

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

2017/4

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: 727.000.17/4)

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

2017/4

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 2018

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	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	

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	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	

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	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	

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. Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)	542
	2. Vorabklärung betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY	559
	3. Vorabklärung betreffend Laborreagenzien	565
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Peugeot SA/Opel	567
	2. Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos	574
	3. MOVE Mobility	577
	4. Tamedia/Tradono Switzerland	579
	5. HSDG/Maersk Line A/S	590
	6. BuyIn S.A.	619
8.	BGBM LMI LMI	
	1. Prise de position du 14 décembre 2015 de la Commission de la concurrence COMCO dans le cadre des procédures 2C_880/2015 et 2C_885/2015	631
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil B-5911/2014 vom 30. Oktober 2017, A., B. und C. gegen Wettbewerbskommission WEKO, betreffend Publikation der Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht	644
	2. Urteil B-5920/2014 vom 30. Oktober 2017, A., B. und C. gegen Wettbewerbskommission WEKO, betreffend Publikation der Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht	663
	3. Urteil vom 14. November 2017 X AG gegen Wettbewerbskommission wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede	680
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 24. Oktober 2017 Bayerische Motoren Werke AG gegen Wettbewerbskommission – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 13. November 2015	689
E	Diverses Divers Diversi	
	1. Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz	696
	2. Gutachten: Erstellung einer Netzwerkinfrastruktur für die BORS	713
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	718
	Index (deutsch, français e italiano)	720

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)

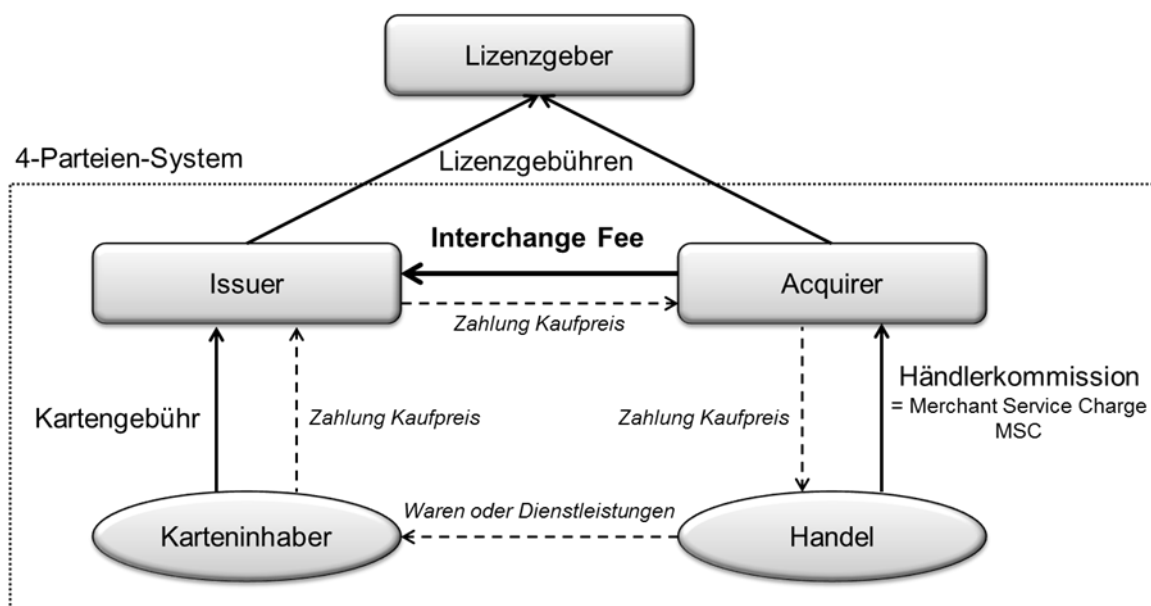
Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 16. August 2017 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF) wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

1. Gegenstand der Vorabklärung ist das von Mastercard Europe SA (Mastercard) gemeldete Vorhaben, eine Interchange Fee für ihre Debitkartenprodukte Maestro und Debit Mastercard einzuführen. Dabei soll sich aufgrund früherer Verfahren der Wettbewerbsbehörden (vgl. unten Rz 16 ff.) die Interchange Fee auf Zahlungen im elektro-

nischen und mobilen Handel (E- & M-Commerce) beschränken (sogenannte Secure Digital Debit Interchange Fee [SDDIF]). Mastercard bringt im Wesentlichen vor, dass die geplante Interchange Fee notwendig sei, damit zukünftig ihre Debitkartenprodukte im E- & M-Commerce eingesetzt werden könnten.

A.1.2 Interchange Fees

2. Bei den Interchange Fees handelt es sich um ein Entgelt, welches – wie die nachfolgende Grafik illustriert – bei Transaktionen in einem 4-Parteien-System durch die Acquirer an die Issuer zu bezahlen ist:



3. Bei einer Zahlkartentransaktion in einem 4-Parteien-System sind folgende Marktteilnehmer involviert:

- *Issuer*: Unternehmen, welche die Zahlkarten an die Karteninhaber herausgeben.

- *Acquirer*: Unternehmen, welche die Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz von Zahlkarten anwerben und mit ihnen entsprechende Verträge abschliessen.
 - *Karteninhaber*: Personen, welche ihre Zahlkarte zur Bezahlung einer Ware oder Dienstleistung einsetzen.
 - *Handel*: Unternehmen, welche die Bezahlung durch Zahlkarte akzeptieren.
4. Dabei fallen typischerweise folgende Gebühren an:
- *Händlerkommission*, auch Merchant Service Charge (MSC) genannt: Die MSC wird vom Händler an den Acquirer bezahlt. Sie wird in der Regel prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben. Ein Teil der MSC wird vom Acquirer in Form der Interchange Fee an den Issuer weitergegeben.
 - *Interchange Fee*: Gebühr, welche üblicherweise vom Acquirer an den Issuer bezahlt wird. Sie wird prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben.
 - *Kartengebühren*: Gebühren, welche der Karteninhaber dem Issuer bezahlt (z.B. Jahresgebühr, Gebühren für Fremdwährungstransaktionen, Zinsen etc.).
5. Nicht direkt in die Transaktion involviert ist der Lizenzgeber des jeweiligen Zahlkartensystems (Card Scheme). Der Lizenzgeber regelt über ein Regelwerk die Zusammenarbeit zwischen Issuern und Acquirern sowie deren Kunden innerhalb des jeweiligen Zahlungssystems.

A.1.3 E- & M-Commerce

6. In der Schweiz können Transaktionen mit den Debitkarten von Mastercard nur unter Einsatz der physischen Debitkarte an einem physischen Point of Sale (POS) abgewickelt werden. Die gemeldete SDDIF betrifft nicht solche Transaktionen, sondern nur solche in einer digitalen Umgebung. Im Einzelnen geht es um folgende Bereiche:

- *E-Commerce* (auch elektronischer Handel oder Onlinehandel): Zahlungen für den Kauf und Verkauf von Gütern, digitalen Inhalten oder Dienstleistungen im Internet, die webbasiert am Desktop oder über einen mobilen Internetbrowser bei inländischen Online-Händlern (z.B. Digitec, Ticketcorner) erfolgen.
- *M-Commerce* (auch mobiler Handel): Die Zahlungen werden unter Verwendung mobiler Endgeräte (z.B. Smartphones, Tablets) und mobiler elektronischer Kommunikationstechniken (z.B. Mobilfunk, W-LAN, Bluetooth, NFC) durchgeführt. Im Zusammenhang mit der geplanten SDDIF sind folgende Anwendungsfälle relevant:
 - o *In App*: Kauf von digitalen und/oder physischen Gütern oder Dienstleistungen über eine (mobile) Applikation (z.B. Fahrscheine über die SBB App).

- o *Tokenized Mobile Payments*: Transaktionen am POS die nicht unter Verwendung der physischen Karte, sondern eines mobilen Geräts (Smartphones, Wearables) bezahlt werden (z.B. mittels NFC, Bluetooth, QR-Code). Um die Sicherheit der Transaktion zu gewährleisten, werden sogenannte Tokens (Sicherheits-Schlüssel) eingesetzt.
- o *E-Wallet*: Als E-Wallet werden digitale Portmonnaies bezeichnet. Solche E-Wallets können unterschiedlich ausgestaltet sein. Mastercard unterscheidet in der Meldung zwischen *Staged Wallets* und *Pass-through Wallets*. Das *Staged Wallet* wird in einem ersten Schritt aufgeladen, so dass das Aufladen und der spätere Bezahlvorgang zwei unabhängige Transaktionen bilden. Der eigentliche Bezahlvorgang erfolgt separat zum Aufladeprozess. Auf der Transaktion zum Aufladen des Wallets kommt die SDDIF zur Anwendung, hingegen fällt beim Bezahlvorgang keine SDDIF von Mastercard mehr an (die SDDIF kommt somit nur einmal zur Anwendung, es erfolgt keine Doppelbelastung). Im *Pass-through Wallet* werden Informationen für ein bestimmtes Zahlungsinstrument wie das Debitprodukt von Mastercard hinterlegt. Es findet nur die eigentliche Bezahltransaktion mit dem hinterlegten Zahlungsmittel statt, so dass die SDDIF direkt zur Anwendung gelangt. Ein Beispiel für ein *Staged Wallet* bildet PayPal, während Apple Pay, Samsung Pay oder auch MasterPass *Pass-through Wallets* bilden.¹

A.2 Verfahren

7. Mastercard hat den Gegenstand der Vorabklärung dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) erstmals anlässlich eines Treffens am 24. März 2016 zur Kenntnis gebracht. Das Sekretariat hat daraufhin mit Schreiben vom 12. April 2016 Handlungsoptionen dargelegt und namentlich die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens angeregt, mit dem sich am ehesten Rechtssicherheit erreichen lasse.

8. Am 30. September 2016 reichte Mastercard einen Meldungsentwurf ein. Daraufhin hat das Sekretariat Mastercard mit E-Mail vom 6. Oktober 2016 diverse Fragen zum Entwurf zukommen lassen, auf die im Rahmen der anschliessenden definitiven Meldung eingegangen wurde.

9. Die definitive Meldung gemäss Widerspruchsverfahren traf am 14. November 2016 beim Sekretariat ein. Die Eingangsbestätigung des Sekretariates erfolgte am nächsten Tag.

¹ Vgl. zu den unterschiedlichen *E-Wallets* auch CORNELIA STENGER/THOMAS WEBER, Digitale und mobile Zahlungssysteme, 2016, 48 ff., die zudem zwischen *Staged Wallet* und *Top-up Wallet* differenzieren. Das *Top-up Wallet* kennzeichnet sich durch seinen Vorauszahlungscharakter (Prepaid).

10. Mit Schreiben vom 30. November 2016 reichte Mastercard auf Aufforderung hin eine nicht-vertrauliche Zusammenfassung der Meldung nach, damit einige ausgewählte Marktteilnehmer zum Vorhaben befragt werden konnten.

