wie im Wettbewerbsrecht allgemein (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 S. 91) - auch bei Abreden, dass die Anforderungen an die Beweise nicht zu hoch sein dürfen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.4 S. 254).

3.4.5. Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise verlangt zunächst eine unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (= Abstimmung [= zweiseitig]) und ein entsprechendes Marktverhalten. Die Fühlungnahme allein genügt also nicht, dazu kommen muss ein korrespondierendes Marktverhalten der Unternehmen. Während bei der Vereinbarung für die Qualifikation als Abrede ein bestimmtes, konkretes Verhalten Inhalt der erklärten Willensübereinstimmung der Parteien ist und deren Umsetzung nicht vorausgesetzt ist, bedarf es bei der Verhaltensabstimmung einer Konkretisierung der Verständigung. Die Konkretisierung liegt nicht schon in der Abstimmung, sondern in dem anschließenden Marktverhalten der Parteien (= Abstimmungserfolg; vgl. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 72).

3.5. Eine Abrede wird dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat. Eine solche liegt dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden (vgl. BGE 129 II 18 E. 5.1 S. 24). Eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede stellt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung dar (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253; 129 II 18 E. 5.1 S. 24; vgl. etwa auch ESTERMANN, a.a.O., S. 196 f.; DIMITRI ANTIPAS, *Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence*, 2014, S. 267 f.; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 318 i.f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

Die Frage, ob eine Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, ist losgelöst von der Frage der Zulässigkeit einer Abrede nach Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG zu prüfen. Was das Bundesgericht bereits für den Geltungsbereich (Art. 2 KG) und - ebenfalls den vorliegenden Rechtsfall betreffend - für das Verhältnis des KG zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 KG) festgehalten hat (vgl. BGE 143 II 297 E. 3.3 S. 307 bzw. BGE 141 II 66 E. 2.4.2 und 4.2.2 S. 75 und S. 81), gilt umso mehr für die Legaldefinitionen (BGE 144 II 246 E. 6.8 i.f. S. 258; ESTERMANN, a.a.O., S. 143, 145; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 51 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197, 208). Es macht auch keinen Unterschied, ob es sich um eine abgestimmte Verhaltensweise oder um eine Vereinbarung handelt. Das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG ist wettbewerbsrechtlich noch neutral. Nach Art. 4 Abs. 1 KG ist der Wettbewerb dann beschränkt, wenn sich bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Situation ohne Abrede eine Differenz bzw. ein Minus ergibt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 119 zu Art. 4 Abs. 1 KG; TOBIAS LETTL, *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2017 [nachfolgend: *Kartellrecht*], § 2 Rz. 64). Ob die Wettbewerbsbeschränkung schädlich, zulässig bzw. unzulässig ist, ist Gegenstand von Art. 5 KG (z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 204).

3.6. Nach Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder (alternativ) bewirkt sein (z.B.

STOFFEL, a.a.O., S. 61). Angesichts der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken (BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253 f.). Insofern gefährdet eine Abrede, welche zwar noch ohne Auswirkungen auf den Wettbewerb geblieben ist, ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs (vgl. CHRISTIAN KÖNIG/KRISTINA SCHREIBER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2010, S. 87).

Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben (NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 69 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs, oder m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne (STOCKENHUBER, a.a.O., N. 141 zu Art. 101 AEUV). Dabei muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Eine subjektive Absicht ist nicht notwendig (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 71 zu Art. 4 Abs. 1 KG; BORER, a.a.O., N. 4 zu Art. 4; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 138 zu Art. 4 Abs. 1 KG), unerheblich ist auch, von welcher Abredeteiligen die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging (vgl. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 142 zu Art. 101 AEUV). Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig (BORER, a.a.O., N. 4 zu Art. 4; siehe auch Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999 C-199/92 Hüls Randnr. 163).

Fehlt ein Bezwecken, so kann ein Verhalten allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Dabei kommt es auch hier auf die subjektive Absicht nicht an (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 74 f. zu Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Abrede zeitigt dann eine Wirkung auf dem Markt, wenn es aufgrund ihrer Anwendung zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter führt (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 61; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 142 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Dies ist dann der Fall, wenn der Wettbewerb künstlich verändert worden ist, d.h. der Markt sich unter Berücksichtigung der getroffenen Verhaltenskoordination anders entwickelt hat, als er es ohne sie würde (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 61; KÖNIG/SCHREIBER, a.a.O., S. 87 f.; STOCKENHUBER, a.a.O., N. 145 zu Art. 101 AEUV). Erfasst werden dabei nicht nur aktuelle und vergangene Auswirkungen (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 84 zu Art. 4 Abs. 1 LCart), sondern es genügt bereits, wenn eine Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 75 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Entscheidend ist allerdings, dass die Verhaltenskoordination kausal für die aktuellen bzw. potentiellen Auswirkung ist. So ist eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede geeignet, eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bewirken (BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253 f.; 129 II 18 E. 5.1 S. 24).

4. Preisempfehlung

4.1. Strittig ist, ob die von der Beschwerdegegnerin als unverbindlich erklärte vertikale Preisempfehlung für Cia-

lis und das Verhalten der Händler eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bilden. Die Vorinstanz ist in ihrem Entscheid zum Schluss gekommen, dass keine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliege, weshalb das Kartellgesetz keine Anwendung finde. Die WEKO und der Beschwerdeführer sind demgegenüber der Auffassung, dass eine Abrede im Sinne einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise gegeben sei.

4.2. Der Begriff der Empfehlung ist nicht gesetzlich definiert. Nach der Lehre wird unter einer Empfehlung eine einseitige, rechtlich unverbindliche Erklärung verstanden, die an einen Empfehlungsempfänger gerichtet ist und die auf eine Verhaltensbeeinflussung abzielt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 60, 169 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 8 ff. [Definition S. 13 f.]; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 118 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ANTIPAS, a.a.O., S. 95 ff. [Definition S. 96]). In der Praxis sind die Preisempfehlungen die wichtigsten; diese haben den Preis oder dessen Komponenten zum Gegenstand. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine vertikale Preisempfehlung: Empfehlender und Empfehlungsempfänger sind auf verschiedenen Stufen derselben Vertriebskette. Die Empfehlung wird vom Hersteller (Unternehmen auf einer vorgelagerten Marktstufe; upstream) erlassen und zielt auf die Beeinflussung der Preisfestsetzung auf der Händlerebene (downstream).

4.3. Kartellrechtlich ist die Benennung als Empfehlung bzw. Preisempfehlung nicht entscheidend (entgegen REINERT, Preisempfehlung, a.a.O., S. 42), sondern die Frage, ob der Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG durch die als Empfehlung bezeichnete Verhaltensweise erfüllt wird (so schon Botschaft KG I, BBl 1995 I 545). Liegt ein Bindungswille bezüglich des Preises - bzw. allgemein gesprochen bezüglich des Empfehlungsgegenstands - vor, so bildet die Preisempfehlung eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung (siehe z.B. ANTIPAS, a.a.O., S. 204 f.; ESTERMANN, a.a.O., S. 168, 170 f.; zu einem Beispiel: BGE 144 II 246 E. 6.5 S. 256; vielfach, wenn die Preisempfehlung durch Händler angestrebt oder initiiert wird [BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 182 zu Art. 4 Abs. 1 KG]). Liegt kein solcher Bindungswille vor, so kann die strittige Verhaltensweise die Tatbestandsvariante der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen (z.B. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 165). Erfüllt die strittige Verhaltensweise auch diese Tatbestandsvariante nicht, so handelt es sich um eine Verhaltensweise, die nicht von der Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird (vgl. z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 168; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 2.237; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, EU-Kartellrecht, Kommentar, 3. Aufl., 2014, N. 91 zu Art. 101 AEUV; ZIMMER, a.a.O., N. 256 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

4.4.

4.4.1. Im vorliegenden Fall ist unbestritten und rechtlich nicht zu beanstanden, dass die strittige Preisempfehlung keine Vereinbarung darstellt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es sich um eine abgestimmte Verhaltensweise handelt - wie von der WEKO festgestellt und vom Beschwerdeführer vor Bundesgericht gerügt.

4.4.2. Zum Verhältnis von vertikaler Preisempfehlung und abgestimmter Verhaltensweise gibt es in der Lehre

zwei Lager (zum Ganzen BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 185 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 171 ff.; ANTIPAS, a.a.O., S. 200 ff. :

Ein Teil der Lehre will vertikale und horizontale Preisempfehlung gleich behandeln. Danach genügt es, auf das Kriterium des Befolungsgrades abzustellen, so dass bei einer weitgehenden Befolgung von einem abgestimmten Verhalten auszugehen sei (vgl. ROLF H. WEBER/PRISKA ZEIER, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, in: ZWER 2005, S. 178 ff., 184; ANTIPAS, a.a.O., S. 211, 218 f., siehe auch S. 228; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 196 f.; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 120 zu Art. 4 Abs. 1 KG; zu weiteren Autoren ESTERMANN, a.a.O., S. 172). Über die Frage, welcher Grad der Befolgung notwendig sei, damit von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden könne, herrscht insoweit Einigkeit, als die Befolgung der vertikalen Preisempfehlung überwiegend oder weitgehend zu erfolgen habe.

Die andere Lehrmeinung verlangt demgegenüber, dass neben dem Befolungsgrad weitere Elemente gegeben sein müssen (Befolungsgrad plus), damit ein Verhalten als abgestimmte Verhaltensweise akzeptiert werden könne (vgl. z.B. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 54 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG [nachfolgend: kritische Analyse], in: Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen [nachfolgend: Kartellgesetzrevision], Stoffel/Zäch [Hrsg.], 2004, S. 69 ff., 88 f.; BORER, a.a.O., N. 41 zu Art. 5 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.125; weitere Hinweise bei ESTERMANN, a.a.O., S. 173).

4.4.3. Auch die von der WEKO verfassten Bekanntmachungen über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden äussern sich zu Preisabreden - allerdings erst ab dem Jahre 2007 (VertBek 2007 [BBl 2007 7597]). Diejenige aus dem Jahre 2002 kennt noch keine Regelung (VertBek 2002 [BBl 2002 3895]). Die nachfolgenden VertBek haben zudem immer wieder Anpassungen erfahren (vgl. VertBek 2010 [BBl 2010 5078]; VertBek 2017 [BBl 2017 4543]). Die zu den Preisempfehlungen aufgestellten Regelungen in den VertBek werden als Aufgreifkriterien verstanden (zu 2007: ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 201; zu 2010: ESTERMANN, a.a.O., S. 147; zu 2010 und 2017: BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 186 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Damit ist gemeint, dass die Wettbewerbsbehörden bei Vorliegen eines oder mehrerer dieser Umstände eine Untersuchung, mindestens aber eine Vorabklärung einzuleiten hat. Die Vertikalbekanntmachungen bilden die Praxis der Wettbewerbsbehörden ab (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320), stellen also lediglich deren Stand des Wissens und die darauf basierende Kartellrechtspraxis dar. Insofern entwickeln sie sich ständig. Als Verwaltungsverordnung sind sie für das Bundesgericht nicht bindend (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Zwar nimmt das Bundesgericht unter besonderen Voraussetzungen darauf Bezug (vgl. BGE 142 V 425 E. 7.2 S. 434, II 182 E. 2.3.3 S. 191). Dies trifft im vorliegenden Fall aber nicht zu: Erstens äussern sich die Vertikalbekanntmachungen nicht zu Art. 4 Abs. 1 KG; zweitens handelt es sich nur um Aufgreifkriterien, welche Anlass geben etwas näher zu prüfen; drittens wurden die Aufgreifkriterien im Laufe der letzten Jahre immer

wieder geändert, weshalb es davon abhängt, in welchem Zeitpunkt das Verhalten erfolgt und somit zufällig ist, welche Kriterien angewendet werden; viertens äussert sich die VertBek 2002, welche je nach der Dauer des strittigen Wettbewerbsverstosses (sanktioniert ist der Sachverhalt vom 1. April 2004 - 31. Dezember 2008) nur zu berücksichtigen wäre (dazu BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320), gar nicht zu Preisempfehlungen. Eine Abstützung auf die VertBek würde deshalb den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Kartellverwaltungsrechts unterlaufen (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320); insofern stützt sich das Bundesgericht nicht darauf ab.

4.5.

4.5.1. Die von der Lehre aufgestellten Kriterien, wonach entweder der Befolgungsgrad genügt oder daneben zusätzliche Kriterien zu berücksichtigen sind, sind nicht entscheidend. Abgesehen davon kennt das Gesetz keinen Katalog von Kriterien. Es ist nicht "von der Preisempfehlung her zu denken", sondern "von der abgestimmten Verhaltensweise her", auch wenn im Rahmen der Auslegung der Blick zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt hin- und herwandern muss und deshalb auch die Eigenheiten des Lebenssachverhalts zu berücksichtigen sind (vgl. dazu KARL ENGLISH, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 14 f.; dazu jetzt HANS-JOACHIM STRAUCH, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2017, S. 563 ff.; kritisch JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 79). Das Hin und Her findet sein Ende mit der Bejahung oder Verneinung der Anwendbarkeit der in Betracht gezogenen gesetzlichen Bestimmung (vgl. KARL ENGLISH, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 98 FN 4 i.f.), d.h. vorliegend des Art. 4 Abs. 1 KG und nicht des Begriffs der Preisempfehlung. Entscheidend ist, dass die Indizien für eine Abstimmung und einen Abstimmungserfolg so zusammenspielen, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt so darstellt, dass er als abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG verstanden werden kann. Es ist deshalb nicht so, dass das Befolgen allein für die Annahme einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise nicht genügen würde oder dass neben dem Befolgen zwingend eine Druckausübung oder weitere Elemente notwendig sind. Es ist aber umgekehrt auch nicht so, dass in jedem Fall das Befolgen alleine ausreichend ist. Insofern ist eine wertende Gesamtbetrachtung notwendig (vgl. Urteile des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 36; vom 7. Januar 2004 C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P Aalborg Portland A/S, Randnr. 57; STEFFEN NOLTE, in: Kartellrecht Kommentar, Langen/Bunte [Hrsg.], Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, N. 442 zu Nach Art. 101 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 68 i.f.). Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss also ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Die konkret zu beurteilende Preisempfehlung muss sich also als eine Verhaltensweise darstellen, die entweder die Voraussetzungen der Legaldefinition erfüllt oder nicht.