11. Mit Auskunftsbegehren vom 20. Dezember 2016 bat das Sekretariat Issuer (Swisscard, Viseca, UBS und Cornèr Banca), Acquirer (SIX, Aduno, B+S Card Services und Concardis), Konkurrenten (Apple, TWINT), Verbände (Verein Elektronischer Zahlungsverkehr [VEZ], Swiss Retail Federation [SRF] und Versandhandel Schweiz [VSV]) und Händler (Migros, Coop, SBB, Aldi, Lidl, Brack, Zalando, Swiss, Ricardo und Ticketcorner) um Stellungnahme zum Vorhaben bis zum 11. Januar 2017. Die meisten Befragten verlangten eine Fristverlängerung, weswegen das Sekretariat die Einreichfrist bis zum 25. Januar 2017 erstreckte.

12. Mit Schreiben vom 6. März 2017 eröffnete das Sekretariat die vorliegende Vorabklärung noch innerhalb der fünfmonatigen Widerspruchsfrist (Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG). Die Unterlagen aus dem Widerspruchsverfahren wurden in die Vorabklärung übernommen. Die Wettbewerbskommission (WEKO) wurde in der Plenarsitzung vom 27. März 2017 über die Eröffnung der Vorabklärung in Kenntnis gesetzt.

13. Anlässlich eines Treffens am 10. Mai 2017 wurde Mastercard über die vorläufige Beurteilung des Sachverhalts durch das Sekretariat und die Ergebnisse der Marktbefragung informiert. Zudem zeigte das Sekretariat auf, was der Inhalt von Anregungen des Sekretariates bzw. Zusagen von Mastercard sein könnte, damit nach dem Vorbild der früheren Vorabklärungen *V PAY*² und *Debit Mastercard*³ ein „Safe Harbor“ für die Einführung einer Interchange Fee im Bereich des E- & M-Commerce definiert werden könnte. Weitere Gespräche fanden telefonisch am 2. und 8. Juni 2017 statt.

14. Mit Schreiben vom 11. Juli 2017 reichte Mastercard ein Zusagenschreiben ein, welches als Folge der Diskussionen mit dem Sekretariat diverse Abweichungen von der Meldung vom 14. November 2017 enthält und klarstellt, welche Rahmenbedingungen Mastercard bereit ist bei einer Einführung der SDDIF einzuhalten.

15. Mit Schreiben vom 8. August 2017 reichte Mastercard eine Ergänzung der Zusagen bezüglich der Berichterstattung ein.

A.3 Frühere Verfahren der Wettbewerbsbehörden

16. Das Sekretariat hat sich bereits mehrmals zu Interchange Fees bei Debitkarten geäussert. Im Fall *DMIF für Maestro-Transaktionen* gelangte das Sekretariat im Rahmen einer ebenfalls durch eine Meldung gemäss Widerspruchsverfahren ausgelösten Vorabklärung zum Schluss, dass es Anhaltspunkte dafür gebe, dass die geplante DMIF eine erhebliche Wettbewerbsabrede darstellen würde, so dass eine Einführung der DMIF eine Untersuchung zur Folge hätte.⁴ Aufgrund der drohenden Untersuchung und Sanktion wurde keine Interchange Fee für Maestro eingeführt. Die meldenden Parteien haben dann erfolglos versucht, eine Feststellungsverfügung der WEKO zu erzwingen, was aber durch das Bundesgericht in BGE 135 II 60 abgelehnt wurde.

17. Auch in den weiteren Verfahren zu Debitkarten (*Maestro Fallback Interchange Fee und Debit Mastercard Interchange Fee*⁵ sowie *V PAY*⁶) wurde eine Interchange Fee für Debitkarten als kartellrechtlich problematisch qualifiziert, allerdings wurde für die neuen Produkte *V PAY* und *Debit Mastercard* ein temporäre Interchange Fee (max. 3 Jahre) zum Zweck des Markteintritts zugelassen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurden die Rahmenbedingungen für diese Markteintritte im Rahmen von Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG definiert, wobei diese Anregungen auf Zusagen der Parteien basierten. Das Sekretariat hielt fest, dass es bei einer Einhaltung der Anregungen keine Untersuchungseröffnung bei der WEKO beantragen würde. Zudem wurde die WEKO über die Anregungen informiert und ihre Zustimmung in dem Sinne eingeholt, dass die WEKO das Sekretariat nicht mit einer Untersuchungseröffnung beauftragte (Art. 27 Abs. 1 KG). Auf diese Weise wurde ein „Safe Harbor“ für das Vorhaben der Parteien geschaffen.⁷

A.4 Gegenstand der Meldung vom 16. November 2016

18. Anlässlich der Meldung vom 16. November 2016 hatte Mastercard ihre SDDIF wie folgt definiert:

- *Zeitlich unbefristete* Interchange Fee.
- unilaterale Festlegung durch Mastercard.
- beschränkt auf *Secure Digital*, d.h. auf sichere digitale Zahlungsmethoden.
- Anwendung im *E-Commerce* (webbasierter Einkauf), *InApp* und bei Zahlungen mit mobilen Geräten wie Smartphones und Wearables (*Tokenized Mobile Payments*) sowie bei der „Aufladung“ digitaler Portemonnaies (E-Wallet).
- Einheitssatz von 0.35 % oder mindestens CHF 0.02 pro Transaktion. Allerdings mit dem Vorbehalt der späteren Einführung spezifischer Sätze, wobei der gewichtete Durchschnitt 0.35 % nicht überschreiten soll.

19. Als Begründung für die Notwendigkeit der Einführung einer SDDIF hat Mastercard namentlich vorgebracht:

- Die SDDIF sei erforderlich, da die Issuer nur dann gewillt seien in Debitkarten im Bereich des elektronischen Handels zu investieren, wenn eine Interchange Fee dauerhaft fliesse. Dies umso mehr, als bei Kreditkarten eine unbefristete Interchange Fee erlaubt sei.

² RPW 2009/2, 122 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für V PAY* (nachfolgend: *V PAY*).

³ RPW 2012/4, 764 ff., *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit Mastercard Interchange Fee* (nachfolgend *Maestro FIF/Debit MC IF*).

⁴ RPW 2006/4, 601 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen* (vgl. insb. S. 621 Rz 177 ff.).

⁵ RPW 2012/4, 764 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*.

⁶ RPW 2009/2, 122 ff., *V PAY*.

⁷ Vgl. RPW 2009/2, 141 Rz 168, *V PAY*.

- In der EU seien Interchange Fees für sichere Transaktionen im E- & M-Commerce für Kredit- und Debitkarten erlaubt. Die Legitimation von Interchange Fees werde weltweit von keiner Behörde bestritten.
- Während physische POS-Transaktionen darauf abzielten, die Verwendung von Bargeld zu ersetzen, gehe es im E- & M-Commerce um Zahlungstransaktionen, bei denen mit physischen Karten oder Bargeld gar nicht bezahlt werden könne.
- Das „Verbot“ von Interchange Fees führe zu einer Wettbewerbsverzerrung gegenüber Dreiparteien-Zahlungssystemen wie Postfinance Card oder PayPal sowie gegenüber unregulierten Vierparteien-Zahlungssystemen wie TWINT, wo aufgrund der direkten Verknüpfung mit dem Bank- oder Postkonto eine de facto Debitzahlungsfunktion bestehe.⁸
- Aufgrund von TWINT werde SIX zum einzigen Komplettdienstleistungsanbieter. Konkurrierende und v.a. internationale Acquirer hätten keinen Zugang, weil Paymit und TWINT proprietäre Systeme seien. Deshalb sei es entscheidend, dass sich offene, internationale Vierparteien-Debitsysteme am elektronischen Handel beteiligen könnten.
- Mangels Rechtssicherheit bezüglich der Interchange Fees hätten weder V PAY noch Debit Mastercard in der Schweiz Fuss fassen können.
- Die E- & M-Commerce-Funktionalität führe auch wegen der hohen Sicherheitsstandards zu Initial- als auch wiederkehrenden Investitionen, weshalb temporäre Interchange Fees bisher keinen Erfolg zeigten.
- Die gemeldete SDDIF führe zu einer grösseren Auswahl an Zahlungsmöglichkeiten im E- & M-Commerce für Händler und Karteninhaber. Zudem sei das Produkt günstig.
- Es gebe offensichtliche Effizienzgewinne, denn ohne die SDDIF könnten sich auf den Plattformen von Mastercard keine neuen Produkte für Debitzahlungen im elektronischen oder mobilen Handel entwickeln. Für Konsumenten und Händler komme es zu einem Wohlfahrtsgewinn durch mehr Wahlfreiheit.
- Der Händler welcher die Debitkartenprodukte von Mastercard am physischen Verkaufspunkt annehme sei nicht verpflichtet, dies auch im E-Commerce oder für In-App Zahlungen zu tun. Umgekehrt könnten die Produkte auch nur im Online-Store angenommen werden, ohne Verpflichtung, sie auch am POS anzunehmen.
- Es bestehe ein Markt für digitale Debitzahlungen, auf dem Maestro bisher nicht tätig sei (und daher auch nicht marktbeherrschend sein kann).

20. Bezüglich der Höhe des Satzes führte Mastercard aus, dieser sei zwar nominell höher als die Obergrenze von 0.2 % gemäss der EU-Regulierung, doch sei das Anwendungsgebiet auf den elektronischen und mobilen Handel eingeschränkt, der ständig abnehmende durch-

schnittliche Transaktionsbeträge verzeichne. Der Unterschied auch zu den CHF 0.20 für die Debit Mastercard (und V PAY) rechtfertige sich durch leicht höhere Sicherheitsrisiken und geringere Transaktionsbeträge, die dazu führen würden, dass es zu keinem angemessenen Ertrag aus den Interchange Fees kommen würde.

21. Mastercard führte schliesslich noch aus, dass keine Exklusivitäten mit externen Dienstleistungsanbietern wie Apple Pay oder Samsung Pay vorgesehen seien. Das System sei offen und diskriminierungsfrei. Jeder Systemteilnehmer bleibe frei auch konkurrierende Systeme zu verwenden. Auch die Wahl der Dienstleister für Sicherheitssysteme bleibe für Issuer und Acquirer offen.

A.5 Marktbefragung

22. Die geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Meldung wurde verschiedenen Marktakteuren zur Stellungnahme zugeschickt. Es gingen zusammengefasst folgende Reaktionen ein:

23. Der *Handel* und die *Verbände des Handels* würden es begrüessen, wenn die Debitkarten E- & M-Commerce fähig würden. Mehrheitlich wird aber bestritten, dass dazu eine Interchange Fee erforderlich ist. Allerdings sind die Antworten im Detail dann doch nicht so kategorisch. Mehrheitlich werden folgende Forderungen gestellt:

- Die Interchange Fee darf nicht höher als 0.2% liegen (wie EU).
- Keine Interchange Fee für Tokenized Mobile Payments, d.h. für Zahlungen mit dem Mobile am POS. Für Zahlungen am POS soll – unabhängig davon, ob eine Karte oder ein Mobile eingesetzt wird – die Interchange Fee Null betragen.
- Zulassung von Non-Secure-Transaktionen, mit höherer Interchange Fee (+ CHF 0.05).
- Teilweise wird eine zeitliche Limitierung verlangt.
- Teilweise wird eine Obergrenze der Interchange Fee von CHF 0.20 verlangt.
- Von Vertretern des Online-Handels wird eine Gleichstellung des Online- mit dem Offline-Handel verlangt (Online soll nicht „interchange-freies“ Offline „subventionieren“).

24. Weitere Forderungen sind etwa der Verzicht auf den Mindestbetrag von CHF 0.02, die Zulassung von Surcharging und die Freiheit, Karten am POS anzunehmen und Online abzulehnen.

25. Auch die *Issuer*, welche Debitkarten herausgeben oder deren Herausgabe planen (Viseca), begrüessen das Projekt und die geplante SDDIF. Sie würden allerdings eine unbefristete, technologieunabhängige Interchange Fee bevorzugen. Von der Höhe her erachten sie die vorgeschlagenen 0.35 % für angemessen mit der Begründung, dieser Prozentsatz ergebe sich aus den 0.2 %

⁸ Vgl. zu TWINT: RPW 2016/4, 1064 ff., *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.

wie in der EU plus dem „Schweiz-Zuschlag“ wie bei den Kreditkarten von 0.15 %. Falls bei allen Transaktionen eine Interchange Fee zugelassen würde, so müsste diese zwischen 0.25 % und 0.35 % liegen. Die Issuer argumentieren dabei mit hohen und wiederkehrenden Kosten für das Debitkarten-Issuing. Würde die Interchange Fee auf nur 0.2 % und nur im E- & M-Commerce festgesetzt, sei unklar ob die notwendigen Investitionen überhaupt getätigt würden.

26. Die *Acquirer* sind eher indifferent. Die Höhe der Interchange Fee spielt keine entscheidende Rolle, weil sie an die Händler weitergegeben würde. Der grösste *Acquirer* SIX bringt vor, es müsste ein einfaches Interchange Fee-Modell ohne spezifische Branchensätze oder strategische Programme gewählt werden, welche zu einer Ungleichbehandlung der Händler führen könnten.

27. Von den befragten Payment-Service-Anbietern hat *TWINT* angegeben, der zusätzliche Wettbewerb werde begrüsst und zum Finanzierungsmodell enthalte man sich einer Aussage. Apple gibt an, dass *Apple Pay* für alle Parteien offen sei und die Debitprodukte von Mastercard unterstützt würden, wobei die Höhe der SDDIF keine Rolle spielen würde.

A.6 Paralleles Verfahren V PAY

28. Am 13. Februar 2017 fand ein von Visa Europe Limited (Visa) initiiertes Treffen zum Thema V PAY statt. Gegenstand des Meetings war die Frage, was mit der Interchange Fee für V PAY geschieht nach Ablauf der Frist von 3 Jahren nach der Markteinführung, für welche das Sekretariat eine Interchange Fee für zulässig erachtet hatte („Safe Harbor“).⁹

29. Am 22. März 2017 stellte Visa den schriftlichen Antrag auf Verlängerung und Anpassung der Rahmenbedingungen gemäss Schlussbericht. Dabei legte Visa unter anderem dar, dass Roundtables mit den wichtigsten Marktteilnehmern stattgefunden hätten (Raiffeisen, UBS, Coop, Migros, SBB, VEZ und VSV) mit dem Ziel, eine langfristige Lösung für das Produkt in der Schweiz zu finden. Die folgenden Rahmenbedingungen seien an den Roundtables als akzeptabel erachtet¹⁰ und wurden daher von Visa im Sinne veränderter Rahmenbedingungen beantragt:

- Maximale durchschnittliche Interchange Fee im Präsenzgeschäft: CHF 0.12.
- Maximale durchschnittliche Interchange Fee bei „Card Absent“-Transaktionen: 0.29 % plus CHF 0.05 für Non-Secure-Transaktionen.
- Tokenized Mobile Payments am Terminal gelten als „Card Present“-Transaktionen.
- Der „Safe Harbor“ wird auf unbestimmte Zeit gewährt, mit einer Kündigungsmöglichkeit des Sekretariats bei Erreichen eines Marktanteils von 15 % oder (nach einer Überprüfung im Jahr 2021) per Ende Januar 2022.

30. Zudem stellte Visa die Anträge, dass die „Non Discrimination Rule“ wieder durchgesetzt werden dürfe und dass die Rahmenbedingungen auch für das Produkt „Visa Debit“ gelten sollten.

31. Das Sekretariat hat Mastercard am 12. April 2017 eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Eingabe von Visa zukommen lassen.

A.7 Zusagenschreiben vom 11. Juli 2017

32. Im Nachgang zu den diversen Besprechungen mit dem Sekretariat hat Mastercard die ursprüngliche Meldung angepasst und sich im Rahmen von Zusagen bereit erklärt, folgende Rahmenbedingungen einzuhalten:

- Für die Höhe der SDDIF einen gewichteten Durchschnittswert von 0.31 % während 5 Jahren. Danach sinkt der Grenzwert auf 0.20 %.
- Der Satz gilt für alle mobilen Transaktionen, also auch bei einem Mobile-Zahlungen am POS-Terminal. Überschreitet allerdings das Volumen solcher Transaktionen die Grenze von 15 % aller Transaktionen mit Debitkarten am POS in der Schweiz, so reduziert sich die Höhe der Interchange Fee für diese Transaktionen auf 0.20 % auch vor Ablauf der 5 Jahre.
- Mastercard plant die Einführung einer „No-Surcharging-Rule“, wie sie dem europäischen Standard entspricht.
- Die einzelnen Sätze der SDDIF werden auf der Website von Mastercard publiziert.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

34. 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). Mastercard sowie die Issuer und Acquirer von Mastercard-Debitkarten sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

35. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen oder Marktmacht ausüben, wird nachstehend unter Art. 5 KG eingegangen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Preise

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

⁹ RPW 2009/2, 141, Schlussfolgerungen 2c und 5, V PAY.

¹⁰ Visa hat die entsprechenden Schreiben der Roundtable-Teilnehmer dem Sekretariat eingereicht.

B.3.1 Wettbewerbsabrede

B.3.1.1 Tatbestand

38. 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).

39. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.3.1.2 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

40. Die WEKO hat in den Untersuchungen zu den Interchange Fees bei Kreditkarten (KKDMIF I¹¹ und KKDMIF II¹²) das Vorliegen von horizontalen Abreden unter den Issuern einerseits und unter den Acquirern andererseits bejaht. Ein wichtiges Element dafür war, dass die Interchange Fees für Kreditkarten durch die Issuer und Acquirer *multilateral* im Rahmen von Kartengremien gemeinsam festgelegt wurden.¹³ Weiter hat die WEKO im Fall KKDMIF II bezüglich eines Unternehmens, welches nicht an den Verhandlungen teilnahm, festgehalten, entscheidend seien die Anwendung der Interchange Fees und die damit verbundene horizontale Koordinierung mit den Konkurrenten. Es liege daher eine abgestimmte Verhaltensweise vor.

41. In den Fällen *V PAY* und *Debit Mastercard Interchange Fee* unterschied sich der Sachverhalt gegenüber den Kreditkartenfällen insofern, als Visa und Mastercard die Interchange Fee *unilateral* festlegten. Das Sekretariat führte aus, dass Kredit- und Debitkartensysteme komplexe Mehrparteienbeziehungen beinhalten würden, welche sowohl horizontale wie vertikale Aspekte aufweisen:¹⁴

- Es würden *vertikale Abreden* zwischen dem Card Scheme und den Issuern und Acquirern vorliegen. Das Card Scheme gebe die Interchange Fee vor und die Scheme-Teilnehmer seien an diese gebunden. Es lägen daher rechtlich verbindliche Abreden vor.
- Trotz der unilateralen Festlegung liege zudem weiterhin je eine *horizontale Abrede* unter den Issuern einerseits und den Acquirern andererseits vor, welche die Interchange Fee umsetzen, im Wissen darum, dass sich alle gleich verhalten würden. Die *Wirkung* der Interchange Fee sei horizontal. Sie führe zu einem bewussten und gewollten Zusammenwirken zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen, so dass von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen sei.

42. Im laufenden Jahr ist Mastercard dazu übergegangen, auch im Bereich der Kreditkarten die Interchange Fee *unilateral* festzulegen. Das Sekretariat hat auch in diesem Kontext unter Berufung auf die bisherige Praxis darauf hingewiesen, dass es bei einer unilateralen Festsetzung nach wie vor von horizontalen Abreden ausgeht. Um eine Verletzung der mit den Issuern und Acquirern geschlossenen EVR III zu verhindern, hat sich Master-

card in einem Zusagenschreiben verpflichtet, bei der Festsetzung die Vorgaben der EVR III zu beachten (namentlich die Obergrenze für die Interchange Fee einzuhalten).

43. Es ist kein Grund ersichtlich, in der vorliegenden Vorabklärung von der bisherigen Praxis abzuweichen:

44. Es handelt sich um eine ähnliche Konstellation wie im Fall der Buchpreisbindung, bei welchem das Bundesgericht ausdrücklich den Entscheid der WEKO bestätigte und festhielt, dass „eine Vielzahl von *Vertikalabreden einer Horizontalabsprache gleichzustellen sind, wenn sie auf irgendeine Weise verknüpft oder mit einer Horizontalabrede kombiniert sind, namentlich falls sie vom gleichen marktmächtigen Unternehmen ausgehen oder in irgendeiner Form, zum Beispiel durch das Einsetzen einer neutralen Aufsichtsinstanz, zentral koordiniert erscheinen*“.¹⁵

45. Wie bei der Buchpreisbindung werden Interchange Fees generell sowie auch die SDDIF im vorliegenden Fall durch ein Bündel vertikaler Abreden umgesetzt. Die vertikalen Abreden sind alle identisch und gehen vom selben Unternehmen, hier die Zahlungsorganisation Mastercard, aus. Die vertikalen Abreden sind zudem dadurch verknüpft, dass sie für alle Issuer und Acquirer die gleichen Regeln vorsehen (Global Rules). Namentlich haben alle die von Mastercard vorgegebenen Interchange Fees umzusetzen, sofern Issuer und Acquirer diese nicht bilateral untereinander aushandeln.¹⁶

46. Auch aufgrund der *Honor All Cards Rule (HACR)* in ihrem Teilgehalt als *Honor All Issuer Rule (HAIR)* ist sichergestellt, dass kein Issuer vom System ausgeschlossen werden kann. Selbst wenn die Issuer und Acquirer die SDDIF nicht selbst untereinander verhandeln, so wenden sie diese doch *multilateral* an und koordinieren sich so horizontal. Letztlich ist genau dies der Zweck der SDDIF: nicht die vertikalen Beziehungen zu Mastercard sollen geregelt werden, sondern das horizontale Verhalten unter den Issuern einerseits und unter den Acquirern andererseits sollen abgestimmt werden.¹⁷

B.3.1.3 Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung

47. Durch die Kartenindustrie wird das Argument vorgebracht, Interchange Fees bezweckten oder bewirkten keine Wettbewerbsbeschränkung. Sie stellten vielmehr einen Ausgleichsmechanismus dar, um die Kosten des Zahlungssystems entsprechend dem jeweiligen Grenznutzen auf zwei unterschiedliche „Nutzergruppen“ (d.h. Händler und Karteninhaber) zu verteilen, wobei die unterschiedlichen Preiselastizitäten berücksichtigt würden (Optimierung des Gesamtsystems).