Zu beachten ist, dass an die tatsächliche Einhaltung der empfohlenen Preise keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, da es sich nicht rechtfertigen lässt, für die Beurteilung von Empfehlungen andere Massstäbe an den Nachweis anzulegen als allgemein für die Beurteilung abgestimmter (vertikaler) Verhaltensweisen (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 196; BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4 KG; als Beispiele solcher Beurteilungen siehe die Urteile des EuGH vom 21. Februar 1984 Rs. 86/82 Hasselblad, Randnr. 29; vom 7. Juni 1983 Rs. 100 bis 103/80 Musique Diffusion Française u.a., Randnr. 37 - 80).

4.5.2. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass nicht nur die Seite des Abstimmungserfolgs für weitere Kriterien zugänglich ist, sondern auch die Seite der Abstimmung. Dabei ist allerdings im Auge zu behalten, dass man nicht Gefahr läuft, bei der abgestimmten Verhaltensweise Kriterien beizuziehen, die bereits auf eine Vereinbarung hinauslaufen (so auch ZIMMER, a.a.O., N. 86 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., S. 73), was den selbständigen Charakter der aufeinander abgestimmten Verhalten unterlaufen würde. So wird etwa argumentiert, es bedürfe für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise eines Zwangs und dieser müsse derart sein, dass es zu einer Willensübereinstimmung zwischen Händler und Hersteller komme (siehe dazu die Hinweise bei BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG; bei ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., durchgehend). In einem solchen Fall wird aber bereits die Schwelle zur Vereinbarung überschritten (so auch BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG).

5. Subsumtion der strittigen Verhaltensweise unter Art. 4 Abs. 1 KG

5.1. Vorbemerkung

5.1.1. Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass es sich nicht um eine horizontale Abrede handelt und keine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Unbestritten ist auch die Marktabgrenzung. Strittig ist, ob das Verhalten zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine unzulässige vertikale Abrede darstellt.

5.1.2. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die konkret wettbewerbsbeeinflussenden Gesichtspunkte nach Art. 5 KG bereits bei der Ermittlung der in Art. 4 Abs. 1 KG begrifflich vorausgesetzten Wettbewerbsbeschränkung miterörtert werden müssten. Aufgrund dessen kommt sie zum Schluss, dass der von der WEKO ermittelte und in der Verfügung festgehaltene Befolgungsgrad in wettbewerbsökonomischer Hinsicht kaum aussagekräftig sei und ohne das Vorliegen weiterer Indizien nicht ausreichen würde, um eine Abrede im Sinne von Art. 4 (i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG) anzunehmen. Eine Rückweisung erübrige sich, da aufgrund der Akten davon auszugehen sei, "dass sich die Publikumspreisempfehlung für Cialis - entsprechend der ihnen zugeschriebenen Funktion als wünschbare Preisobergrenze - als wettbewerbsneutrale und damit zulässige Höchstpreisempfehlung auswirk[e], indem sie zu hohe Preise wirksam verhinder[e]".

5.1.3. Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, ob eine Abrede i.S. einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG gegeben ist (Abstimmung,

Marktverhalten, Kausalität, Wettbewerbsbeschränkung). Wenn dies bejaht werden kann, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob es sich um eine unzulässige Abrede nach Art. 5 KG handelt (siehe unten E. 6 und 7). Die beiden Schritte sind zu trennen (siehe oben E. 3.5). Auch wenn Preisempfehlungen ihrem Wortlaut nach unverbindlich sind, bezwecken sie doch, den Willen des Empfängers in bestimmter Weise zu beeinflussen (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 195 m.H.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 375; TOBIAS LETTL, Kartellverbot nach Art. 101 AEUV, §§ 1, 2 GWB und vertikale Preisempfehlung/Preisbindung, WRP 2011, S. 710 ff., 726; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Rz. 169, 176, 181 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 11 f.). Es ist deshalb im Einzelfall genau zu prüfen, ob es sich bei der Preisempfehlung nicht um eine "verschleierte Preisvorgabe" handelt (vgl. z.B. DANIELA SEELIGER, in: Wiedemann [Hrsg.], a.a.O., § 11 N. 163).

5.2. Abstimmung

5.2.1. In Bezug auf die Abstimmung steht sachverhaltlich Folgendes fest: Die Beschwerdegegnerin hat eine Preisempfehlung für Cialis abgegeben, welche u.a. über die von e-mediat betriebene GalDat-Datenbank in aufbereiteter Form an die Verkaufsstellen gelangte. In dieser Datenbank ist auch der dem Produkt entsprechende Barcode bzw. Strichcode enthalten. Beim Einscannen des entsprechenden Artikels erscheint automatisch der empfohlene Preis, was weder von der Beschwerdegegnerin in Abrede gestellt, noch von der Vorinstanz verneint wurde, und sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG). Infolgedessen war dieser sowohl den Apotheken als auch den selbstdispensierenden Ärzten bekannt, was die Vorinstanz dadurch bestätigt hat, dass sich die Verkaufsstellen jedenfalls teilweise an den Preisempfehlungen orientiert, diese berücksichtigt und den Preis dementsprechend festgesetzt haben.

5.2.2. Der Hersteller liess die Preisempfehlung über das elektronische System den Verkaufsstellen wissentlich und willentlich zukommen. Er konnte deshalb davon ausgehen, dass die Verkaufsstellen durch das Einlesen des Strichcodes des Produkts somit den Inhalt der Preisempfehlung kannten, was die Beschwerdegegnerin im Übrigen u.a. mit der sehr grossen Anzahl von Medikamenten (ca. 7'500) denn auch rechtfertigt. Diese Annahme wird noch dadurch verstärkt, dass bei jedem Einlesen der entsprechende Preis erschien. Der Hersteller durfte auch davon ausgehen, dass ein Abweichen von den direkt an den Verkaufspunkt gelieferten Preisen den Händlern einen zusätzlichen Aufwand durch eigene Kalkulationen und durch eine Anpassung der Software verursachen und deshalb eine Preisanpassung unterbleiben würde. Die Händler haben umgekehrt dieses Zurverfügungstellen des Preises akzeptiert. Sie konnten auch davon ausgehen, dass der über das Computersystem angezeigte Preis aufgrund von Marktforschung und -analysen des Herstellers grundsätzlich einen optimalen Retail-Preis darstellt (siehe ESTERMANN, a.a.O., S. 99). Abgesehen davon war den Verkaufsstellen damit auch bewusst, dass alle Verkaufsstellen über dieselben Preisinformationen verfügten (siehe auch BGE 129 II 18 E. 6.5.5 S. 32). Die Verkaufsstellen stimmten sich somit zumindest teilweise stillschweigend (die Form ist nicht relevant: z.B. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 109 zu Art. 101

AEUV; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 22 zu Art. 4 Abs. 1 KG) mit dem Hersteller ab (vgl. Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 44; siehe auch ANTIPAS, a.a.O., S. 228). Insofern hat zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine Kommunikation stattgefunden, aufgrund welcher die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt wurden.

Auch der EuGH ist im bereits erwähnten Urteil vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al. in einer parallelen Situation von einer Abstimmung ausgegangen. Im erwähnten Urteil hat der EuGH ausgeführt, dass ein Unternehmen ab dem Zeitpunkt, ab dem es von der von einem externen Systemadministrator versandten elektronischen Mitteilung Kenntnis erlangt, sich an einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise im Sinne der Mitteilung beteiligt, es sei denn das Unternehmen distanziert sich offen vom Inhalt einer Massnahme oder befolgt sie nicht (Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 46 i.f. i.V.m. 49 i.f., 50 erster Lemma i.f.; siehe auch EUFINGER, a.a.O., S. 308 und 309; EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 17 zu Art. 101 AEUV). In Bezug auf die Abstimmung führte er aus, dass die Kenntnisnahme einer über ein Informationssystem versendeten Mitteilung und die im Anschluss daran notwendige Ergreifung von zusätzlichen technischen Formalitäten, um Preisnachlässe zu gewähren, geeignet seien, eine Abstimmung der Verhaltensweisen zu begründen (Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 43 f.). Handelte es sich anstelle eines externen Systemadministrators um einen Hersteller, der die Aufnahme von Preisempfehlungen für seine eigenen Produkte in ein elektronisches System veranlasste, womit die Preise seiner Produkte bei jedem Einlesen tagesaktuell, während Jahren und die Verkaufsstellen immer wieder darauf aufmerksam machend erscheinen, muss deshalb umso mehr gelten, dass hier eine Fühlungnahme zwischen Hersteller und Händler erfolgte.

5.2.3. Aus dem aus den Akten ergänzten Sachverhalt in BGE 147 II 72 E. 5.2.3 hat sich ergeben, dass zwischen der Herstellerin und gewissen Händlern Kontakte stattgefunden haben. Ob sich dies auch im vorliegenden Verfahren so zugetragen hat, kann - obwohl es durchaus plausibel und nachvollziehbar wäre - offenbleiben, da dies ohnehin nicht entscheidungswesentlich ist.

5.2.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass mit der elektronischen Übermittlung der Daten eine Abstimmung vorliegt. Sie erfolgte täglich über Monate und Jahre. Insofern fand zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine intensive Kommunikation statt, aufgrund welcher die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt wurden.

5.3. Marktverhalten (Befolungsgrad)

5.3.1. In einem zweiten Schritt ist nunmehr zu prüfen, ob ein Marktverhalten, also ein Abstimmungserfolg gegeben ist. Dieser liegt in der Befolgung. Entscheidend ist dabei der Grad der Befolgung.

5.3.2. Die qualitativ-quantitative Ermittlung des Befolungsgrades, die qualitative und quantitative Repräsentativität der Daten, die Aktenführung und die Untersuchungsmethode sind insgesamt von der Vorinstanz nicht grundsätzlich bemängelt worden, weshalb die Vorinstanz diese auch akzeptiert hat.

5.3.3. Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 zwei Befolungsgrade auseinander gehalten: der erste Befolungsgrad bezieht sich auf die Anzahl Verkaufsstellen, welche die Preisempfehlung anwenden, und ist für die Beurteilung der Frage relevant, ob überhaupt eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Der zweite Befolungsgrad betrifft die Anzahl Einheiten, die von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Preis verkauft werden, und ist für die Beantwortung der Frage relevant, ob der "empfohlene" Preis einen Preis nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

5.3.4. Die von der WEKO vorgenommene Zweiteilung des Befolungsgrades ist bundesrechtskonform: Bei der Ermittlung des ersten Befolungsgrades im Kontext von Art. 4 Abs. 1 KG geht es zunächst nur um die Frage, ob und gegebenenfalls zwischen welchen Unternehmen eine vertikal abgestimmte Verhaltensweise stattgefunden hat. Es sollen diejenigen Unternehmen herausgefiltert werden, welche die Empfehlung befolgen, denn nur diese sind Parteien der abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. AMSTUTZ/ REINERT, Kritische Analyse, a.a.O., S. 88 mit Fn. 73; NEFF/THEUERKAUF, BSK KG, a.a.O., N. 9 zu Kalkulationshilfen-BM; ESTERMANN, a.a.O., S. 189). Entscheidend ist die von der jeweiligen Verkaufsstelle verfolgte Preispolitik und somit die Tatsache, ob der Preis von der Verkaufsstelle im Rahmen ihrer Strategie von der Empfehlung abweichend festgesetzt wird oder nicht (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 229 f.). Selbstredend sind deshalb nur diejenigen Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte zu berücksichtigen, welche das entsprechende Produkt vertreiben (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 224).

Der zweite Befolungsgrad, der die Anzahl Einheiten betrifft, die von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Preis verkauft werden, betrifft die Frage, ob der empfohlene Preis einen Fest-, Mindest- oder Höchstpreis darstellt. Die Prüfung dieser Frage ist im Rahmen von Art. 5 KG anzugehen. Der zweite Befolungsgrad sagt hingegen nichts über die Anzahl der Abredebeteiligten aus (ESTERMANN, a.a.O., S. 29). Doch gerade dies ist im Rahmen der Legaldefinition notwendig, um beurteilen zu können, ob eine Abstimmung stattgefunden hat.