¹¹ RPW 2006/1, 65 ff., *Kreditkarten – Interchange Fee (nachfolgend: KKDMIF I)*.

¹² RPW 2015/2, 165 ff., *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (nachfolgend: KKDMIF II)*.

¹³ Vgl. RPW 2015/2, 173 Rz 73, *KKDMIF II*; RPW 2006/1, 82 f. Rz 133 ff., *KKDMIF I*.

¹⁴ RPW 2009/2, 130 f. Rz 74 ff., *V PAY*; RPW 2012/4, 787 f. Rz 199 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*.

¹⁵ BGE 129 II 18, 26 E. 6.2, *Buchpreisbindung*.

¹⁶ Vgl. RPW 2012/4, 788 Rz 205, *Maestro FIF/Debit MC IF*.

¹⁷ Vgl. RPW 2012/4, 788 Rz 206, *Maestro FIF/Debit MC IF*.

48. In ständiger Praxis bejahen demgegenüber die Wettbewerbsbehörden die Tatbestandsvoraussetzung des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung mit folgender Begründung: Die Interchange Fee beschränkt den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer, indem die Höhe der Interchange Fee deren Kosten und Erträge beeinflusst. Einerseits bewirkt die Interchange Fee eine Wettbewerbsbeschränkung im Acquiring-Geschäft. Die Interchange Fee stellt für die Acquirer den Mindestbetrag dar, auf dessen Basis sie die Händlerkommission festlegen, d.h. die MSC muss mindestens so hoch sein wie die Interchange Fee, wenn der Acquirer nicht Verluste in Kauf nehmen will. Dies führt dazu, dass die Interchange Fee von den Acquirern direkt auf die Händler überwält wird. Andererseits erhalten die Issuer durch die Interchange Fee garantierte Mindesteinnahmen, was wiederum die Preisfestsetzung gegenüber den Karteninhabern beeinflussen kann. Zudem besteht für die Issuer der Anreiz, Kartenprodukte mit einer höheren Interchange Fee gegenüber solchen mit einer tieferen zu bevorzugen.¹⁸

49. Es ist kein Grund ersichtlich, im vorliegenden Fall von dieser Einschätzung abzurücken. Dies entspricht im Übrigen auch der europäischen Praxis und Rechtsprechung.¹⁹

B.3.1.4 Fazit Wettbewerbsabrede

50. Die geplante SDDIF für die Debitkartenprodukte von Mastercard stellt eine horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG dar. Es handelt sich dabei um eine horizontale Abrede unter den Issuern einerseits und den Acquirern andererseits. Auf eine eingehende Analyse der vertikalen Aspekte des Sachverhalts im Hinblick auf Art. 5 Abs. 4 KG kann im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung verzichtet werden.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bzw. erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

51. Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden über Preise vermutet. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von wesentlichen Preiselementen oder Preiskomponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen.²⁰

52. Wie bereits oben dargelegt wurde, bilden Interchange Fees Preisbestandteile sowohl auf der Issuing- als auch auf der Acquiringseite. Dies gilt auch für die vorliegend geplante SDDIF für Transaktionen mit Debitkartenprodukten von Mastercard im E- & M-Commerce. Um die Bedeutung der vorgesehenen SDDIF als Preiselement zu illustrieren kann folgende Berechnung angestellt werden: Maestro wird derzeit im E- & M-Commerce nicht akzeptiert, so dass auch keine diesbezügliche MSC vorhanden ist. Im Offline-Bereich wurden die Acquiring-Gebühren für Maestro in einer einvernehmlichen Regelung zwischen dem Preisüberwacher und SIX vereinbart. Sie betragen für Händler, die bis zu 1 Mio. Transaktionen pro Jahr aufweisen, zwischen CHF 0.24 und 0.28. Ausgehend von einem durchschnittlichen Transaktionsbetrag bei Debitkartenzahlungen von CHF 59.²¹ und der höheren Transaktionsgebühr von CHF 0.28 ergibt dies eine MSC von 0.475 %. Würde die geplante SDDIF von

0.31 % hinzugerechnet, so ergäbe dies eine neue MSC von 0.785 %. Die Interchange Fee würde dann rund 40 % von der gesamten MSC ausmachen und würde folglich ein wesentliches Preiselement mit preisharmonisierender Wirkung darstellen. Aufgrund der Marktbefragung steht grundsätzlich auch schon fest, dass die Acquirer die SDDIF direkt auf die Händler überwälzen würden. Durch die Interchange Fee würde faktisch ein Mindestpreis im Acquiring-Geschäft fixiert.

53. Die geplante SDDIF fällt daher als Preisabrede unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Dies entspricht dem Ergebnis der früheren Zahlkartenfälle.²²

B.3.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

54. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Um dies beurteilen zu können, sind grundsätzlich die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen.

55. Die Wettbewerbsbehörden haben sich bereits verschiedene Male zur Marktabgrenzung bei Zahlkartensystemen wie folgt geäussert:²³ Bei einem Vier-Parteien-System (vgl. Rz 2 ff.) liegt ein so genannter zweiseitiger Markt vor, da zwei (oder mehr) Nachfragegruppen über eine Plattform interagieren. Somit gibt es mehrere Marktteilnehmer, aus deren Sicht der sachlich relevante Markt abgegrenzt werden kann: Einerseits ist der Markt aus Sicht der Karteninhaber abzugrenzen, d.h. aus Sicht derjenigen Personen, welche eine Zahlkarte bei den Issuern nachfragen (*Issuing-Markt*). Andererseits kann der Markt auch aus Sicht der Händler bestimmt werden, welche die Zahlkarten als Zahlungsmittel entgegennehmen und den Anschluss an ein Zahlkartensystem bei

¹⁸ RPW 2015/2, 173 Rz 78, *KKDMIF II*; RPW 2006/1, 83 f. Rz 140 ff., *KKDMIF I*; RPW 2012/4, 788 Rz 209, *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2009/2, 131 Rz 83, *V PAY*.

¹⁹ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007, *Mastercard* (COMP/34.579), Rz 410 ff. und 461 ff.; bestätigt durch Urteil des EuG vom 24. Mai 2012 T-111/08, *Mastercard*, Rz 143 und Urteil des EuGH vom 11. September 2014 C-382/12 P, *Mastercard*, Rz 192 ff.

²⁰ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, 567 (BBl 1995 I 567); BGE 129 II 18 E. 6.5.5, *Buchpreisbindung*; BVGer B-5685/2012 vom 23.9.2014, E. 6.4.11, *Paul Koch*.

²¹ Betrag pro Transaktion in Franken für 2017/04 gemäss SNB-Statistik.

²² RPW 2015/2, 174 Rz 81 ff., *KKDMIF II*; RPW 2006/1, 84 f. Rz 149 ff., *KKDMIF I*; RPW 2012/4, 789 Rz 211 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2009/2, 131 f. Rz 85 ff., *V PAY*.

²³ Vgl. RPW 2015/2, 174 ff., Rz 86 ff., *KKDMIF II*; RPW 2011/1, 117 Rz 143 ff., *SIX/Terminals mit DCC*; RPW 2006/1, 85 ff., Rz 162 ff., *KKDMIF I*; RPW 2003/1, 118 ff., Rz 72 ff., *Kreditkarten Akzeptanzgeschäft*; RPW 2012/4, 789 ff., Rz 216 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2009/2, 132 ff. Rz 96 ff., *V PAY*; RPW 2006/4, 609 ff., Rz 69 ff., *DMIF Maestro*.

den Acquirem nachfragen (*Acquiring-Markt*). Schliesslich sind aber auch Issuer und Acquirer selbst Marktteilnehmer. Sie sind Nachfrager von Lizenzen für Zahlkartensysteme bei den Lizenzgebern (z.B. Visa, Mastercard), um das Issuing bzw. Acquiring zu betreiben (*Systemmarkt*).²⁴

56. Weiter entspricht es der Praxis der Wettbewerbsbehörden, sowohl für das Issuing als auch das Acquiring separate Märkte für Kreditkarten und Debitkarten abzugrenzen. Die WEKO hat in mehreren Entscheiden²⁵ ausgeführt, dass für den Händler Kredit- und Debitkarten keine Substitute, sondern Komplemente darstellen, da sie durch die Kunden unterschiedlich eingesetzt werden und der Händler dem Kunden die Zahlung mit dessen bevorzugtem Zahlungsmittel ermöglichen will. Bietet der Händler nicht eine breite Palette von Zahlungsmitteln an, so riskiert er, deswegen Geschäftsabschlüsse an seine Konkurrenten zu verlieren. Für den Karteninhaber sind Kredit- und Debitkarten aufgrund unterschiedlicher Produkteigenschaften (Kreditfunktion, Bonusprogramme) in zahlreichen Situationen ebenfalls keine Substitute. Noch weiter als die WEKO ist die damalige REKO/WEF gegangen, welche zunächst bestätigt hat, dass Kreditkarten weder für den Händler noch den Karteninhaber durch Debitkarten substituiert werden können, um dann weiterzufahren, dass für jedes einzelne Kreditkartennetzwerk von einem eigenen sachlich relevanten Markt auszugehen sei.²⁶

57. Es gibt keinen Anlass, im vorliegenden Fall von diesen Abgrenzungen abzuweichen. Zwar kann angesichts des Umstandes, dass die geplante SDDIF nur für Transaktionen im Bereich des E- & M-Commerce zur Anwendung gelangen soll, die Frage aufgeworfen werden, ob diesbezüglich separate Märkte abzugrenzen wären. Die Klärung dieser Frage ist allerdings an dieser Stelle für die Widerlegung der Vermutung die Marktsegmentierung nicht erforderlich. Denn wie bereits in früheren Fällen lässt sich die Vermutung schon nur aufgrund der Tatsache widerlegen, dass die SDDIF nur ein Preiselement darstellt, so dass auf den restlichen Preiselementen – sowohl im Issuing wie auch im Acquiring – Raum für (Innen-)Wettbewerb bleibt, zumal auf beiden Märkten mehrere Unternehmen aktiv sind (dies gilt auch bezüglich des Acquirings von Maestro, selbst wenn dort SIX über sehr hohe Marktanteile verfügt und die WEKO jedenfalls im Jahr 2011 deswegen eine marktbeherrschende Stellung von SIX angenommen hat²⁷).²⁸

58. Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG widerlegt werden kann. Es gilt daher nachfolgend zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt.

B.3.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

59. Horizontale Preisabreden, für welche die Beseitigungsvermutung widerlegt ist, sind unzulässig, wenn sie den Wettbewerb gemäss Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigen und nicht gerechtfertigt sind.

60. Diesbezüglich hat das Bundesgericht im Urteil *Gaba* festgehalten, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätz-

lich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. Ausser in Bagatellfällen sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich. Quantitative Aspekte sind nicht zu prüfen, so dass auch an dieser Stelle keine Marktsegmentierung erforderlich ist.²⁹

61. Grundsätzlich ist im Rahmen einer Vorabklärung nur zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung bestehen und folglich sind keine abschliessenden Würdigungen vorzunehmen. Aufgrund des *Gaba*-Urteils bestehen aber kaum Zweifel daran, dass die geplante SDDIF keine Bagatelle darstellt und somit erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG wäre.

B.3.3 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

B.3.3.1 Tatbestand

62. Wettbewerbsabreden, welche den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, jedoch erheblich beeinträchtigen, sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

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

B.3.3.2 Bisherige Praxis

63. Die Wettbewerbsbehörden haben sich bereits mehrfach mit der Frage auseinandergesetzt, ob und unter welchen Voraussetzungen Interchange Fees effizient im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind. Dabei haben sie sich jeweils an der aktuellen internationalen Praxis und dem wissenschaftlichen Diskurs in der ökonomischen Literatur orientiert.

²⁴ Auch die EU-Kommission hat in ihren bisherigen Entscheiden zu den Zahlkartenverfahren stets zwischen einem System-, einem Issuing- und einem Acquiring-Markt unterschieden: Entscheid der EU-Kommission vom 26. Februar 2014 i.S. *Visa MIF* (Case AT.39398) 6 Rz 14 ff.; Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. *Mastercard* (COMP/34.579), 83 f. Rz 278 ff.; Entscheid der EU-Kommission vom 3. Oktober 2007 i.S. *Morgan Stanley/Visa International und Visa Europe* (COMP/37.860), 14 f. Rz 39 ff.

²⁵ RPW 2015/2, 174 ff. Rz 90 ff., *KKDMIF II*; RPW 2011/1, 117 ff. Rz 143 ff., *SIX/Terminals mit DCC*; RPW 2006/1, 86 ff., Rz 168 ff., *KKDMIF I*; RPW 2012/4, 789 ff. Rz 216 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2009/2, 132 ff., Rz 96 ff., *V PAY*; RPW 2006/4, 610 f., Rz 73 ff. und 617 f., Rz 142 ff., *Maestro DMIF*.

²⁶ Vgl. REKO/WEF, RPW 2005/3, S. 560 ff. E. 7.4–7.7, *Kreditkarten Akzeptanzgeschäft*.

²⁷ RPW 2011/1, 133 Rz 245, *SIX/Terminals mit DCC*.

²⁸ RPW 2015/2, 177 Rz 104, *KKDMIF II*; RPW 2006/1, 93 f., Rz 224 ff., *KKDMIF I*; RPW 2012/4, 795 Rz 265 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*.

²⁹ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.2.5, 5.3.2, 5.5 und 5.6, *Gaba/WEKO*.

B.3.3.2.1. Kreditkarten

64. Im *KKDMIF I-Entscheid* hat die WEKO im Jahr 2005 festgehalten, dass multilaterale Interchange Fees gewisse Effizienzvorteile gegenüber bilateralen Interchange Fees aufweisen könnten. So z.B. die Einsparung von Transaktionskosten, die Vermeidung eines Hold-up Problems oder die Reduktion von Markteintrittsschranken für ausländische Acquirer.³⁰ Die WEKO konnte aber nicht feststellen, dass die Interchange Fees tatsächlich zum ausbalancieren des Systems eingesetzt worden wäre. Vielmehr war es so, dass die Gebühren auf beiden Marktseiten gleichzeitig erhöht wurden.³¹ Die WEKO hat im *KKDMIF I-Entscheid* daher die multilateralen Interchange Fees nur dann als mit dem Kartellgesetz vereinbar erachtet, wenn sich ihre Höhe an den objektiven Netzwerkkosten orientierte (sogenannter kostenbasierter Ansatz).³²

65. In den Jahren nach diesem Entscheid setzte sich in der ökonomischen Literatur sowie in der internationalen Praxis der Konsens durch, dass der kostenbasierte Ansatz nicht zu optimalen Interchange Fees führt.³³

66. Im Fall *KKDMIF II* rückte daher die WEKO im Jahr 2015 von ihrem bisherigen Ansatz ab und stellte als objektives Verfahren zur Festlegung der maximalen Interchange Fee neu auf den sogenannten „*Tourist Test*“ (auch „*Merchant Indifference Test*“) ab. Dieser wurde von ROCHET und TIROLE entwickelt und analysiert³⁴ und hat somit ein wissenschaftliches Fundament. Darüber hinaus hat sich auch die EU-Kommission an diesem Test orientiert und die heute noch gültigen Obergrenzen für Interchange Fees in der EU von 0.3% für Kreditkarten und 0.2 % für Debitkarten basieren auf Zusagen von Mastercard im Jahr 2009, die als Grundlage einen provisorischen *Merchant Indifference Test (Tourist Test)* hatten.³⁵ Diese Werte übernahm die EU in ihre heutige Regulierung der Interchange Fees, welche auch ausdrücklich auf den *Merchant Indifference Test* hinweist.³⁶ Die WEKO gelangte aufgrund einer Schweizer Studie auf einen Wert von 0.44 %, welcher im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung (EVR III) mit den Issuern und Acquirern vereinbart wurde.³⁷ Die EVR III wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, allerdings mit Kündigungsmöglichkeit (Kündigungsfrist von 6 Monaten, erstmals auf den 31. Juli 2019. Ohne Kündigung kommt es zu einer stillschweigenden Verlängerung um 2 Jahre).³⁸

B.3.3.2.2. Debitkarten

67. Anders als bei den Kreditkarten gelangte das Sekretariat im Jahr 2006 in der Vorabklärung *DMIF für Maestro* zum Ergebnis, es sei zweifelhaft, ob Rechtfertigungsgründe für die Einführung einer Interchange Fee vorliegen würden. Die Parteien hatten geltend gemacht, eine Interchange Fee sei gerechtfertigt, da sie zur Reduktion des ansonsten defizitären Maestro-Systems erforderlich sei. Das Sekretariat hielt dem entgegen, das Vorliegen eines Defizits sei fraglich, weil die Maestro-Karte nicht isoliert betrachtet werden könne, sondern auch die Erträge des mit der Karte verbundenen Bankkontos berücksichtigt werden müssten. Die Notwendigkeit der Abrede sei daher nicht evident und von den Parteien nicht nachgewiesen.³⁹

68. Im Fall *V PAY* beurteilte das Sekretariat die Effizienzgründe für ein Debitkartenprodukt, welches auf dem Markt eingeführt werden sollte. Das Sekretariat gelangte zum Ergebnis, dass für eine Phase des Markteintritts und angesichts der starken Marktstellung von Maestro Anhaltspunkte bestehen würden, dass eine Interchange Fee aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden könne. Dabei wurde auch auf das ökonomische Argument abgestützt, eine Interchange Fee könne in einer Anfangsphase das sog. „Chicken and Egg“-Problem lösen. Aus diesen Gründen wurde im Rahmen von Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG eine limitierte Interchange Fee zugelassen. Die Interchange Fee wurde dabei in zeitlicher Hinsicht (3 Jahre), bezüglich Marktanteil (bis 15 %) und in der Höhe (bis CHF 0.20) beschränkt.⁴⁰

69. Schliesslich ging es im Fall *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit Mastercard Interchange Fee* um die beiden Produkte von Mastercard, wobei Maestro das dominante Debitkartenprodukt in der Schweiz, Debit Mastercard hingegen ein neues Produkt darstellte. Im Zusammenhang mit Maestro ging das Sekretariat zunächst auf das Argument ein, wonach die Interchange Fee ein Ausgleichsmechanismus darstelle, welcher den beiden Seiten des Systems (Issuer und Acquirer) die nötigen finanziellen Anreize liefern soll, Dienstleistungen gegenüber dem Handel und den (potenziellen) Karteninhabern so zu erbringen, dass die Zahl der im Umlauf befindlichen Karten maximiert und optimiert werde. Das Sekretariat hielt diesbezüglich fest, dass das Maestro-System bereits eine sehr hohe Marktpenetration aufweise und mit fast einer emittierten Karte pro erwachsener

³⁰ RPW 2006/1, 105 ff., Rz 327 ff., *KKDMIF I*.

³¹ Vgl. auch SAMUEL RUTZ, Interchange Fees as a Mechanism to Raise Rivals' Costs – Some Evidence from Switzerland, in: *Swiss Journal for Economics and Statistics*, 146(2), 507–532, 2010.

³² RPW 2006/1, 110, Rz 364, *KKDMIF I*.

³³ „None of the existing models that work out optimal interchange fees (either those maximizing welfare or consumer surplus) imply interchange fees based on issuers' costs will be optimal, or will indeed increase welfare relative to unregulated fees“, MARC RYSMAN/JULIAN WRIGHT, *The Economics of Payment Cards, Review of Network Economics*, Bd. 13, Heft 3 (Sep 2014), 344. (abrufbar unter <https://www.degruyter.com/view/j/rne.2014.13.issue-3/rne-2015-0005/rne-2015-0005.xml>).

³⁴ Vgl. ROCHET/TIROLE, Must-take cards: Merchant discounts and avoided costs, in: *Journal of the European Economic Association*, 9(3), 462-495, 2011.

³⁵ Zusagen von Mastercard gegenüber der EU-Kommission betreffend Crossborder-Interchange Fees, Mitteilung der Kommission vom 1. April 2009, IP/09/515 und MEMO/09/143.

³⁶ Verordnung (EU) 2015/751 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge, Rz 20, Art. 3 Abs. 1 und Art. 4, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R0751&from=DE> (3.8.17).

³⁷ Vgl. ausführlich zum *Tourist Test* RPW 2015/2, 183 ff., Rz 141 ff., *KKDMIF II*.

³⁸ RPW 2015/2, 192, Ziff. V, *KKDMIF II*.

³⁹ RPW 2006/4, 614 ff., Rz 121 ff., *DMIF Maestro*.

⁴⁰ RPW 2009/2, 139 ff., Rz 150 ff., *V PAY*.