5.3.5. Strittig ist zudem, ob die Gewährung von Rabatten als Befolgung der Preisempfehlung zu betrachten ist. Hier ist korrekterweise zu unterscheiden (siehe auch BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4), ob es sich um Rabatte handelt, welche generell oder punktuell gewährt werden, denn es lässt sich rechtlich nicht rechtfertigen, dass beispielsweise ein Apotheker, der alle Medikamente entsprechend der Empfehlung verkauft mit Ausnahme einer Packung, welche er einem Freund schenkt, nicht mehr als Partei einer abgestimmten Verhaltensweise gilt. Die Frage ist daher, wo die Grenze liegt. Sie ist nach dem für die Befolgung allgemein geforderten Befolungsgrad von 50 % (siehe unten E. 5.3.7) zu beantworten (so auch ESTERMANN, a.a.O., S. 234 f.).

Bei generellen bzw. systematischen Rabatten verrechnet die Verkaufsstelle immer einen anderen als den empfohlenen Preis. In diesem Fall folgt die Verkaufsstelle einer eigenständigen Preispolitik, ihre Handlungsfreiheit ist nicht beschränkt (in diesem Sinne auch Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 50 erstes Lemma i.f. [systematischen Gewährung]; EUFINGER, a.a.O., S. 309; LETTL, Kartellrecht, a.a.O., § 2 Rz. 39 petit), es sei denn eine Mehrheit der Verkaufsstellen bieten alle zum gleichen verminderten Preis an. Haben die Verkaufsstellen eine eigenständige Preispolitik, so befolgen sie die Preisempfehlung nicht (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 233; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 204; REINERT, Preisempfehlung, a.a.O., S. 45).

Gewähren Verkaufsstellen nur punktuell Rabatte vom empfohlenen Preis, so folgen sie demgegenüber der Preisempfehlung (vgl. e contrario Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 50 erstes Lemma i.f.; ESTERMANN, a.a.O., S. 233 f.).

5.3.6. Gestützt auf diese Vorbemerkung lässt sich aufgrund der durch die Vorinstanz festgestellten Sachlage der nun für den Befolungsgrad relevante und für das Bundesgericht verbindliche Sachverhalt zusammenstellen:

5.3.6.1. Die WEKO hielt in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 fest, die Auswertung der 799 Fragebögen habe ergeben, dass in der Schweiz in den Jahren 2005 und 2006 81.7 % der SD-Ärzte und 89.3 % der Apotheken die Preise für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra in Übereinstimmung mit dem empfohlenen Preis z.T. mit Rabatten festgelegt hätten. Die restlichen 18.3 % bzw. 10.7 % hätten die Preise unabhängig vom empfohlenen Preis festgelegt, mehrheitlich mit Abweichungen nach unten von 1.5 % bis mehr als 5 %.

5.3.6.2. Die Vorinstanz stützt sich für ihr Ergebnis auf die Ausführungen der Rz. 205 und 206 der Verfügung der WEKO vom 2. November 2009:

Danach hätten 52 % der Apotheken die Preisempfehlung für Viagra, Levitra und Cialis strikt befolgt. 37.5 % [recte: 37.3 %] der Apotheken hätten angegeben, die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis lediglich insofern zu befolgen, als dass sie den empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für die Gewährung von Rabatten verwendeten. Gemäss Vorinstanz hätten diese, also die Empfehlung nicht strikt befolgenden Apotheken bei durchschnittlich 39 % ihrer Verkäufe einen Rabatt gewährt. Schliesslich hätten 10.7 % der antwortenden Apotheken angegeben, die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis überhaupt nicht zu befolgen. Insofern hätten daher lediglich knapp die Hälfte der antwortenden Apotheken angegeben, die Preisempfehlungen entweder überhaupt nicht befolgt oder aber den jeweils empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für mögliche Rabatte verwendet zu haben.

In Bezug auf die selbstdispensierenden Ärzte führte die Vorinstanz aus, dass 75.5 % dieser Ärzte die Preisempfehlung für Viagra, Levitra und Cialis strikt befolgt hätte, 18.3 % überhaupt nicht. 6.2 % der Ärzte hätten die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis lediglich insofern befolgt, als dass sie den empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für die Gewährung von Rabatten

verwendeten, wobei sie lediglich bei durchschnittlich 31 % ihrer Verkäufe einen Rabatt gewährt hätten.

5.3.6.3. Vergleicht man die Zahlen der WEKO mit denjenigen der Vorinstanz, so resultiert der unterschiedliche Befolungsgrad lediglich daraus, dass die Vorinstanz die Gewährung des Rabattes anders beurteilt hat. Die Vorinstanz hat die Rabatte als generell gewährte Rabatte behandelt, auch wenn sie in ihren Ausführungen ausdrücklich auf die Wortwahl der WEKO Bezug nahm, welche i.S.v. punktuellen Rabattgewährungen (39 % bzw. 31 % der Verkäufe derjenigen, die sich nicht strikt an die Empfehlung hielten) spricht. Da die punktuelle Gewährung deutlich unter 50 % liegt (39 % bzw. 31 %), sind diese Verkaufsstellen, welche die Empfehlung nicht strikt befolgt haben, - wie oben dargelegt (E. 5.3.5) - zu denjenigen hinzuzurechnen, welche die Empfehlung strikt befolgt haben. Es ist also auf die Zahlen der WEKO abzustellen. Konkret lauten die Befolungsraten: für Apotheken: 52 % (strikt befolgt) + 37.3 % (nicht strikt befolgt, aber mit partiellen Rabatten unterhalb von 50 %) = 89.3 %; für Ärzte : 75.5 % (strikt befolgt) + 6.2 % (nicht strikt befolgt, aber mit partiellen Rabatten unterhalb von 50 %) = 81.7 %.

5.3.7. Damit liegt die Befolungsrate weit über dem vielfach explizit und implizit geforderten Befolungsgrad von 50 % (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 178; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 196 f.; SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, 2. Lieferung 1997, N. 42 zu Art. 4 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 228; keine allzu hohen Anforderungen/geringer Befolungsgrad: BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 126 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Insofern ist - wie der Beschwerdeführer zu Recht gerügt hat - ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten gegeben.

5.3.8. Im Übrigen ist es nachvollziehbar und plausibel, dass die Verkaufsstellen ihre Rabattpolitik nicht nach Produkten ausrichteten, sondern alle Medikamente gegen erektile Dysfunktion gleich behandelten. Wäre die Sachlage anders, wäre allenfalls von einer zusätzlichen Kommunikation zwischen Verkaufsstellen und Hersteller ("exklusiver Informationsaustausch" [vgl. EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 15 zu Art. 101 AEUV]) auszugehen. Abgesehen davon ist ein gewisser Schematismus zulässig (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.3 S. 262; 136 I 1 E. 4.3.1 S. 7).

5.4. Kausalität

5.4.1. Auch ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten ist - entgegen der Beschwerdegegnerin - gegeben, wie sich u.a. aus den vorinstanzlichen Erwägungen ergibt, wenn die Vorinstanz dort ausführt, dass derjenige, der die Medikamente als selbstdispensierender Arzt abgab oder in einer Apotheke verkaufte, deren Preis daher höchstens den Preisempfehlungen entsprechend oder unter diesen festgesetzt hat. Sie hielt sodann fest, dass die Publikumspreise ohne die Preisempfehlung noch steigen würden. Zu beachten ist, dass die Abstimmung während Jahren erfolgte und auch die Preise entsprechend dieser Abstimmung festgelegt wurden. Insofern kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass zwischen der Abstimmung und der Befolgung der Verkaufsstellen ein ursächlicher Zusammenhang besteht.

5.4.2. Selbst wenn sich die Ursächlichkeit zwischen Abstimmung und Marktverhalten nicht direkt hätte feststellen lassen und ergeben hätte, wäre diese entsprechend den beiden obgenannten Beweiserleichterung (E. 3.4.4) ebenfalls zu bejahen:

5.4.2.1. So führt zunächst diejenige Beweiserleichterung, wonach bei nachgewiesener Abstimmung die widerlegbare Vermutung gilt, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben (vgl. E. 3.4.4 Abs. 2), zu einer Ursächlichkeit zwischen Abstimmung und Marktverhalten: Die Abstimmung zwischen den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten einerseits und den Herstellern andererseits liegt vor. 89.3 % der Apotheken und 81.7 % der Ärzte sind der Preisempfehlung während mehreren Jahren gefolgt. Insofern kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Abstimmung ursächlich für das Marktverhalten der Apotheken und der selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten war (siehe auch STOCKENHUBER, a.a.O., N. 113 zu Art. 101 AEUV mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).

5.4.2.2. Auch die zweite Beweiserleichterung bestätigt eine Kausalität zwischen Abstimmung und Marktverhalten (vgl. oben E. 3.4.4 Abs. 3): Gleichverhalten dient als Indiz für ein abgestimmtes Verhalten (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27). Gleichverhalten wird dann zu einem Beweis, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 135). Dies gilt namentlich dann, wenn das Parallelverhalten es den beteiligten Unternehmen ermöglicht, ein Preisgleichgewicht auf einem anderen als dem Niveau zu erzielen, das sich aus dem Wettbewerb ergeben hätte (vgl. Urteil des EuGH vom 14. Juli 1972 Rs. 48/69 ICI, Randnr. 64/67; STOCKENHUBER, a.a.O., N. 115 zu Art. 101 AEUV; siehe auch LETTL, Kartellrecht, a.a.O., S. 41). In der Schweiz gibt es mehrere hundert Apotheken und selbstdispensierende Ärzte und Ärztinnen. Dass 89.3 % aller Apotheken und 81.7 % aller selbstdispensierenden Ärzten und Ärztinnen, welche die von der Beschwerdegegnerin hergestellten Medikamente verkaufen, im Prinzip die Medikamente zu denselben Preisen verkaufen, entspricht nicht den normalen Marktbedingungen. Die auf die ganze Schweiz verteilten Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte und Ärztinnen haben nicht alle dieselben Kostenstrukturen (zu den verschiedenen Informationen für eine Preisgestaltung siehe ESTERMANN, a.a.O., S. 233). Nicht nachvollziehbar ist deshalb die Auffassung der Beschwerdegegnerin, wonach die Apotheken und die selbstdispensierenden Ärzte ihre Verkaufspreise autonom und basierend auf individuellen Preisrechnungen festgelegt und das Medikament trotzdem zu demselben Preis verkauft hätten. Kommt hinzu, dass aufgrund der fehlenden Werbung die einzelnen Verkaufsstellen Informationen über Preise ihrer Wettbewerber gar nicht beobachten und ihr Verhalten deshalb nicht an die Konkurrenz anpassen konnten (siehe dazu GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 311 i.f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). Da die Verkaufsstellen mangels eines wenig transparenten Marktes die effektiven Preise

ihrer Konkurrenten gar nicht kennen können, ist ohne Weiteres zu vermuten, dass das Parallelverhalten keine Reaktion der Verkaufsstellen auf beobachtete Informationen darstellt (siehe dazu auch BEHRENS, a.a.O., Rz. 874). Insofern kann davon ausgegangen werden, dass die Verkaufsstellen nicht dem dargelegten Selbstständigkeitspostulat nachgelebt haben (vgl. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 108 zu Art. 101 AEUV), und das parallele Verhalten lässt sich nur durch eine Abstimmung einleuchtend erklären (vgl. Urteil des EuGH vom 31. März 1993 C-89/85 u.a., Ahlström Osakeyhtiö u.a. ["Zellstoff"], Randnr. 71 f., STOCKENHUBER, a.a.O., N. 115 zu Art. 101 AEUV). Dass die Beschwerdegegnerin zudem im Besitze der Daten der Verkaufsstellen ist, um beurteilen zu können, dass diese autonom entschieden und basierend auf individuellen Preisrechnungen ihre Preise festgesetzt hätten, ist wenig wahrscheinlich. Abgesehen davon bestätigen die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin selbst, dass die Verkaufsstellen ihre Preise nach der Preisempfehlung ausgerichtet hätten, wenn sie ausführt, dass es zu kompliziert oder zu aufwändig sei, eigene Preisberechnungen anzustellen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Vorinstanz zudem festgehalten hat, dass die Preise für die drei erektionsfördernden Arzneimittel über Jahre hinweg ausserordentlich hoch waren.

5.4.3. Nach dem Dargelegten ergibt sich Folgendes: Die Abstimmung zwischen Händler und Hersteller basiert auf mehreren sehr dichten und starken Indizien. Der Abstimmung wird von einer sehr grossen Anzahl von Verkaufsstelle nachgelebt. Eine Kausalität zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg konnte direkt und auch indirekt durch die beiden Beweiserleichterungen nachgewiesen werden. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller vorliegenden Elemente liegt eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vor. Weitere Elemente müssen nicht hinzugezogen werden. Zu prüfen bleibt, ob mit der abgestimmten Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.

5.5. Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Die vorliegende Abrede bezweckt und bewirkt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197, generell in Bezug auf Preisempfehlungen). Preisabreden sind objektiv geeignet, eine solche Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.8 S. 258; 129 II 18 E. 5.1 S. 24; GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 317, 318 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV m.w.H.). Dies ist vorliegend der Fall, wird der Wettbewerb doch durch die uniforme Preissetzung verunmöglicht oder erschwert (siehe auch BGE 144 II 246 E. 6.8 S. 258). Die Ausschaltung des Preiswettbewerbs ist Ziel (dazu BGE 129 II 18 E. 6.5.5 S. 32). Abgesehen davon zeigen einerseits die obigen Ausführungen, dass die Preisempfehlung von den Verkaufsstellen in bedeutendem Masse befolgt wird, und zeigt die vom Bundesverwaltungsgericht festgestellte Sachlage andererseits, dass der Preis der Medikamente gegen erektile Dysfunktion ohne Abrede tiefer wäre. Insofern wird mit der Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung auch bewirkt (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 204; ZÄCH, a.a.O., Rz. 375; siehe

auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 319 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

5.6. Einwendungen

Dass die Preisempfehlung als "unverbindlich" oder als "für das Publikum bestimmt" bezeichnet wird, ist nicht massgebend. Entscheidend ist demgegenüber das Verhalten der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Verkaufsstellen und ob dieses den Tatbestand der Legaldefinition des Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, d.h. ob im konkreten Fall eine Abstimmung und ein dementsprechendes Marktverhalten vorliegt. Bereits 1983 hat der EuGH festgehalten, dass derjenige, der Informationen zur Verfügung stellt, die mithin Anlass für aufeinander abgestimmtes Verhalten bieten können, besonders vorsichtig zu sein hat (Urteil des EuGH vom 7. Juni 1983 Rs. 100 bis 103/80 Musique Diffusion Française u.a., Randnr. 75; so auch ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 202, 209). Durch die oben beschriebene besondere Verhaltensweise der Beschwerdegegnerin hat diese in Kauf genommen, dass sich durch die empfängerische Verwertung der von ihr zur Verfügung gestellten Informationen, welche bei jedem Einscannen des Produkts automatisch erschienen ist, ein abgestimmtes Verhalten ergibt. Es geht nicht um eine Preisempfehlung als solche, sondern um eine konkrete Verhaltensweise. Deshalb ist - wie der Beschwerdeführer zu Recht festhält - die vorliegende herstellerische Verhaltensweise auch nicht mit Preisempfehlungen zu vergleichen, welche in Katalogen festgeschrieben werden - wie z.B. in der Automobilbranche. Denn dort ist es nicht so, dass die Herstellerin dem Händler den Preis wiederholt und über das Kassensystem übermittelt. Nicht massgebend ist ferner der Einwand der Beschwerdegegnerin, sie hätte nie Druck ausgeübt, damit die Preisempfehlung eingehalten würde, denn die Indizien der Abstimmung zusammen mit dem Abstimmungserfolg sind derart aussagekräftig, dass keine weiteren Kriterien berücksichtigt werden müssen, um eine abgestimmte Verhaltensweise anzunehmen.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass Verkaufsstellen, welche sich in ihrem Verhalten ausdrücklich von der Preisabstimmung distanzieren haben, indem sie diese nicht befolgt haben, nicht an einer abgestimmten Verhaltensweise mitgewirkt haben (Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 46 i.f. i.V.m. 49 i.f., 50 erster Lemma i.f.; siehe auch EUFINGER, a.a.O., S. 308 und 309). Dies wäre aber bei den kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren zu den Verkaufsstellen zu berücksichtigen.

5.7. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Verhaltensweise der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, darstellt. Die Beschwerde ist bereits aus diesem Grund gutzuheissen. Zu prüfen ist im Folgenden, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG vorliegt, wozu sich die Vorinstanz - nicht nur i.S. eines obiter dictums, was die Beschwerdegegnerin durchgängig so beschworen hat - ebenfalls geäussert hat.

IV. Unzulässigkeit der Abrede nach Art. 5 KG?

6. Erheblichkeit

6.1. Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 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 Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (vgl. BGE 143 II 297 E. 4.1 S. 311; BGE 129 II 18 E. 3 S. 23). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden; sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand (Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG) vorliegt, ist nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wichtig, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.2 S. 199; 143 II 297 E. 5.6 S. 325).

6.2. Handelt es sich um Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, so wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in Bezug auf Preise nur vermutet, wenn es sich um solche handelt über Mindest- oder Festpreise (Art. 5 Abs. 4 KG). Gelingt die Widerlegung der Vermutung, so sind deshalb auch nur diese Preise schon aufgrund ihres qualitativen Elements erheblich (BGE 143 II 297 E. 5.2 S. 315 ff.). Andere Preise, wie Höchstpreise, sind zwar nicht allein aus qualitativen Gründen erheblich (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.2 i.f. S. 316), können aber aufgrund quantitativer bzw. quantitativer und qualitativer Kriterien erheblich sein. Sie fallen aber jedenfalls nicht unter die Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG und können daher nicht zu Sanktionen nach Art. 49a KG führen.

6.3. Abreden über Festpreise erlauben weder eine Abweichung der Preise nach oben noch nach unten; ein Spielraum ist somit ausgeschlossen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., N. 393 zu Art. 5 KG; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, a.a.O., N. 402 zu Art. 5 KG). Abreden über Höchstpreise verbieten, dass ein bestimmter Preis überschritten, erlauben hingegen, dass dieser unterschritten werden darf (BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 396 zu Art. 5 KG; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 362).

6.4.

6.4.1. Die WEKO ist in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 davon ausgegangen, dass es sich bei der Abrede um eine solche über Festpreise handelt (Rz. 155 ff.). Geprüft hat sie indessen auch, ob eine solche über Höchstpreise vorliegt. Sie kam dabei zum Schluss, dass 63 % aller von Apotheken und 70 % aller von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Packungen von Cialis, Levitra und Viagra in den Jahren 2005 und 2006 zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben wurden. Inso-

fern würden die Preisempfehlungen Festpreise und nicht Höchstpreise darstellen.

6.4.2. Die Vorinstanz geht davon aus, dass sich die Preisempfehlungen für Cialis "entsprechend der ihnen zugeschriebenen Funktion als wünschbare Preisobergrenze" als zulässige Höchstpreisempfehlung auswirke. Begründet wird dies dadurch, dass aus den Akten ersichtlich werde, dass bei den selbstdispensierenden Ärzten keiner der Befragten und bei Apotheken nur eine einzige angab, höhere Preise als die Empfohlenen zu verrechnen.

6.4.3. Die Argumentation der Vorinstanz überzeugt aus mehreren Gründen nicht: Erstens setzt sie das voraus, was eigentlich zu bestimmen wäre: Zum einen geht die Vorinstanz ohne Weiteres davon aus, dass der Preisempfehlung der Beschwerdegegnerin eine Preisobergrenze zukomme. Ob dies zutrifft, wäre an ihr zu klären gewesen (z.B. ANTIPAS, a.a.O., S. 339). Gerade das Wort wünschbar hätte allen Anlass geboten, abzuklären, ob der Wunsch auch Wirklichkeit ist. Zum anderen wäre auch zu untersuchen gewesen, ob die analysierte Preisempfehlung sich tatsächlich als Höchstpreis auswirkt. Zweitens folgt daraus, dass die befragten Verkaufsstellen angegeben haben, dass sie keine höheren Preise als die empfohlenen verrechnet hätten, keinesfalls, dass es sich um Höchstpreise handeln würde. Erst wenn feststünde, dass ein Unterschreiten der Preise möglich wäre, wäre eine Qualifikation als Höchstpreisempfehlung in Betracht zu ziehen. Drittens hat die Vorinstanz in willkürlicher Weise nur die wenigen selbstdispensierenden Ärzte (ein Dutzend der 290 Befragten) berücksichtigt, die ihr Vorverständnis bestätigt haben. Nach Auffassung des Beschwerdeführers sind demgegenüber lediglich 32 der befragten Ärzte von einem Einheitspreis ausgegangen. Der Rest hat sich diesbezüglich nicht geäußert. Insofern erschliesst sich nicht, wie die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin insoweit zustimmend einen Höchstpreis annehmen konnten. Wie sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG), hat zudem die Beschwerdegegnerin vor der WEKO nie den Begriff der Höchstpreise, sondern denjenigen der Orientierungspreise verwendet.

6.4.4. Aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergibt sich folgendes:

6.4.4.1. 75.5 % der antwortenden selbstdispensierenden Ärzte haben die Preisempfehlungen strikt befolgt. Sie haben 66.8 % (2005) bzw. 63.8 % (2006) aller von den antwortenden Ärzten verkauften Medikamentenpackungen verkauft. 6.2 % der antwortenden selbstdispensierenden Ärzte, die 8.7 % (2005) bzw. 9.9 % (2006) aller von den antwortenden Ärzten verkauften Medikamentenpackungen abgaben, befolgten die Preisempfehlungen teilweise und gewährten bei durchschnittlich 31 % ihrer Verkäufe einen Rabatt. Insofern folgten 69 % dieser Verkäufe der Preisempfehlung.

Diese 69 % der Verkäufe machen 6 % (8.7 % x 69 % / 100 = 6 %) aller Verkäufe für das Jahr 2005 und 6.8 % (9.9 % x 69 % / 100 = 6.8 %) für das Jahr 2006 aus. Eine - von der Vorinstanz bundesrechtswidrige unterlassene - Addition der Verkäufe, welche von den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten veranlasst und der

Preisempfehlung gefolgt sind, ergibt 66.8 % plus 6 % gleich 72.8 % (formal: $66.8 \% + 6 \% = 72.8 \%$) für das Jahr 2005 und 63.8 % plus 6.8 % gleich 70.6 % (formal: $63.8 \% + 6.8 \% = 70.6 \%$) für das Jahr 2006. Insofern folgten 72.8 % bzw. 70.6 % aller Verkäufe der selbstdispensierenden Ärzte für Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung.

6.4.4.2. Äquivalentes ergibt sich für die Apotheken: Danach haben 52 % der antwortenden Apotheken die Preisempfehlung strikt befolgt. Sie haben 33.9 % (2005) bzw. 33.6 % (2006) aller von den antwortenden Apotheken verkauften Medikamentenpackungen verkauft. 37.5 % [recte: 37.3 %] der antwortenden Apotheken, die 48.5 % (2005) bzw. 48.9 % (2006) aller von den antwortenden Apotheken verkauften Medikamentenpackungen abgaben, befolgten die Preisempfehlungen teilweise und gewährten bei durchschnittlich 39 % ihrer Verkäufe einen Rabatt. Insofern folgten 61 % dieser Verkäufe der Preisempfehlung.

Diese 61 % der Verkäufe machen 29.6 % ($48.5 \% \times 61 \% / 100 = 29.6 \%$) aller Verkäufe für das Jahr 2005 und 29.8 % ($48.9 \% \times 61 \% / 100 = 29.8 \%$) für das Jahr 2006 aus. Eine - von der Vorinstanz bundesrechtswidrige unterlassene - Addition der Verkäufe, welche von den Apotheken veranlasst und der Preisempfehlung gefolgt sind, ergibt 33.9 % plus 29.6 % gleich 63.5 % (formal: $33.9 \% + 29.6 \% = 63.5 \%$) für das Jahr 2005 und 33.6 % plus 29.8 % gleich 63.4 % (formal: $33.6 \% + 29.8 \% = 63.4 \%$) für das Jahr 2006.

6.4.5. Insofern folgten bei den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten 72.8 % bzw. 70.6 % aller Verkäufe der Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung. Bei Apotheken folgen 63.5 % bzw. 63.4 % aller Verkäufe der Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung. Es ist daher nicht schlüssig, wenn die Vorinstanz bei einer so hohen Befolgsrate für einzelne Medikamentenpackungen davon ausgeht, dass es sich bei der vorliegenden Preisabrede um eine Höchstpreisabrede anstatt um eine Festpreisabrede handelt (siehe auch ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197). Im Übrigen gilt auch hier, dass es nachvollziehbar und plausibel ist, dass die Verkaufsstellen alle Medikamente gegen erektile Dysfunktion gleich behandelten (vgl. ausführlich oben E. 5.3.8).

6.4.6. Die Beschwerdegegnerin macht sinngemäss geltend, dass bei einer Preisempfehlung nur dann von einer Festpreisabrede gesprochen werden könne, wenn der Hersteller Druck ausgeübt hätte. Sie bezieht sich dabei auf Art. 4 lit. a der Verordnung [EU] Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO; ABl. L 102 vom 23. April 2010 S. 1 ff.). Dazu ist Folgendes festzuhalten: Art. 5 Abs. 4 KG kennt erstens keine entsprechende Vorschrift. Im vorliegenden Fall handelt es sich zweitens gerade nicht um eine echte Preisempfehlung, sondern um eine abgestimmte Verhaltensweise (KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz.361; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, a.a.O., N. 8 zu VO 330/2010 Art. 4). Die simulierte Preisempfehlung ist

nicht relevant; es gilt dementsprechend die dissimulierte abgestimmte Verhaltensweise. Drittens bezieht sich der erwähnte Artikel der Vertikal-GVO auf die Zulässigkeit einer Preisfestsetzung. Hier stellt sich vorerst nur die Frage, ob es sich um eine in Art. 5 Abs. 4 KG umschriebene Abrede handelt. Im Übrigen hat der erwähnte Artikel auch andere Konstellationen als die vorliegende im Blick (BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, a.a.O., N. 6 und 8 zu VO 330/2010 Art. 4).

6.5. Die strittige Abrede unterliegt damit Art. 5 Abs. 4 KG, weshalb eine Vermutung dafür spricht, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung kann widerlegt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllen aber Abreden nach Art. 5 Abs.3 und 4 KG grundsätzlich auch das Erheblichkeitsmerkmal nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 144 II 194 E. 4.3.1 S. 199; 143 II 297 E. 5.6 S. 325). Nicht anders verhält es sich auch hier. Insofern handelt es sich um eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. BGE 143 II 297 E. 5 S. 312 ff.; siehe auch oben E. 6.1 i.f.). Aus diesem Grund muss nicht geprüft werden, ob die Vermutung zu recht besteht oder nicht, sondern es kann direkt zur Frage geschritten werden, ob die erhebliche Beeinträchtigung unzulässig ist (siehe auch oben E. 6.2 i.i.). Eine solche ist unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftliche Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG).

7. Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

7.1. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage der Rechtfertigung der erheblichen Beeinträchtigung durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz zwar nicht abschliessend beurteilt, aber sich doch zu einzelnen Aspekten geäussert. Dies schadet nicht: Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 auch die erhebliche Beeinträchtigung und die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als Eventualstandpunkt geprüft und diese verneint. Dazu hat sich die Beschwerdegegnerin im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geäussert. Der Beschwerdeführer beantragt vor Bundesgericht, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen. Die Beschwerdegegnerin hat das Bundesgericht in ihrer Beschwerdeantwort bzw. in ihrer Stellungnahme zur Beschwerdereplik angehalten, einen Entscheid in der Sache zu fällen; die Sache sei entscheidungsreif. Dementsprechend hätte die Beschwerdegegnerin ohne Weiteres erkennen können, dass die Frage der Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz ebenfalls zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens werden könne. Entsprechend hätte sie sich hierzu äussern können, ohne dass sie hierzu unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs eigens angehalten werden müsste (BGE 144 II 246 E. 12.3 S. 265).

Die Frage der Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG ist eine Rechtsfrage, verlangt aber auch die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (BGE 144 II 246 E. 12.4 S. 265; 129 II 18 E. 10.2 S. 44 f.). Angesichts der bisherigen Verfahrensdauer rechtfertigt es sich allerdings aus prozessökonomischen Gründen, auf eine wei-

tere Rückweisung zu verzichten und die Frage selber zu entscheiden (BGE 144 II 246 E. 12.4 S. 265). Aus dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, der Verfügung der WEKO und aus den beim Bundesgericht eingereichten Akten (Art. 105 Abs. 2 BGG) lässt sich der Sachverhalt genügend erstellen.

7.2. Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Gerechtfertigt sind solche Abreden, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. a und b KG). Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; ZÄCH, a.a.O., N. 404). Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335 mit Hinweisen). Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; 129 II 18 E. 10.3 S. 45, je mit Hinweisen). Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen, und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335). Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.: d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel) ist (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; 129 II 18 E. 10.4 S. 47, je mit Hinweisen). Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (oben Ziff. [2]) gegeben ist (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; 129 II 18 E. 10.3 i.f. S. 45).

7.3. Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 verschiedene Rechtfertigungsgründe geprüft und ist zum Schluss gekommen, dass keine der aufgeführten Gründe gegeben sei. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer damaligen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht demgegenüber fünf Gründe hervorgehoben: Die Preisempfehlung verhindere die doppelte Marginalisierung, senke die Transaktionskosten, führe zu einer Vermeidung von Preiserhöhungen und zu einer Erhöhung des Dienstleistungsniveaus sowie erhöhe die Marktdurchdringung.

7.4.

7.4.1. Die von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Argumente betreffen den Effizienzgrund der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 297 f. zu Art. 5 KG). Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weit zu verstehen (BGE 144 II 246 E. 13.2 S. 266); er beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern erfasst z.B. auch die Umweltverträglichkeit von

Produkten (BGE 129 II 18 E. 10.3.2 S. 46; Botschaft KG I, BBl 1995 I 558 f.; BORER, a.a.O., N. 48 zu Art. 5 KG).

7.4.2. Die doppelte Marginalisierung (doppelte Gewinnmaximierung; double-marginalisation) betrifft die Sachlage, wonach sowohl der Hersteller als auch der Händler marktmächtig ist und der Konsument für die Rente sowohl des Herstellers als auch des Händlers aufkommen muss. Dieser überhöhte Preis führt zu einer Reduktion der abgesetzten Menge verglichen mit dem Szenario eines vertikal integrierten Unternehmens (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., N. 341 zu Art. 5 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, N. 304 zu Art. 5 LCart; MANI REINERT, Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, 2004 [nachfolgend: Grundlagen], S. 144; ESTERMANN, a.a.O., S. 104 ff., 400 f.; NORBERT SCHULZ, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 215 ff.).

7.4.3. Vor der WEKO haben die drei Hersteller folgende drei Argumente zur doppelten Marginalisierung aufgeworfen: (1) Die Preisempfehlung würde der Information des Patienten dienen und gleichzeitig die Verkaufsstellen in Schach halten. Zu hohe Endverkaufspreise könnten sich negativ auf das Image auswirken und deshalb zu einem Rückgang der Absatzzahlen führen. (2) Die Profitabilität sei abhängig von den Verkaufszahlen und zu hohe Endverkaufspreise könnten die Absatzzahlen negativ beeinflussen. (3) Mit den Preisempfehlungen könnte der Spielraum der marktmächtigen Grosshändler eingeschränkt werden, damit diese gegenüber den Einzelhändlern keine höheren Margen aufschlagen.

Die WEKO akzeptierte das Interesse der Hersteller, dass die Apotheker und die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte die Verkaufspreise nicht erhöhen und damit den Absatz der Produkte nicht verringern. Allerdings sei das Festsetzen von Verkaufspreisen durch die Preisempfehlung nicht notwendig. Die einzelnen Akteure würden über keine Marktmacht verfügen, weshalb es höchst unwahrscheinlich sei, dass nach Aufhebung der Preisempfehlung die Verkaufsstellen unkoordiniert über eine längere Periode erheblich höhere Medikamentenpreise durchsetzen könnten. Abgesehen davon seien die Preise bereits deutlich höher als in einer Wettbewerbssituation. Schliesslich herrsche unter den Grossisten Wettbewerb, weshalb sie es sich nicht erlauben könnten, nicht marktkonforme Margen aufzuschlagen. Die Stellung der Verkaufsstellen gegenüber den Grossisten sei zudem nicht marginal, denn es sei für deren Beurteilung nicht nur das vorliegende Medikament zu berücksichtigen, sondern alle bei den Grossisten zu beziehenden Medikamente.

Die Beschwerdegegnerin ist allerdings der Auffassung, dass kein Wettbewerb unter den Grossisten bestehe und die Stellung der einzelnen Verkaufsstellen viel zu gering sei. Sie blendet dabei aber aus, dass die WEKO zu Recht darauf hingewiesen hat, dass aufgrund der gesamten Menge der zu beziehenden Medikamente die einzelnen Verkaufsstellen ein beträchtliches Gewicht gegenüber den Grossisten aufweisen. Im Übrigen konnten - wie bereits oben ausgeführt (E. 5.2.3) - einzelne Verkaufsstellen auch gegenüber den Herstellern gewichtig auftreten. Nicht nachvollziehbar ist zudem die Behauptung, dass in einer Wettbewerbssituation die Preise

für das in Frage stehende Medikament steigen würden. Denn diejenigen Verkaufsstellen, welche sich nicht an die Preisempfehlung gehalten und also eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben, haben den Preis unterhalb der Preisempfehlung festgesetzt. Im vorliegenden Fall ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich um eine vertikale Festpreisabrede handelt. Solche wären allenfalls nur während einer begrenzten Dauer nötig (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 315 zu Art. 5 KG; ZÄCH, a.a.O., N. 412; Mitteilung der Europäischen Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen [ABl. C vom 19. Mai 2010, S. 1 ff.], Rz. 108 i.V.m. 107 lit. f) und erfüllen das Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit in der Regel nicht (vgl. BGE 129 II 18 E. 10.4 S. 47; ZÄCH, a.a.O., N. 422). Festpreisabreden gehören neben Mindestpreisen und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zu den schädlichsten vertikalen Abreden (BGE 143 II 297 E. 5.2.4 f. S. 317 f.; so auch ESTERMANN, a.a.O., S. 387). Es bestehen noch mildere Mittel (siehe die aufgezählten möglichen milderen Massnahmen bei REINERT, Grundlagen, a.a.O., S. 144 ff.; SCHULZ, a.a.O., S. 216 f.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., N. 345 zu Art. 5 KG), weshalb - wie hier - eine Festpreisabrede zur Erreichung der genannten Ziele nicht notwendig ist (BGE 144 II 246 E. 13.5.1 S. 271; 129 II 18 E. 10.4 S. 47; ESTERMANN, a.a.O., S. 401).

7.5.

7.5.1. Ferner machte die Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz geltend, dass die Preisempfehlung die Transaktionskosten (dazu REINERT, Grundlagen, a.a.O., S. 130 ff.; ESTERMANN, a.a.O., S. 128 ff., 402) senke. Ohne eine solche würden diese mittels höherer Preise an die Konsumenten weitergegeben oder die Medikamente gar nicht mehr angeboten. Es sei für die Verkaufsstellen angesichts der geringen Umsätze beim fraglichen Medikament schlicht zu aufwändig, selber den "richtigen" Preis zu berechnen. Im Übrigen sei es unzutreffend, dass die Verkaufsstellen die anderen Produkte selbständig berechnen. Zudem dienten die Preisempfehlungen als Informationsmittel auch den Krankenkassen und Zusatzversicherern. Zusammenfassend würden die Preisempfehlungen die Produktionskosten i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG senken, indem sie eine Transaktionskostensparnis ermöglichen und einen Anstieg der Einzelhandelspreise verhinderten, was letztlich dem Verbraucher zugute käme. Ohne die Preisempfehlung wären die Preise im Durchschnitt wesentlich höher.

7.5.2. Die Argumentation der Beschwerdegegnerin überzeugt nicht: So ist bereits oben darauf hingewiesen worden, dass kein Anlass besteht, dass die Preise ohne Preisempfehlung im Durchschnitt wesentlich höher wären, denn diejenigen Verkaufsstellen, welche sich nicht an die Preisempfehlung gehalten und also eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben, haben den Preis unterhalb der Preisempfehlung festgesetzt.

Verkaufsstellen sollten im Wettbewerb zu einander stehen. Die vorliegende Wettbewerbsabrede führt aber zu einer Standardisierung der Publikumspreise der strittigen Produkte. Die Abreden führen deshalb zu einer Nivellierung der Preise. Ineffiziente Verkaufsstellen werden damit geschützt. Insofern wird versucht, die Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch Ineffizienz zu

rechtfertigen, was aber gerade nicht der Sinn von Art. 5 Abs. 2 KG ist, und das Resultat insgesamt ist nicht effizienter als ohne Abrede. Damit bestätigt sich die in der Literatur vielfach geäusserte Ansicht, dass harte Abreden in der Regel nicht effizient sind (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, a.a.O., N. 275 zu Art. 5).

Auch das Argument, wonach es für die Verkaufsstellen angesichts der geringen Umsätze beim fraglichen Medikament zu aufwändig sei, den richtigen Preis zu berechnen, vermag nicht zu überzeugen: Wie die WEKO zutreffend ausgeführt hat, ist dieser Aufwand dank modernen Kalkulationsprogrammen gering. Eigene aufwändige Marktforschungen sind dabei - entgegen der beschwerdegegnerischen Auffassung - nicht notwendig; entscheidend sind die eigenen Kosten. Abgesehen davon, haben die Verkaufsstellen selbst dann, wenn die Preisempfehlung lediglich als Orientierungshilfe dienen sollte, ihren Preis aufgrund ihrer je eigenen Kostenstrukturen festzulegen. Im Übrigen haben sie wie andere Detailhändler für die von der Preisempfehlung nicht betroffenen Produkte jedenfalls entsprechende Berechnungen anzustellen. Insofern verfügen die Verkaufsstellen über diesbezügliche Erfahrungen und Know-How und sind - entgegen der beschwerdegegnerischen Behauptung - nicht überfordert. Dafür spricht auch das Vorgehen derjenigen Verkaufsstellen, die eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben.

7.6.

7.6.1. Die Beschwerdegegnerin macht weiters - ebenfalls vor Vorinstanz - geltend, dass die Preisempfehlung zu einer Erhöhung des Dienstleistungsniveaus führe und die Marktdurchdringung erhöhe. Beide Argumente hat die WEKO in ihrer Verfügung bereits behandelt.

7.6.2. Die Beschwerdegegnerin geht davon aus, dass die Medikamente gegen erektile Dysfunktion komplexe, eher teure Medikamente seien und von den Patienten selten gekauft würden. Für Patienten sei es schwierig, Informationen über die Wirkungen und Nebenwirkungen von Cialis ohne Unterstützung von Ärzten oder Apotheken zu erhalten. Die Preisempfehlung sei deshalb effizient, weil sie eine kompetente Fachberatung des Patienten gewährleisten und das Dienstleistungsniveau erhöhen würde.

Die WEKO hat anerkannt, dass Cialis eher ein komplexes Medikament ist, aber zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beratung über Wirkungen und Nebenwirkungen durch den verschreibenden Arzt - entsprechend seiner aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis resultierenden Pflicht - zu erfolgen hat und auch erfolgt, worauf die Vorinstanz im Übrigen ausdrücklich darauf hingewiesen hat. Abgesehen davon betrifft die strittige Verhaltensweise nur den Preis und nicht die Beratung. Die Preisempfehlung ist deshalb ein ungeeignetes Mittel. Die Beschwerdegegnerin bringt in ihrer Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht denn auch gegenüber ihrer im Rahmen des rechtlichen Gehörs erfolgten Ausführungen vor der WEKO nicht Neues vor.