Person auch ohne Interchange Fee den Grad der Marktsättigung bereits annähernd erreicht habe. Anschliessend liess sich das Sekretariat über die im V PAY-Fall anerkannte Rechtfertigung einer Interchange Fee in einer Markteinführungsphase aus und legte dar, dass dies bei Maestro nicht der Fall sei. Insgesamt gelangte das Sekretariat zum Schluss, dass „gegeben die starke Marktführerschaft von Maestro“ eine Interchange Fee kaum im Sinne der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden könne.⁴¹ Bezüglich der Debit Mastercard hielt das Sekretariat fest, es bestünden insofern Unterschiede zum V PAY-Fall als nicht ein neuer Konkurrent auf den Markt eintrete, sondern Mastercard nur ein neues Produkt lanciere, wobei noch unklar sei, wie stark sich dieses von Maestro differenziere. Schliesslich liess das Sekretariat wie bei V PAY eine limitierte Interchange Fee zu. Ausschlaggebend dafür war, dass durch den Markteintritt einer weiteren Debitkarte der Inter- und Intra-brand-Wettbewerb gefördert würde. Allerdings formulierte das Sekretariat im Vergleich zur Lösung bei V PAY einige zusätzliche Anregungen, um zu verhindern, dass das bisherige Interchange Fee-freie Maestro-System durch Debit Mastercard ersetzt wird.⁴²

B.3.3.3 Beurteilung im vorliegenden Fall

70. Im vorliegenden Fall soll die Interchange Fee dazu dienen, dass Maestro im E- & M-Commerce als Zahlungsmittel verwendet werden kann.

71. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG ist die Rechtfertigung einer Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz unter anderem dann möglich, wenn sie notwendig ist, um Produkte zu verbessern.

B.3.3.3.1. Verbesserung von Produkten

72. In der Meldung führt Mastercard aus, dass in der Schweiz auf dem Netzwerk von Mastercard nur Debit-Transaktionen mit physischen Karten an einem physischen POS abgewickelt werden könnten. Schweizer Händler könnten heute Debitkarten von Mastercard nicht im E- & M-Commerce annehmen und Schweizer Konsumenten könnten – anders als ausländische Kartenhalter – die Debitkarten von Mastercard nicht im elektronischen und mobilen Handel einsetzen.

73. Die Digitalisierung habe dazu geführt, dass das Wachstum im E- & M-Commerce in der Schweiz das Wachstum der physischen Vertriebsformen deutlich übertreffe. Zudem gebe es im E- & M-Commerce neue Zahlungsmethoden und Technologien und es bestehe ein entsprechendes Bedürfnis von Handel und Konsumenten. Schweizer bevorzugten im Allgemeinen Debitprodukte, um die Kontrolle über die finanziellen Mittel zu wahren. Die Einführung der Debitkarten von Mastercard im E- & M-Commerce würde die Auswahl an (Debit-)Zahlungsmitteln für Händler und Konsumenten vergrössern.

74. Die Marktbefragung hat gezeigt, dass alle Systemteilnehmer – und namentlich auch der Handel – es begrüessen würden, wenn die Debitkarten von Mastercard im E- & M-Commerce eingesetzt bzw. akzeptiert werden könnten. Die befragten Händler und Händlerverbände haben unter anderem folgende Vorteile genannt:

- Es bestehe ein hohes Kundenbedürfnis;
- es sei eine Bezahlmöglichkeit für Kunden ohne Kreditkarte;
- Maestro sei sehr verbreitet und geniesse eine grosse Akzeptanz (hohes Kundenpotenzial);
- es entstehe Wettbewerbsdruck auf die teure PostFinance Card;
- es führe zu einem Kostenvorteil für den Handel wenn die Kunden von den teuren Kreditkarten auf günstigere Debitkarten umsteigen würden;
- es führe generell zu einer grösseren Auswahl an Zahlungsmitteln für Handel und Kunden.

75. Vor diesem Hintergrund lässt sich festhalten, dass die Möglichkeit, die Debitkartenprodukte von Mastercard neu im E- & M-Commerce einsetzen zu können, als Verbesserung eines Produktes im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG qualifiziert werden kann. Dies wird grundsätzlich auch von keinem Systemteilnehmer bestritten. Die Vorbehalte beginnen allerdings bei der Frage, ob hierfür eine Interchange Fee notwendig ist.

B.3.3.3.2. Notwendigkeit einer Interchange Fee

I. Ausgangslage

76. Prima vista kann die Frage der Notwendigkeit einer Interchange Fee mit einer empirischen Betrachtung beantwortet werden: In der Schweiz existiert als Konsequenz der bisherigen Verfahren der Wettbewerbsbehörden keine Interchange Fee für Maestro-Transaktionen. Dies im Gegensatz zur EU, die eine Interchange Fee für Debitkarten von 0.2 % erlaubt. Als Kehrseite der Medaille kann in der Schweiz im Gegensatz zur EU die Maestro-Karte im E- & M-Commerce nicht eingesetzt werden. Das kann als wichtiges Indiz dafür gewertet werden, dass eine Interchange Fee erforderlich ist. Die Anschlussfrage wäre dann, unter welchen Konditionen. Insbesondere ob eine Interchange Fee nur in der Markteinführungsphase notwendig ist oder ob Effizienzgründe für eine dauerhafte Interchange Fee bestehen.

77. Mastercard bringt vor, die SDDIF sei unerlässlich, um die Mastercard Debitprodukte im E- & M-Commerce einzuführen. Ohne eine angemessene SDDIF seien die Issuer nicht gewillt, die notwendigen Investitionen zu tätigen. Obschon die geplante SDDIF keine direkte Vergütung für spezifische Kosten oder Dienstleistungen sei, gebe sie den Issuern Anreize für die erforderlichen Investitionen, um elektronische Zahlungslösungen für ihre Kunden zu erstellen und zu vermarkten und die resultierenden Transaktionen abzuwickeln. Dabei seien sämtliche erforderlichen Massnahmen sowohl mit Initial- als auch wiederkehrenden Investitionen für Betrieb und

⁴¹ RPW 2012/4, 797 ff., Rz 294 ff, *Maestro FIF/Debit MC IF*.

⁴² Vgl. RPW 2012/4, 807 ff., Rz 392 ff, *Maestro FIF/Debit MC IF*. So darf Mastercard beispielsweise die bestehenden Maestro-Lizenzen nicht zurückziehen oder den Abschluss neuer Lizenzverträge verweigern (Ziff. 1a der Schlussfolgerungen). Zudem muss jeder Händler berechtigt sein, jedes einzelne Kartenprodukt separat zu akzeptieren (Ziff. 4g der Schlussfolgerungen).

Unterhalt verbunden. Aus diesem Grund vermöchten temporäre Interchange Fees den Markteintritt nicht herbeiführen. Zudem wirkten die geplanten Interchange Fees zugleich als Ausgleichsmechanismus zwischen der Nachfrage von Konsumenten bzw. Händlern nach den Zahlungsdienstleistungen des Systems und andererseits den Issuern. Sofern die SDDIF auf angemessenem Niveau festgelegt würden, vermöge sie es, sowohl für Issuer als auch für Acquirer genügend finanzielle Anreize zu schaffen, um die Debitkartenprodukte von Mastercard den Händlern und Konsumenten anzubieten, dadurch die Anzahl der Transaktionen zu erhöhen, sowie Mastercards E- & M-Commerce Debitzahlungssystem zu optimieren. Dadurch werde die Entwicklung von neuen, innovativen Zahlungslösungen in diesem Gebiet gefördert.

78. Die Auffassung von Mastercard wird durch die befragten Issuer geteilt. Diese geben an, sie hätten sich im E- & M-Commerce auf Investitionen in die Kreditkartensysteme konzentriert. Bei den Debitkarten seien hingegen keine Einnahmen durch Interchange Fees vorhanden. Dabei wären hohe Investitionen erforderlich, um die Debitkarten E- & M-Commerce-fähig zu machen und auch wesentliche Mehrkosten gegenüber dem POS-Betrieb zu tragen. Ein kostendeckender Betrieb sei ohne Interchange Fees nicht sichergestellt und folglich bestehe auch keine Bereitschaft für Investitionen.

79. Demgegenüber bringen mehrere der befragten Händler/Händlerverbände unter Hinweis auf das bisherige Funktionieren von Maestro vor, eine Interchange Fee sei nicht erforderlich. Allerdings schliesst kaum ein Händler die Interchange Fee grundsätzlich aus, vielmehr wird einerseits die Höhe der Interchange Fee gerügt und andererseits vorgebracht, sie müsse zeitlich befristet sein.

II. Interchange Fee für Markteintritt

80. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass es ökonomische Gründe für eine differenzierte Interchange Fee je nach Marktphase gibt. So ist insbesondere die Phase des Markteintritts zu unterscheiden von der Phase der Marktsättigung.⁴³ Aus der Netzwerktheorie können ökonomische Argumente abgeleitet werden, welche aufzeigen, dass eine Interchange Fee für die Anfangsphase eines Netzwerks sinnvoll sein kann und dass für die Aufbauphase eines neuen Netzwerks teilweise andere Optimalitätsbedingungen gelten als für etablierte Zahlkartensysteme. Generell wird in der ökonomischen Literatur davon ausgegangen, dass bei Marktsättigung eine tiefere Interchange Fee zu erwarten ist als in der Markteintrittsphase.⁴⁴ Dies ist darauf zurückzuführen, dass in der Aufbauphase eines neuen Netzwerks im Vergleich zu bereits etablierten Systemen unterschiedlich hohe Netzwerkexternalitäten auftreten.

81. Gestützt auf die Theorie zweiseitiger Märkte kann aufgezeigt werden, dass die Preisstruktur helfen kann, in der Anfangsphase eines Netzwerks das sogenannte „Chicken and Egg“-Problem zu überwinden. Darunter wird im Zahlkartenbereich der Zustand verstanden, in welchem potentielle Karteninhaber auf den Beitritt zu einem neuen Netzwerk verzichten, weil sie von der Erwartung ausgehen, dass kein Händler das Netzwerk akzeptieren wird. Gleichzeitig akzeptiert kein Händler

das Netzwerk, weil er erwartet, dass kein Karteninhaber dieses benutzen wird.⁴⁵

82. Im vorliegenden Fall stellt sich als Erstes die Frage, ob es sich um einen Markteintritt handelt, denn Maestro ist ein bereits existierendes Debitkartenprodukt, dem in früheren Fällen eine sehr starke Marktstellung zuerkannt wurde. Mastercard macht geltend, beim E- & M-Commerce handle es sich aber um einen separaten Markt, auf dem Mastercard mit seinen Debitkartenprodukten noch nicht vertreten sei.

83. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU⁴⁶ umfasst der sachliche Markt „alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden“. Damit stellt sich als erstes die Frage, wer als Marktgegenseite zu betrachten ist. Dabei ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung auszugehen.⁴⁷ In den bisherigen Fällen bildeten jeweils alle Händler die Marktgegenseite, denn es gab keinen Grund, zwischen unterschiedlichen Händlergruppen zu unterscheiden. Im vorliegenden Fall ist die Ausgangslage anders: Die geplante Interchange Fee betrifft nur Zahlungen im E- & M-Commerce, nicht aber die Zahlungen mit der physischen Karte am physischen POS. Von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind folglich nur die Händler, welche im E- & M-Commerce tätig sind. Nur diese Händler bilden im vorliegenden Fall die Marktgegenseite, aus deren Sicht die Substituierbarkeit zu beurteilen ist.