7.7. Die Beschwerdegegnerin vertritt schliesslich die Auffassung, dass Verkaufsstellen Cialis aus dem Lagerbestand streichen würden, da ihnen die Ressourcen für eine individuelle Preisgestaltung fehlen würden. Bereits

oben ist darauf hingewiesen worden, dass die eigene Berechnung des Verkaufspreises für Cialis im Vergleich zu anderen Produkten, bei welchen die Verkaufsstellen ohnehin den Preis selber festzulegen haben, keine besondere Herausforderungen darstellen würden. Insofern bringt die Beschwerdegegnerin auch diesbezüglich nichts Anderes und nicht Neues vor.

7.8. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht durch die vorgebrachten Gründe rechtfertigen lässt.

V. Sanktion

8.

8.1. Nachfolgend ist zu prüfen, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin einer Sanktion unterliegt. Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Massnahme nach Art. 49a KG hat einen strafrechtsähnlichen Charakter; Art. 7 EMRK (nulla poena sine lege; Art. 1 StGB) ist daher grundsätzlich anwendbar (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.3 S. 338 f.; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 79 f.).

8.2.

8.2.1. Der von den Beschwerdegegnerin vor Bundesverwaltungsgericht vertretenen Auffassung, wonach Unternehmen nur dann zu sanktionieren seien, wenn der Wettbewerb beseitigt worden sei, hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden widersprochen (BGE 143 II 297 E. 9.4 S. 339 ff.; 144 II 194 E. 5 S. 201 f.). Mit "Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" in Art. 49a Abs. 1 KG sind diejenigen Abreden gemeint, die in den beiden Absätzen aufgeführt sind. Art. 49a Abs. 1 KG nimmt Bezug zum Abredetyp. Diese Abreden sind deshalb zu sanktionieren, weil sie aus Sicht des Gesetzes als besonders problematisch betrachtete Einschränkungen der marktbezogenen Handlungsfreiheit gelten (BGE 144 II 194 E. 5.3 S. 202; 143 II 297 E. 9.4.6 S. 342).

8.2.2.

8.2.2.1. Ebenfalls trifft die Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht zu, dass das Verfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG ein Strafrechtsverfahren darstelle. Das kartellrechtliche Verfahren ist ein Verwaltungsverfahren (BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268; 144 II 194 E. 4.4.2 S. 200; 142 II 268 E. 4.2.5.2 S. 274), auch wenn die Sanktion gemäss Art. 49a KG als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK gilt (BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268; 143 II 297 E. 9.1 S. 337; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.). Insofern sind auch die von der Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemachten strafprozessualen Grundsätze nicht relevant (vgl. BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268), worauf im Übrigen bereits die Vorinstanz zutreffend hingewiesen hat.

8.2.2.2. Vorliegend trifft auch nicht zu, dass die WEKO den strafprozessualen Grundsatz des "nemo tenetur" nicht beachtet hätte. Das Bundesgericht hat sich im Rahmen einer spielbankenrechtlichen Sanktion ausführ-

lich mit dieser Thematik auseinandergesetzt (BGE 140 II 384 E. 3 S. 388 ff.). Die dort angestellten Überlegungen gelten auch im vorliegenden Zusammenhang, hat jener Entscheid doch für die strafrechtsähnlichen Sanktionen auf die früher gemachten Ausführungen des Bundesgerichts zum Kartellrecht Bezug genommen (BGE 139 I 72 E. 2 und 4 S. S. 78 ff. bzw. 80 ff.). Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass auch nach dem EGMR die Verpflichtung, eine Tatsache bekannt zu geben, nicht immer bereits eine unzulässige Selbstanschuldigung bedeute. Zur Beurteilung der Frage, ob das Recht, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, verletzt ist, stellt der EGMR auf die Natur und den Grad des angewandten Zwangs zur Erlangung des Beweismittels, die Verteidigungsmöglichkeiten sowie den Gebrauch des Beweismaterials ab (BGE 140 II 384 E. 3.3.3 S. 391 f. m.H.). Zudem ist zu beachten, dass der nemo-tenetur-Grundsatz bei juristischen Personen im Vergleich mit natürlichen Personen differenziert zu betrachten ist. Bildet dieser Grundsatz bei natürlichen Personen auch einen Ausfluss aus der Menschenwürde, fehlt dieser Aspekt bei gesetzlichen Mitwirkungspflichten von juristischen Personen (BGE 140 II 383 E. 3.3.4 S. 393 m.w.H.). Zudem gelten die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK nicht absolut (statt vieler Urteil Al-Dulimi gegen Schweiz vom 26. November 2013 [Nr. 5809/08] § 124). Das Verfahrensrecht dient dazu, auf eine faire Weise die Realisierung des materiellen Rechts zu ermöglichen. Es verstiesse gegen das Gebot der praktischen Konkordanz von Verfassungsinteressen (BGE 140 II 384 E. 3.3.5 S. 394), das Anliegen des Schutzes der Verfahrensparteien zu verabsolutieren, wie die Beschwerdegegnerin dies tut, und dafür das ebenfalls verfassungsrechtliche Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts (vgl. Art. 170 BV) zu vereiteln. Entscheidend ist, dass keine "improper compulsion" ausgeübt wird (BGE 140 II 384 E. 3.3.5 S. 394). Dabei ist ein angemessener Ausgleich der verschiedenen Interessen anzustreben, um auf eine faire Weise die materielle Wahrheit zu erforschen, was sachgerechte Anpassungen des grundsätzlich anwendbaren nemo-tenetur-Grundsatzes an die jeweilige konkrete Situation zulässt bzw. gebietet (juristische oder natürliche Person, Auskunftspflicht über Sachverhaltselemente oder implizite Schuldanererkennung, Qualität der Sanktion bei Vereitelung der Mitwirkungspflicht usw. [BGE 140 II 384 E. 3.3.5 S. 394]).

Vorliegend geht es weder um ein Geständnis noch um eine Aussage als Zeuge gegen sich selber i.S.v. Art. 14 Abs. 3 lit. g. UNO-Pakt II (SR 0.103.2), sondern lediglich darum, dass ein Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin unter Hinweis auf die gesetzliche Mitwirkungspflicht nach Art. 40 KG angehalten wurde, über den Sachverhalt Auskunft zu geben, um zu prüfen, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin gesetzeskonform ist. Die Beschwerdegegnerin legt nicht dar, dass und inwiefern Beweismittel vorliegend unter einer "improper compulsion" erhoben worden wären.

8.2.3. Die Beschwerdegegnerin moniert ferner, dass der Anspruch auf ein unabhängiges und gesetzmässiges Gericht verletzt sei, da die WEKO kein solches sei. Auch damit hat sich das Bundesgericht bereits ausführlich in

BGE 139 I 72 E. 2 und 4 (S. 78 ff. bzw. 80 ff.) auseinandergesetzt, weshalb darauf verwiesen werden kann.

8.2.4. Art. 49a Abs. 1 KG entspricht sodann den Vorgaben von Art. 7 EMRK ("nulla poena sine lege"; dazu BGE 146 II 217 E. 8.2 S. 247 f., mit zahlreichen Hinweisen; BGE 143 II 297 E. 9.3 S. 338) : Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen sanktioniert, wenn es sich u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt hat. Art. 5 Abs. 4 1. Teil KG enthält folgende Tatbestandselemente: Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen; Abrede über Mindest- oder Festpreise. Aufgrund der bereits oben erfolgten Auslegung ist klar, was unter einer Abrede in der Form einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise zu verstehen ist. Dasselbe gilt für das Begriffspaar Mindest- und Festpreis. Die Auslegung stimmt mit der rechtswissenschaftlichen Literatur überein. Insofern ist die ausgelegte Norm genügend bestimmt, um das unerwünschte Verhalten zu bezeichnen.

8.3.

8.3.1. Nach den bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass die Beschwerdegegnerin ein Unternehmen i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG) ist, dieses an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG mitgewirkt hat und Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Fraglich ist noch, ob auch das Verschulden gegeben ist (dazu BGE 146 II 217 E. 8.5.1 S. 252 f.; 143 II 297 E. 9.6.1 S. 344, je mit weiteren Hinweisen).

8.3.2. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist ihr Kartellrechtsverstoss ihr auch subjektiv zurechenbar. Erforderlich ist dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; 143 II 344 E. 9.6.2 S. 344 f., je mit weiteren Hinweisen). Danach wird ein Unternehmen dann strafbar, wenn ihm Organisationsmängel angelastet werden können, auch ohne dass sich die Straftat einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lässt (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253). Die Sorgfaltspflichten ergeben sich dabei im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG; die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten : So haben die Unternehmen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu unterlassen (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345 mit Hinweisen). Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345), denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG und über die dazu ergangene Praxis informiert sein (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345). Im Übrigen besteht auch die Möglichkeit, sich über die aktuelle Rechtslage bei der WEKO zu informieren.

8.3.3. Indem die Beschwerdegegnerin ihre Preisempfehlung über das elektronische System wissentlich und willentlich den Verkaufsstellen zukommen liess, musste sie davon ausgehen, dass die Verkaufsstellen die Preisempfehlung durch das Einlesen des Strichcodes des Produkts anwendeten. Mit diesem Vorgehen hat sie den entscheidenden Schritt zur abgestimmten Verhaltens-

weise gesetzt. Dementsprechend hätte ihr bewusst sein müssen, dass dieses Verhalten kartellrechtlich problematisch ist. Auch wenn die abgestimmte Verhaltensweise ein entsprechendes Marktverhalten von anderen Unternehmen verlangt, bleibt sie für ihr gewichtiges Verhalten verantwortlich und dieses ist ihr vorwerfbar.

8.3.4.

8.3.4.1. Die Beschwerdegegnerin beruft sich zu ihrer Rechtfertigung zu Unrecht auf Art. 13 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211) in der Fassung vom 1. April 2007 (AS 1978 2081 und AS 2007 945) : Die Preisbekanntgabeverordnung stützt sich auf Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241), des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) und des nunmehr aufgehobene Bundesgesetzes vom 9. Juni 1977 über das Messwesen (aBG Messwesen; AS 1977 2394). Weder stützt sie sich auf noch konkretisiert sie das Kartellgesetz. Die PBV regelt Preisempfehlungen gestützt auf die genannten Bestimmungen unter einem anderen Gesichtspunkt als das Kartellgesetz: Dort Regelungen zugunsten der Konsumenten, hier solche zugunsten des Wettbewerbs. Im Sinne eines Hinweises behält Art. 18 Abs. 2 letzter Satz PBV denn auch die Regelungen des Kartellgesetzes vor. Insofern kommen beide Normen selbständig zur Anwendung (BGE 141 II 66 E. 2.4.1 S. 74). Konkret heisst dies, dass für wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nur das Kartellgesetz anwendbar ist; die PBV ist demgegenüber nicht relevant. Da die PBV das Kartellgesetz nicht konkretisiert, stellt sich auch nicht die Frage, ob unmittelbar gestützt auf das Kartellgesetz von der Verordnung abweichende Anordnungen getroffen werden könnten (vgl. HANSJÖRG SEILER, Kommentar zum USG, N. 22 zu Art. 3 USG).

8.3.4.2. Die Beschwerdegegnerin behauptet, dass gestützt auf die VertBek ihr Vorgehen korrekt gewesen wäre. Diese Annahme trifft nicht zu: Zunächst einmal enthielt - wie bereits die WEKO in ihrer Verfügung zu Recht festgehalten hat - für den Zeitraum vom 1. April 2004 - 31. Dezember 2007 (die VertBek 2007 trat entgegen der Verfügung vom 2. November 2009, Rz. 340, erst am 1. Januar 2008 in Kraft [BBI 2007 7597]) die VertBek 2002 keine Regelung. Insofern wäre die VertBek 2007 nur für ein Jahr anwendbar (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Allerdings ist das Bundesgericht an diese nicht gebunden, andernfalls der verfassungsrechtlich gewährleistete gerichtliche Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Im vorliegenden Fall drängt sich - wie dargelegt (oben E. 4.4.3) - nicht auf, der VertBek 2007 - sofern der Kartellrechtsverstoss überhaupt nachgewiesenermassen bis ins Jahre 2007 gedauert hätte - ausnahmsweise zu folgen.

8.3.4.3. Die Beschwerdegegnerin macht - vor Vorinstanz - sodann geltend, dass eine Sanktion das Vertrauensprinzip verletzen würde. Sie beruft sich auf Pressemitteilungen und Jahresberichte der WEKO, auf einen Vortrag und einen in der NZZ publizierten Artikel des Präsidenten-

ten der WEKO sowie auf einen von der WEKO entschiedenen Fall.

Pressemitteilungen, Jahresberichte, Vorträge und publizierte Artikel bilden keine Vertrauensgrundlage nach Art. 9 BV (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.1 S. 72 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 627 ff.). Mit dem Hinweis auf lediglich einen Entscheid liegt freilich auch noch keine gefestigte Verwaltungspraxis vor (vgl. BGE 140 II 334 E. 8 S. 342). Insofern fehlt es diesbezüglich ebenfalls an einer Vertrauensgrundlage. Sollte die Beschwerdegegnerin die Auffassung vertreten, dass mit den erwähnten Informationen eine Auskunft ihnen gegenüber erfolgte, so mangelt es bereits an einer vorbehaltslosen und auch an einer auf einen konkreten Einzelfall bezogenen Auskunft (vgl. BGE 143 V 95 E. 3.6.2 S. 103).

8.4.

8.4.1. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren (BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 255; 143 II 297 E. 9.7.1 S. 346). 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. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien in drei Schritten konkret bestimmt (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG; BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 255 f.; 144 II 194 E. 6.2 S. 203; 143 II 297 E. 9.7.1 S. 346 m.H.) : Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) - Anpassung an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) - Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Nach Art. 3 SVKG bildet der Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte - Umsatz auf diesen - Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses. Die ersten beiden Schritte sind tatsächlicher Art, während der dritte wertend ist (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 256; 144 II 194 E. 6.2 S. 203).

8.4.2. Die Vorinstanz hat in Bezug auf die Sanktionsbemessung einige wenige Fragen aufgeworfen, diese aber nicht behandelt, da sie davon ausgegangen ist, dass die Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt sei. Die

Beschwerdegegnerin rügte vor Vorinstanz verschiedene Punkte zur Sanktionsbemessung, welche auch sachverhaltliche Fragen betreffen und nur in der Verfügung der WEKO aufgeführt sind. Aus dem Entscheid der Vorinstanz lässt sich diesbezüglich nichts herauslesen. Insofern fehlt der für die Sanktionsbemessung notwendig festgestellte Sachverhalt. Ferner ist die Sanktionsbemessung eine Ermessenssache (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3 i.f. S. 262). Die Vorinstanz kann das Ermessen gestützt auf Art. 37 VGG (SR 173.32) i.V.m. 49 lit. c VwVG (SR 172.021) überprüfen, während dies dem Bundesgericht - als das für die Beurteilung von Rechtsverletzung zuständige Gericht (Art. 189 BV; Art. 95 und 97 Abs. 1 e contrario BGG) - verwehrt ist. Würde das Bundesgericht hier in der Sache entscheiden, würde der Adressat einer Sanktion - hier die Beschwerdegegnerin - zudem einer Ermessensüberprüfungsinstanz beraubt. Die Sache ist deshalb an die Vorinstanz zur beförderlichen Erledigung der Sanktionsbemessung zurückzuweisen.

9.

Da die Beschwerde gutzuheissen ist, müssen die verfahrensrechtlichen Rügen nicht behandelt werden.

III. Kosten

10.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde begründet und gutzuheissen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-843/2015 vom 19. Dezember 2017 ist deshalb aufzuheben und die Sache zum Entscheid über die Sanktionsbemessung im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen. Dementsprechend trägt die Beschwerdegegnerin die bundesgerichtlichen Gerichtskosten (Art. 65, 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-843/2015 vom 19. Dezember 2017 aufgehoben. Die Sache wird zum Entscheid über die Sanktionsbemessung im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 15'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement des Innern schriftlich mitgeteilt.

B 4	5. Urteil vom 7. Oktober 2021 in Sachen WBF gegen A. (Apotheke Dr. A.) – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-842/2015)
-----	---

Urteil 2C_146/2018 des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2021, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, in Sachen Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, in Bern, Beschwerdeführer, gegen Dr. A. _____ (Apotheke Dr. A. _____), Beschwerdegegnerin, Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-842/2015).

Sachverhalt:

A.

Die Pharmaunternehmen Eli Lilly (Suisse) SA (im Folgenden: Eli Lilly), Bayer (Schweiz) AG (im Folgenden: Bayer) und Pfizer AG (im Folgenden: Pfizer) vertreiben unter anderem ihre vom Mutterkonzern hergestellten Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Cialis (Eli Lilly), Levitra (Bayer) und Viagra (Pfizer). Die genannten Arzneimittel sind verschreibungspflichtig, aber nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste-Medikamente).

B.

Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) eine Vorabklärung, da Eli Lilly, Bayer und Pfizer zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Preisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen. Am 26. Juni 2006 eröffnete das Sekretariat sodann gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eine Untersuchung gegen "die Pfizer AG, die Eli Lilly SA, die Bayer AG, die Grossistinnen Galexis AG, Voigt AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Amedis-UE AG, die Apothekerinnen und Apotheker, die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte und die e-mediat AG" (vgl. BBI 2006 9123). Am 2. November 2009 verfügte die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Sanktion (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/4 S. 649 ff., 700 f.) mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser

Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.

4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet: [...].

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.- Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. [Rechtsmittelbelehrung].

9. [Eröffnung].

10. [Eröffnung durch amtliche Publikation]."

C.

Die Sanktionsverfügung focht A. _____, Geschäftsinhaber der Apotheke Dr. A. _____, am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Dieses trat am 3. Dezember 2013 auf die Beschwerde nicht ein. Die von A. _____ dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht am 28. Januar 2015 gut, hob den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (Urteil 2C_73/2014 vom 28. Januar 2015).

D.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess am 19. Dezember 2017 die Beschwerde, soweit darauf einzutreten war, gut und stellte fest, "dass das (im Zeitraum vom 1. April 2004 bis am 31. Dezember 2008 erfolgte) Veröffentlichungen wie auch das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang keine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG darstellt".

E.

Am 12. Februar 2018 hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und u.a. beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017 (B-842/2015) aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen, eventuell das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Begründet wird die Be-

schwerde im Wesentlichen damit, dass das Bundesverwaltungsgericht Bundesrecht (KG) verletzt habe.

F.

Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Beschwerde, worauf der Beschwerdeführer repliziert und darauf der Beschwerdegegner wiederum dupliziert. Die Vorinstanz und die WEKO verzichten sowohl auf eine Vernehmlassung als auch auf einen Antrag.

Erwägungen:

1.

1.1. Öffentlich-rechtliche Endentscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und hiernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht dem WBF, dem Beschwerdeführer, gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG das Beschwerderecht zu (Urteil 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 144 II 246).

1.2. Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

1.3. Der Beschwerdeführer beantragt das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Entscheidung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 zu bestätigen. Vor Vorinstanz hat der Beschwerdegegner in der Hauptsache die vollumfängliche Aufhebung der Verfügung der WEKO vom 2. November 2009 und die Einstellung der Untersuchung durch die WEKO beantragt. Die Vorinstanz stellte nur fest, dass keine Wettbewerbsabrede bestanden habe und trat auf die anderen Begehren nicht ein. Der Beschwerdegegner selbst hat vor Vorinstanz obsiegt und deshalb keinen Anlass gehabt, eine Beschwerde vor Bundesgericht zu erheben, weshalb hier lediglich noch strittig ist, ob eine Abrede zwischen Herstellern und Verkaufsstellen bestanden hat.

2.

2.1. Mit den Entscheiden 2C_145/2018 vom 7. Oktober 2021, 2C_147/2018 vom 7. Oktober 2021 und 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021 (BGE 147 II 72) hat das Bundesgericht entschieden, dass eine Abrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen den Herstellern und den Verkaufsstellen vorliegt, die den Wettbewerb auf dem Medikamentenmarkt für erektile Dysfunktion erheblich beeinträchtigt und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, weshalb die drei Hersteller nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert wurden. Diese erfüllen als Täter den objektiven und subjektiven Tatbestand.

2.2. In Bezug auf die Verkaufsstellen hat das Bundesgericht ausgeführt, dass diese nicht an einer abgestimmten Verhaltensweise mitgewirkt hätten, wenn sie sich in ihrem Verhalten ausdrücklich von der Preisabstimmung distanzieren hätten, indem sie diese nicht befolgt hätten (BGE 147 II 72 E. 5.6 letzter Absatz). Der Beschwerdegegner erläutert in seiner Vernehmlassung, dass er der "Preisempfehlung" gefolgt sei, denn es sei für ihn aufgrund des Zeitaufwands unmöglich, eigene Preisberechnungen anzustellen. Er hat auch nicht dargelegt, dass seine Preisberechnung, welche er detailliert darzulegen hätte, zufälligerweise mit dem "verabredeten" Preis übereinstimmt. Der Beschwerdegegner ist somit der Abrede gefolgt.

2.3. Der Beschwerdegegner wendet ein, dass kein Druck ausgeübt und keine Anreize gesetzt worden seien. Diesbezüglich hat das Bundesgericht ausgeführt, dass die Indizien der Abstimmung zusammen mit dem Abstimmungserfolg derart aussagekräftig sind, dass keine weiteren Kriterien berücksichtigt werden müssen, um eine abgestimmte Verhaltensweise anzunehmen (BGE 147 II 72 E. 5.4.3). Der Beschwerdegegner äussert sich ferner, dass eine individuelle Preisberechnung aller Hors-Liste-Medikamente völlig praxisfremd sei. Diese Argumentation wäre allenfalls eine Frage der Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG, die hier aber nicht zu prüfen ist, da nicht die konkrete Konstellation Thema bildet.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-842/2015 vom 19. Dezember 2017 ist deshalb aufzuheben und die Verfügung der WEKO vom 2. November 2009 (Dispositiv Ziff. 1) zu bestätigen. Dementsprechend trägt der Beschwerdegegner die bundesgerichtlichen Gerichtskosten (Art. 65, 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet. Das Bundesverwaltungsgericht wird über die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung neu zu befinden haben (Art. 67 e contrario und 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (B-842/2015) aufgehoben und die Verfügung der WEKO vom 2. November 2009 (Dispositiv Ziff. 1) bestätigt.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

3.

Zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge des vorinstanzlichen Verfahrens wird die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement des Innern EDI schriftlich mitgeteilt.

B 4	6. Urteil vom 8. Dezember 2021 in Sachen WBF gegen 1. e-mediat AG, 2. Galexis AG, 3. Unione Farmaceutica Distribuzione SA – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundes-verwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-845/2015)
-----	---

Urteil 2C_148/2018 des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2021, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, in Sachen Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, in Bern, Beschwerdeführer, gegen 1. e-mediat AG, 2. Galexis AG, 3. Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Beschwerdegegnerinnen, alle drei vertreten durch [...], Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-845/2015).

Sachverhalt:

A.

Die Pharmaunternehmen Eli Lilly (Suisse) SA (im Folgenden: Eli Lilly), Bayer (Schweiz) AG (im Folgenden: Bayer) und Pfizer AG (im Folgenden: Pfizer) vertreiben unter anderem ihre vom Mutterkonzern hergestellten Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Cialis (Eli Lilly), Levitra (Bayer) und Viagra (Pfizer). Die genannten Arzneimittel sind verschreibungspflichtig, aber nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste-Medikamente).

B.

Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) eine Vorabklärung, da Eli Lilly, Bayer und Pfizer zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Preisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen. Am 26. Juni 2006 eröffnete das Sekretariat sodann gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eine Untersuchung gegen "die Pfizer AG, die Eli Lilly SA, die Bayer AG, die Grossistinnen Galexis AG, Voigt AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Amedis-UE AG, die Apothekerinnen und Apotheker, die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte und die e-mediat AG" (vgl. BBl 2006 9123). Am 2. November 2009 verfügte die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Sanktion (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/4 S. 649 ff., 700 f.) mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.

4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet: [...]

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.-- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.-- Franken, und unter solidarischer Haftung aufgelegt.

8. [Rechtsmittelbelehrung].

9. [Eröffnung].

10. Eröffnung durch amtliche Publikation]."

C.

Die Sanktionsverfügung fochten e-mediat AG, Galexis AG und Unione Farmaceutica Distribuzione SA am 15. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Dieses hiess am 3. Dezember 2013 die Beschwerde, soweit darauf einzutreten war, gut und hob die Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf. Begründet wurde die Gutheissung damit, dass vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG existieren würden, weshalb das KG nicht zur Anwendung käme, was auch für die Beschwerdeführerinnen gelten würde, da ihre aufgeworfenen Fragen akzessorisch zur Hauptfrage seien. Die durch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht am 28. Januar 2015 gut, hob den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (Urteil 2C_77/2014 vom 20. Januar 2015; in der Hauptsache: BGE 141 II 66). Das Bundesgericht hielt fest, dass Art. 3 Abs. 1 KG im zu beurteilenden Fall nicht anwendbar sei. Es bestehe Wettbewerb.

D.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess am 19. Dezember 2017 erneut die Beschwerde gut, soweit darauf einzutreten war, und hob die Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf.

E.

Am 12. Februar 2018 hat das WBF beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und u.a. beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017 (B-845/2015) aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen, eventuell das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Begründet wird die Beschwerde im Wesentlichen damit, dass das Bundesverwaltungsgericht Bundesrecht (KG) verletzt habe.

F.

Die Beschwerdegegnerinnen beantragen die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, worauf der Beschwerdeführer repliziert und darauf die Beschwerdegegnerinnen wiederum duplizieren. Die Vorinstanz und die WEKO verzichten sowohl auf eine Vernehmlassung als auch auf einen Antrag.

Erwägungen:**1.**

1.1. Öffentlich-rechtliche Endentscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht dem WBF, dem Beschwerdeführer, gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG das Beschwerderecht zu (Urteil 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 144 II 246).

1.2. Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

1.3. Der Beschwerdeführer beantragt in der Hauptsache das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Entscheidung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 zu bestätigen. In Bezug auf die Beschwerdegegnerinnen hat die WEKO darin Folgendes festgehalten: "Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen." Vor Vorinstanz haben die Beschwerdegegnerinnen primär die Aufhebung der gesamten Verfügung der WEKO vom 2. November 2009 und eventualiter die Aufhebung der Ziffer 3 der WEKO beantragt. Die Vorinstanz trat nur auf das Eventualbegehren ein. Die Beschwerdegegnerinnen haben keine Beschwerde erhoben. Insofern ist vor Bundesgericht lediglich noch strittig, ob Ziffer 3 des Disposi-

tivs der WEKO vom 2. November 2009 zu Recht aufgehoben wurde.