84. Die Marktbefragung hat ergeben, dass die im E- & M-Commerce tätigen Händler verschiedene Zahlungsmittel annehmen, namentlich Kreditkarten, Postfinance Card, TWINT, Paypal, Kauf auf Rechnung und Vorauskasse. In der Untersuchung *SIX/Terminals mit DCC* hat die WEKO basierend auf einer Studie zu den Kaufabbruchquoten im Online-Handel – und damit für den vorliegenden Fall einschlägig – dargelegt, dass die unterschiedlichen Zahlungsmittel keine Substitute, sondern Komplemente darstellen würden. Nur durch die kombinierte Annahme mehrerer Zahlungsverfahren könnten Online-Händler die Kaufabbruchquote reduzieren.⁴⁸ Die Einschätzung, dass die verschiedenen Zahlungsmittel Komplemente bilden wird auch durch die aktuelle Marktbefragung in diesem Verfahren gestützt. Alle befragten Händler haben angegeben, sie würden Debitkarten – wenn denn diese E- & M-Commerce-fähig würden – zusätzlich zu den bisherigen Zahlverfahren annehmen.

⁴³ Vgl. Reserve Bank of Australia (2008), Reform of Australia's Payment System, Preliminary Conclusions of the 2007/08 Review, S. 25 f.

⁴⁴ Vgl. hierzu BERNARD CAILLAUD/BRUNO JULLIEN (2003), Chicken & Egg: Competition among intermediation service providers, RAND Journal of Economics, Vol. 34(2), S. 309-328; MARC RYSMAN, An Empirical Analysis of Payment Card Usage, The Journal of Industrial Economics, 2007, Vol. LV, S. 1-36; JULIAN WRIGHT, One sided Logic in Two-sided Markets, Review of Network Economics, 2004, Vol. 3, Issue 1, S. 44-63.

⁴⁵ Vgl. RPW 2012/4, 798 Rz 297, *Maestro FIF/Debit MC IF*.

⁴⁶ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996; SR 251.4.

⁴⁷ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe*.

⁴⁸ Vgl. RPW 2011/1, 118 rz 150, *SIX/Terminals mit DCC*.

85. Eine definitive Marktabgrenzung ist im Rahmen dieser Vorabklärung nicht erforderlich, denn folgende Aussagen lassen sich unabhängig von der genauen Marktabgrenzung machen: (1) Aus Sicht der im E- & M-Commerce tätigen Händler bilden Zahlungsmittel, welche nur im physischen Handel eingesetzt werden können – wie namentlich Bargeld und zum heutigen Zeitpunkt Debitkarten – in keinem Fall Substitute für onlinefähige Zahlungsmittel. (2) Umgekehrt sind die Debitkartenprodukte von Mastercard derzeit noch nicht onlinefähig, so dass aus Sicht der im E- & M-Commerce tätigen Händler tatsächlich von einem Markteintritt gesprochen werden kann. Folglich beschränkt sich die starke Marktstellung von Maestro auf den stationären Handel. Im E- & M-Commerce beträgt derzeit der Marktanteil noch Null, selbst wenn im E- & M-Commerce ein enger, auf Debitkarten beschränkter Markt abgegrenzt würde.

86. Es kann somit in casu von einem Markteintritt ausgegangen werden, so dass entsprechend den Erwägungen im V PAY-Fall und der ökonomischen Literatur die Interchange Fee notwendig sein könnte, um das „Chicken and Egg“-Problem zu überwinden. Im vorliegenden Fall bleibt indes fraglich, ob das Argument verfängt, die Interchange Fee sei erforderlich, um potentielle Karteninhaber zum Beitritt zu einem neuen Netzwerk zu bewegen (und damit das Netzwerk auch für Händler attraktiv zu machen). Maestro verfügt bereits über sehr viele Karteninhaber (6.4 Mio. Karteninhaber im Jahr 2016)⁴⁹, diese müssen folglich gar nicht mehr dazu bewegt werden, sich dem Netzwerk anzuschließen. Sobald die Maestro-Debitkarte E- & M-Commerce-fähig wird, liegt eine sehr hohe Zahl von Karteninhabern vor, welche diese auch online verwenden können. Dementsprechend dürfte es kaum problematisch sein die Händler zur Akzeptanz des Produktes im E- & M-Commerce zu bewegen, was die Marktbefragung bestätigte. Es erscheint daher unwahrscheinlich, dass eine Interchange Fee wirklich notwendig ist, um beim Markteintritt genügend Karteninhaber (und Händler) in das Netzwerk einzubinden.

87. Die Interchange Fee erscheint aber aus anderen Gründen erforderlich. Während die Händler und Karteninhaber nicht mehr dazu bewegt werden müssten, in das Netzwerk einzusteigen, gilt dies sehr wohl für die Issuer. Die Issuer verfügen zum heutigen Zeitpunkt aufgrund der bisherigen Entscheide der Wettbewerbsbehörden im Bereich der Zahlkarten über wenig Anreize, die Debitkartenprodukte von Mastercard für den E- & M-Commerce verfügbar zu machen. Ein erheblicher Teil der Investitionen fällt bei Ihnen an, ohne dass diese derzeit über eine Interchange Fee kompensiert werden können. Dies im Gegensatz zur Situation bei den Kreditkarten. Es ist daher für die Issuer derzeit rational im E- & M-Commerce nur Kreditkarten, nicht aber Debitkarten zu unterstützen. Diese Situation besteht, obwohl von Seiten der Karteninhaber und der Händler ein entsprechendes Bedürfnis vorhanden ist. Es ist daher eine Interchange Fee notwendig, um die Anreize für die Issuer zu verändern, so dass ein Markteintritt der Debitprodukte von Mastercard im E- & M-Commerce überhaupt erst möglich wird.

III. Interchange Fee für Betrieb und Optimierung des Systems

88. In der theoretischen ökonomischen Literatur findet sich kein Argument, welches ein generelles Verbot von Interchange Fees unterstützen würde. Im Gegenteil, es herrscht die Überzeugung vor, dass mittels Interchange Fees die in zweiseitigen Märkten vorherrschenden gegenseitigen indirekten Netzwerkexternalitäten internalisiert und damit elektronische Zahlungssysteme insgesamt optimiert werden können (Ausbalancierung der beiden Marktseiten).⁵⁰ Nach der Praxis der WEKO im Bereich der Kreditkarten wurde das Vorliegen von Effizienzgründen dann bejaht, wenn die Höhe der Interchange Fee durch ein objektives Verfahren begrenzt wird. Dabei wird seit dem *KKDMIF II*-Entscheid auf den Merchant Indifference Test (Tourist Test) abgestellt.⁵¹

89. In der EU werden Kreditkarten und Debitkarten insofern gleich behandelt, als bei beiden eine in der Höhe beschränkte Interchange Fee zulässig ist. Indes liegt die Höchstgrenze bei Debitkarten mit 0.2 % tiefer als bei Kreditkarten mit 0.3 %. Diese Prozentsatz-Grenzen gelten sowohl für den stationären Handel als auch für den E- & M-Commerce (die EU nimmt diesbezüglich keine Differenzierung vor).⁵² Es kann daher die Frage aufgeworfen werden, ob nicht auch in der Schweiz bei Debitkarten nicht mit denselben Argumenten wie bei den Kreditkarten eine Interchange Fee über die Markteinführungsphase hinaus als effizient erachtet werden könnte.

90. Auf den ersten Blick spricht die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden im Bereich der Debitkarten gegen eine solche weitergehende Rechtfertigung von Interchange Fees. Auf den zweiten Blick erscheint es nicht ausgeschlossen, die bisherige auf das Produkt Maestro begrenzte Praxis als begründeten Spezialfall zu betrachten. Bei Maestro handelt es sich um das mit Abstand wichtigste Debitkartensystem in der Schweiz, welches über eine sehr starke Marktstellung im stationären Handel verfügt. Weiter stellt Maestro ein reifes System dar, welches sich bezüglich Anzahl Karteninhaber und Akzeptanzstellen nahe an der Marktsättigung befindet. Zu bedenken ist auch, dass in der ökonomischen Literatur ausgeführt wird, dass bei einer marktbeherrschenden Plattform überhöhte Interchange Fees sehr wahrscheinlich sind.⁵³ Schliesslich hat sich auch gezeigt, dass sich Maestro auch ohne Interchange Fee seit vielen Jahren gut entwickelt:

⁴⁹ Vgl. die Statistik auf <http://www.vez-epay.ch/debitkarten/> (4.8.17) auf der Basis der Zahlen von SIX, Aduno und Concordis.

⁵⁰ Vgl. RPW 2015/2, 180 Rz 123 sowie 183 Rz 134 ff., *KKDMIF II*.

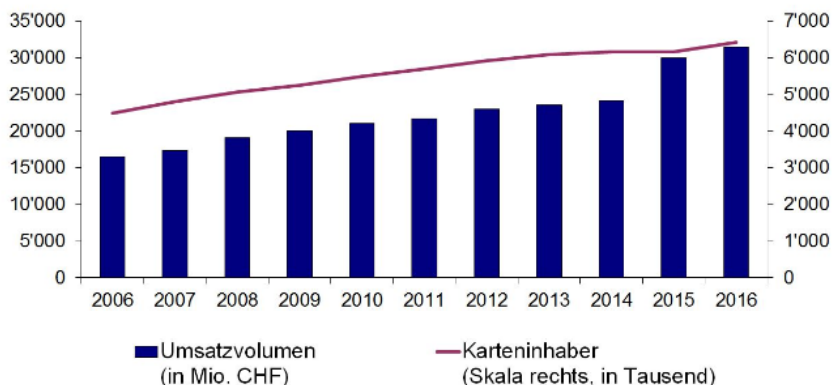
⁵¹ Vgl. RPW 2015/2, 183 f. Rz 141 ff., *KKDMIF II*.

⁵² Verordnung (EU) 2015/751 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge, Rz 20, Art. 3 Abs. 1 und Art. 4, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R0751&from=DE> (3.8.17).

⁵³ Vgl. etwa RONG DING/JULIAN WRIGHT, Payment card interchange fees and price discrimination, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 65 (1), March 2017, 64; RYSMAN/WRIGHT (Fn 33), 338.

Maestro: Umsatzvolumen und Karteninhaber in der Schweiz

Handel und Tanken



Quelle: <http://www.vez-epay.ch/debitkarten/> (4.8.17)

91. Bezüglich der beiden anderen beurteilten Debitkartenprodukte V PAY und Debit Mastercard hat sich das Sekretariat nicht zu der Frage geäußert, inwiefern eine Interchange Fee über die Markteinführungsphase hinaus gerechtfertigt sein könnte.

92. Aufgrund der obigen Erwägungen könnte daher argumentiert werden, dass eine Interchange Fee – von Spezialfällen wie Maestro abgesehen – nicht nur bei Kreditkarten, sondern grundsätzlich auch bei Debitkarten effizient sein kann. In diesem Fall könnte eine Interchange Fee über die Markteinführungsphase hinaus gerechtfertigt sein.

93. Abgesehen von diesen grundsätzlichen Erwägungen ist noch ein weiterer Umstand zu beachten, welcher zumindest für längerfristige Interchange Fees spricht. Die Erfahrungen mit dem Markteintritt von V PAY haben gezeigt, dass der Anreiz für die Issuer, in ein Netzwerk zu investieren, bei welchem nur in einer Einführungsphase eine Interchange Fee fließt, gering sind: es sind bis heute nur eine sehr beschränkte Zahl von Issuern bereit, V PAY herauszugeben. Im vorliegenden Fall wird die Bedeutung einer längerfristigen Interchange Fee noch dadurch verstärkt, dass die Issuer bei den Kreditkarten Einnahmen aus Interchange Fees erhalten, die grundsätzlich unbefristet sind. Werden die Debitkarten durch Issuer ebenfalls E- & M-Commerce-fähig gemacht, so ist damit zu rechnen, dass ein erheblicher Teil der heutigen Kreditkartentransaktionen auf Debitkartentransaktionen verlagert wird. Die Issuer würden bei einer zeitlich befristeten Interchange Fee folglich das Risiko laufen, dass ihnen Einnahmen, die sie heute über die Kreditkarten generieren, dauerhaft verloren gehen. Es würde sich sogar so verhalten, dass je erfolgreicher die Debitkarten im E- & M-Commerce eingesetzt würden (zu Lasten der Kreditkarten), umso grösser wären die potenziellen Mindereinnahmen der Issuer. Es ist daher plausibel, dass die beabsichtigte Markteinführung nur dann gelingen wird, wenn eine längerfristige Interchange Fee möglich ist.

IV. Fazit

94. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die geplante Interchange Fee aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann. Die Interchange Fee erscheint für den Markteintritt notwendig, um die Anreize für die Issuer so zu verändern, dass sie bereit sind, die für den Betrieb des Netzwerkes im E- & M-Commerce erforderlichen Anfangs- und Betriebskosten zu investieren. Dies dürfte zudem nur dann der Fall sein, wenn eine längerfristige Interchange Fee vorgesehen ist. Bereits aus diesem Grund erscheint es sinnvoll, im Rahmen von Anregungen einen „Safe Harbor“ zu schaffen, damit die erforderlichen Investitionen getätigt werden. Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass es wie bei den Kreditkarten Argumente für eine dauerhafte Interchange Fee gibt. Allerdings kann diese Frage im vorliegenden Fall offen bleiben, weil – wie nachfolgend aufgezeigt wird – mittels Anregungen des Sekretariates nach Art. 26 Abs. 2 KG und Zusagen von Seiten von Mastercard eine angemessene Lösung vorliegt, welche wie bei den Kreditkarten Raum für Anpassungen in der Zukunft lässt.

B.3.3.3.3. Gefahr der Wettbewerbsbeseitigung

95. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG darf die Abrede den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

96. Es gibt im vorliegenden Fall keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die SDDIF zu einer Wettbewerbsbeseitigung führen könnte (vgl. auch schon vorne Rz 54 ff.)

B.4 Anregungen des Sekretariates nach Art. 26 Abs. 2 KG

B.4.1 Grundsatz

97. Gemäss Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. Solche Massnahmen können beispielsweise dann angezeigt sein, wenn Unternehmen ein bestimmtes Vorhaben nach

Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG zwar gemeldet, aber noch nicht umgesetzt haben, und sich im Rahmen der summarischen Sachverhaltsabklärung ernsthafte Anhaltspunkte für eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung ergeben.

98. Die obigen Ausführungen haben aufgezeigt, dass einerseits kartellrechtliche Bedenken bestehen, da Anhaltspunkte für eine erhebliche Preisabrede vorliegen, dass aber andererseits auch Anhaltspunkte für eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen vorliegen. Das Sekretariat ist der Auffassung, dass bei Einhaltung mehrerer Voraussetzungen auf die Eröffnung einer Untersuchung durch das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums verzichtet werden kann. Es handelt sich um die nachfolgenden Rahmenbedingungen für eine Interchange Fee:

B.4.2 Höhe der Interchange Fee

99. In der Meldung hat Mastercard eine Obergrenze von 0.35 % vorgesehen. Diese Höhe der Interchange Fee wurde in der Marktbefragung von den Vertretern der Handels als zu hoch erachtet. Mehrfach wurde auf den Satz von 0.2 % hingewiesen, wie er in der EU gilt.

100. Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass Visa für das Konkurrenzprodukt V PAY für den Bereich des E- & M-Commerce eine Interchange Fee von 0.29 % beantragt hat. Dieser Wert wurde in Roundtable-Gesprächen definiert, an denen auch Händler und Issuer vertreten waren. Es erscheint daher plausibel, dass bei diesem Wert einerseits die Issuer investieren werden und andererseits die Händler das Zahlungsmittel akzeptieren werden.

101. Da bezüglich des E- & M-Commerce sich die Debitkartenprodukte von Visa und Mastercard in einer vergleichbaren Situation befinden, sind keinerlei Gründe ersichtlich, bei der Obergrenze für die Interchange Fee im E- & M-Commerce zwischen den beiden zu differenzieren. Vielmehr scheint es geboten, diesbezüglich gleich lange Spiesse zu schaffen, um einen unverfälschten Wettbewerb zuzulassen.

102. Der Höchstwert von 0.29 % ist höher als derjenige in der EU. Allerdings kann es sich – wie oben dargelegt (vgl. Rz 80) – in einer Markteintrittsphase rechtfertigen, eine höhere Interchange Fee vorzusehen.

103. Aus diesem Grund wird für eine erste Phase von 5 Jahren eine höhere Interchange Fee vorgesehen, welche sich anschliessend auf das europäische Niveau von 0.2 % zu reduzieren hat. Bezüglich der Höhe ist noch zu berücksichtigen, dass Visa einen Zuschlag von CHF 0.05 für „non secure“-Zahlungen vorsieht. Auch bei einer Gleichbehandlung der Debitkarten von Visa und Mastercard erscheint es nicht sinnvoll, Mastercard exakt dieselbe Ratenstruktur aufzuzwingen wie sie Visa für sich definiert hat. Als Resultat der Gespräche zwischen dem Sekretariat hat Mastercard in seinem Zusagen schreiben einen Grenzwert von 0.31 % definiert. Dieser Grenzwert [...], wenn der Berechnung durchschnittliche Transaktionsbeträge zu Grunde gelegt werden. Zudem erübrigen sich so Abgrenzungsprobleme im Zusammenhang mit der technischen Entwicklung.

104. Zusammenfassend darf der gewichtete Durchschnitt auf den Debit-Produkten von Mastercard im E- & M-Commerce den Grenzwert von **0.31 %** nicht überschreiten. Nach dem Ablauf von 5 Jahren ab Beginn der Erhebung der Interchange Fee hat der Grenzwert auf **0.2 %** zu sinken.

B.4.3 Dauer der Interchange Fee

105. In der Meldung hatte Mastercard eine zeitlich unlimitierte Interchange Fee vorgesehen. Ebenfalls eine unbefristete Interchange Fee hat Visa vorgeschlagen, allerdings mit einer Kündigungsmöglichkeit für das Sekretariat nach einer Dauer von 5 Jahren.

106. In der Marktbefragung haben die meisten Händler eine befristete Interchange Fee als genügend erachtet und dabei auf die Anregungen des Sekretariates in Sachen V PAY und Debit Mastercard verwiesen.

107. Wie oben eingehend dargelegt, liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass eine längerfristige Interchange Fee notwendig ist, um die Markteinführung der Debitkartenprodukte von Mastercard im E- & M-Commerce zu ermöglichen. Gleichzeitig kann es sich im Rahmen einer Vorabklärung gar nicht um eine abschliessende und folglich zeitlich unbeschränkte Würdigung handeln. Dadurch bestehen Parallelen zur Lösung bei den Kreditkarten, da sich die WEKO auch dort eine gewisse Flexibilität bewahren wollte, um auf zukünftige Entwicklungen, etwa auf den Märkten oder in der ökonomischen Theorie reagieren zu können. Bei den Kreditkarten wurde die einvernehmliche Regelung auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Allerdings verfügen sowohl die Parteien als auch die WEKO über die Möglichkeit, die einvernehmliche Regelung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten, erstmals nach 5 Jahren, zu kündigen. Ohne Kündigung verlängert sich die einvernehmliche Regelung jeweils stillschweigend um eine Periode von weiteren zwei Jahren.

108. Es erscheint sinnvoll im vorliegenden Fall eine analoge Regelung wie bei den Kreditkarten vorzusehen. Mastercard darf die SDDIF – solange sie im Rahmen der Anregungen des Sekretariates gemäss Art. 26 Abs. 2 KG praktiziert wird – auf unbestimmte Zeit anwenden. Das Sekretariat kann aber seine Anregungen mit einer Ankündigungsfrist von mindestens sechs Monaten, jedoch frühestens in fünf Jahren ab Einführung der SDDIF widerrufen, wenn es zu der Einschätzung gelangt, dass diese aufgrund der tatsächlichen Marktentwicklungen neu zu beurteilen wäre. Ohne Widerruf bleiben die Anregungen jeweils für die darauffolgenden zwei Jahre gültig. Im Falle eines Widerrufs wird der „Safe Harbor“ aufgehoben und der durch die Anregungen vermittelte Vertrauensschutz beendet. Für die SDDIF wäre ab diesem Zeitpunkt eine Sanktionierung wieder uneingeschränkt möglich.

B.4.4 Tokenized Mobile Payments

109. Gemäss der Meldung von Mastercard soll die SDDIF auch dann angewendet werden, wenn mit einem mobilen Gerät am physischen POS bezahlt wird, beispielsweise wenn am Terminal anstatt mit der Debitkarte mit dem Smartphone unter Verwendung von NFC bezahlt wird (wie dies etwa bei einer Bezahlung mittels Apple Pay oder Samsung Pay der Fall ist).

110. In der Marktbefragung haben die Händler und ihre Verbände dieses Element der Meldung von Maestro stark kritisiert. Es wird vorgebracht, es handle sich um eine reine Digitalisierung der Karte, welche für den Handel keine Vorteile bringe, dies auch hinsichtlich einer zunehmenden Befähigung der physischen Karten mit NFC. Zudem könne der Handel solche Transaktionen nicht ausschliessen: wenn ein Händler NFC-Zahlungen annehme, könne er nicht nach solchen ohne Interchange Fee (mit der Karte) und solchen mit Interchange Fee (mit dem mobilen Gerät) unterscheiden. Es handle sich daher um eine versteckte Einführung einer Interchange Fee für Maestro am POS.

111. Weiter kann noch darauf hingewiesen werden, dass die für V PAY an den Roundtables ausgehandelte Lösung vorsieht, dass solche Zahlungen als „Card Present“-Transaktionen gelten sollen, d.h., dass sie gleich wie Transaktionen behandelt werden, die mit der physischen Karte erfolgen.

112. Im Zusammenschlussverfahren PostFinance/SIX/TWINT ist die WEKO auf die Marktabgrenzung im Bereich der mobilen Zahlungen zwischen Kunde und Händler (Peer to Merchant oder P2M) eingegangen. Sie ist dabei von der Hypothese eines sachlich relevanten Marktes für P2M-