2.

Das Bundesgericht hat in der Hauptsache mit den Urteilen 2C_145/2018 vom 7. Oktober 2021, 2C_147/2018 vom 7. Oktober 2021 und 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021 (BGE 147 II 72) entschieden, dass zwischen den einzelnen Herstellern und den Verkaufsstellen eine Abrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise vorliegt, die den Wettbewerb auf dem Medikamentenmarkt für erektile Dysfunktion erheblich beeinträchtigt und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, weshalb die drei Hersteller nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert wurden. Diese erfüllen als Täter sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand.

Im vorliegenden Verfahren stellt sich die Frage, ob die Beschwerdegegnerinnen als Gehilfinnen der oder einer der Abredeparteien an der Abrede mitgewirkt haben und gegen sie Massnahmen erlassen bzw. allenfalls dafür sanktioniert werden können. Mit der Verfügung vom 2. November 2009 hielt die WEKO in Ziff. 3 des Dispositivs fest, dass die Beschwerdegegnerinnen "bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen [...] mehr vornehmen [dürfen]". Begründet wurde dies mit einem Hinweis auf Art. 1, 2 und 5 VStrR (SR 313.0) und Art. 25 und 26 StGB (SR. 311.0). In den Erwägungen führte die WEKO aus, dass die Beschwerdegegnerinnen Gehilfinnen, aber mangels genügend schwerem Tatbeitrag nicht nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren seien. In der Replik hat der Beschwerdeführer Art. 30 Abs. 1 KG als rechtliche Grundlage für die verfügten Massnahmen erwähnt.

3.

3.1. Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Die Umsetzung dieses Zwecks erfolgt durch Regelungen zu Abreden (Art. 5 KG), zu Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) sowie zu Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9 f. KG) und hauptsächlich in der Form des Verwaltungsrechts und von Verwaltungsverfahren - wie auch im vorliegenden Fall. Das Kartellrecht als Verwaltungsrecht auferlegt seinen Adressaten zahlreiche Pflichten. Zur Sicherstellung der Erfüllung dieser Verwaltungspflichten hat der Gesetzgeber präventive und repressive Verwaltungsmassnahmen bzw. verwaltungsrechtliche Sanktionen (Art. 30 Abs. 1, Art. 49a Abs. 1 und Art. 50 KG), aber auch Strafen (Art. 54 f. KG) vorgesehen, mit denen die verwaltungsrechtlichen Gebote und Verbote durchgesetzt werden sollen.

3.2. Dem vorliegenden Fall liegt eine Abrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise zugrunde. Die Abrede erfolgte zwischen den Herstellern von Medikamenten gegen erektile Dysfunktion und den Verkaufsstellen (BGE 147 II 72 E. 5.7). Die Beschwerdegegnerinnen sind das Scharnier zwischen den Abredeparteien, da sie im Wesentlichen das Informatikprogramm den

Verkaufsstellen zur Verfügung stellen. Gestützt darauf hat die WEKO die Beschwerdegegnerinnen verpflichtet, in Zukunft weitere "Gehilfenhandlungen" zu unterlassen (Ziff. 3 des Dispositivs).

3.3.

3.3.1. Das KG kennt textlich weder das Wort "Gehilfe" noch das Wort "Gehilfenhandlung". Im Rahmen des KG gibt es indes grundsätzlich zwei - nachfolgend darzustellende - Konstellationen (E. 3.3.2 und 3.3.3), bei welcher von einem Gehilfen bzw. von Gehilfenschaft gesprochen werden kann:

3.3.2. In Art. 54 ff. KG sind die Strafsanktionen geregelt, welche in Form einer Busse ergehen. Für die Verfolgung und die Beurteilung verweist Art. 57 KG auf das VStrR. Art. 5 VStrR kennt die Rechtsfigur der Gehilfenschaft. Gehilfenschaft zu einer Übertretung nach Art. 54 bzw. 55 KG wäre strafbar (vgl. auch CHRISTOF RIEDO/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 81 zu Art. 54 KG; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: BSK KG, a.a.O., N. 174 zu Vor Art. 49a-53 KG). Damit der von der Konstellation her in casu relevante Art. 54 KG aber überhaupt Anwendung finden kann, bedarf es eines vorgängig erlassenen behördlichen Entscheids, dem zuwider gehandelt wurde.

3.3.3. Adressat von verwaltungsrechtlichen Massnahmen nach Art. 30 KG oder von verwaltungsrechtlichen Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG kann nur sein, wer durch das Gesetz angehalten wird, sich wettbewerbskonform zu verhalten. Das KG spricht - wie bereits erwähnt - nicht ausdrücklich vom Gehilfen. "Gehilfe" kann daher nur sein, wer die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 i.V.m. Art. 5 KG erfüllt. In vorliegenden Fall heisst dies: Unternehmen, die sich i.S. von Art. 5 KG unzulässigerweise aufeinander abgestimmt haben; oder in den Worten von Art. 49a Abs. 1 KG: Unternehmen, die sich an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 beteiligt haben. Neben den Hauptakteuren können unter bestimmten Voraussetzungen - wie auch im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV - weitere Akteure als Gesetzesadressaten verstanden werden (siehe dazu etwa die rechtliche Auseinandersetzung von BENEDIKT SCHWARZKOPF, Externe Kartellunterstützer im Europäischen Kartellrecht, 2018, S. 69 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Auseinandersetzung in der EU).

Auch wenn die Massnahme nach Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtsähnlich ist und damit gewisse strafrechtliche Grundsätze anwendbar sind (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.2, E. 8.5; Urteil 2C_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.1.3), bleibt das kartellrechtliche Verfahren ein Verwaltungsverfahren (BGE 145 II 259 E. 2.6.2; 144 II 194 E. 4.4.2; 142 II 268 E. 4.2.5.2). Die Anwendbarkeit der strafrechtsähnlichen Grundsätze stützen sich direkt auf die EMRK und nicht auf das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht. Art. 5 VStrR ist deshalb nicht anwendbar. Das Gleiche würde auch für Art. 333 Abs. 1 StGB gelten, wobei in diesem Fall Art. 105 Abs. 2 StGB die Gehilfenschaft ohnehin nur in dem vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen bestraft, was bei Art. 49a Abs. 1 KG nicht zutrifft.

3.4.

3.4.1. Die Verfügung vom 2. November 2009 ist nicht Folge davon, dass die Beschwerdeführerinnen gegen eine vorgängig erlassene Verfügung der WEKO bzw. einen Entscheid einer Rechtsmittelinstanz zuwider gehandelt hat (erste Konstellation [oben E. 3.3.2]). Demnach ist Art. 54 KG und Art. 5 VStrR mit dem Begriff der Gehilfenschaft nicht anwendbar. Insofern bleibt zu prüfen, ob sich aus der zweiten Konstellation (oben E. 3.3.3) eine Grundlage ergibt, um die Beschwerdegegnerinnen zu Massnahmen (bzw. allenfalls zu Sanktionen) zu verpflichten.

3.4.2. Indem die WEKO die Beschwerdegegnerinnen verpflichtet hat, in Zukunft weitere Gehilfenhandlungen zu unterlassen, nimmt sie Bezug auf angeblich in der Vergangenheit erfolgte unzulässige Handlungen. Sie hat indessen bloss kurz und bündig festgehalten, dass die Beschwerdegegnerinnen Gehilfinnen mindestens einer der Abredeparteien seien, den diesbezüglichen Sachverhalt jedoch nicht einmal ansatzweise abgeklärt. Das Bundesverwaltungsgericht hat aufgrund seines Verständnisses, dass keine Wettbewerbsabrede vorliege, den Sachverhalt ebenfalls nicht festgestellt. Es liegt nicht am Bundesgericht, dies nachzuholen (vgl. Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG). Da das Bundesgericht Fälle zu beurteilen hat, welche sich auf einen genügend erstellten Sachverhalt stützen müssen, ist es auch nicht Aufgabe des Bundesgerichts unabhängig von einem genügend erstellten Sachverhalt in einem konkreten Fall rechtliche Ausführungen zu möglichen Konstellationen zu machen.

Da die WEKO den für die Beurteilung der Gehilfenschaft notwendigen Sachverhalt nicht einmal ansatzweise festgestellt hat, erübrigt sich auch der Eventualantrag des Beschwerdeführers (vgl. Urteil 2C_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2).

4.

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen. Für das bundesgerichtliche Verfahren sind vom Beschwerdeführer keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Dieser hat den Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren dagegen eine Parteienschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegnerinnen insgesamt eine Parteienschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren von Fr. 7'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement des Innern EDI schriftlich mitgeteilt.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
BB Bundesbeschluss
BBI Bundesblatt
BG Bundesgesetz
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer Bundesgericht
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN Bulletin officiel du Conseil national
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR Bundesrat
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV Bundesverfassung
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
CE Communauté Européenne
CE Conseil des Etats
CF Conseil fédéral
FR. Schweizer Franken / Fracs suisses / Franchi svizzeri
CO Code des obligations
Cost. Costituzione federale
CPC Code (cantonal) de procédure civile
CPS Code pénal suisse
cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
KMU Kleine und mittlere Unternehmen
KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF Loi fédérale / Legge federale
LL Legge federale sul lavoro
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPR Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Q		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
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)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 1094, 1101 f., 1112, 1119 f.
 abgestimmte Verhaltensweise 832, 843, 1093 ff., 1100,
 1102 ff., 1106 f., 1111 ff., 1118, 1120, 1122, 1126, 1129
 Abrede 812, 829, 831 f., 837, 839 ff., 846 ff., 852, 858, 894,
 906, 921, 925, 982, 985, 1035, 1052, 1084, 1092 ff.,
 1102 ff., 1111 ff., 1120, 1122 ff., 1128 f., 1130 ff.
 Acquiring 912, 914, 919
 Anhörung 976, 991, 1054
 Apotheker/innen 1092, 1100, 1105, 1110, 1118, 1123,
 1128, 1130
 Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 993, 1036, 1125
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste -
 Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
 Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 846, 1015
 Effizienzprüfung 1106
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 840, 846 f., 852
 Erheblichkeit 846, 1008, 1032, 1035, 1051, 1103 f., 1121 f.
 Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln 929
- I**
- Indizienbeweis -
 Interchange Fee 927
 Internalisierung eines Kostenfaktors
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 885 f., 1002, 1076 f., 1087
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 813, 844,
 854, 858, 893 f., 912, 916, 919 f., 922, 1068, 1078
 Koppelungsgeschäft 807, 821 f., 824
 Kostenraster -
 Krankenversicherer -
 Kreditkarten 914
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 819, 821, 824
- M**
- Marktaufteilung -
 marktbeherrschende Stellung 807, 812 f., 817 ff., 824,
 826 ff., 829, 835, 856, 859, 867, 878 f., 882 ff., 889 ff.,
 893, 895, 900 ff., 906, 908, 911, 913, 915, 917 f., 920 f.,
 923, 925, 932, 934, 1001 f., 1071, 1074, 1080, 1084
 Marktgegenseite 813 ff., 819, 821, 824, 835, 844 f., 859,
 864 f., 885, 895 f., 914, 999, 1001, 1032
 Marktorganisation -
 Marktstruktur 817, 832, 886, 1001, 1036, 1041
 Marktzutrittsschranken 819, 823, 1004
 Meldepflicht 855, 858 f., 893, 895, 905, 907, 909, 913,
 916 f., 920, 923, 1084, 1091
 Missbrauch 807, 813, 819, 821, 823, 828 f., 835, 932, 973,
 979, 989 f., 993, 997, 1003, 1029, 1031 ff., 1037, 1044,
 1055, 1058, 1064, 1071, 1079 f., 1090 f.
- N**
- Netzwerk 807, 954 f., 892 f., 997, 999, 1007, 1021, 1024
 Netzwerkkosten -
 Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 1094, 1101 f., 1112, 1119 f.
 potenzieller Wettbewerb 819
 Preisabrede 846, 1097, 1102, 1104 ff., 1115, 1120, 1122,
 1124
 Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 809 f., 819 ff., 931 ff., 1060, 1075, 1087, 1100 f.,
 1106, 1118 f.
 Reduktion der Sanktion 851
- S**

Sanktionen 841, 846, 848, 928, 932, 1064, 1092, 1103,
1110, 1121, 1125, 1128, 1130 ff.

Senkung Herstellkosten -

Submission 696 ff.

Submissionskartell -

T

Tarife 811, 943, 946

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 813 f., 828, 837, 839 ff., 844 ff., 849 ff.,
895 ff., 914, 927, 932 ff., 973, 976, 978, 991 f., 995,
997 ff., 1001, 1007, 1022, 1025 f., 1040 f., 1048, 1050 f.,
1053, 1056, 1058 f., 1061, 1063 f., 1071, 1073, 1086,
1092, 1097, 1100, 1110, 1115, 1118, 1128 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede 829, 831, 841 f., 1092 f.,
1103, 1110 f., 1120, 1128, 1130

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 926 ff., 933 f., 936, 1055 ff., 1067 ff.,
1071 ff., 1077 ff., 1082, 1084 ff., 1088, 1090, 1108

Verschulden 847 f., 1034, 1056, 1107, 1126

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 812, 841 f., 858, 1092, 1110,
1130

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -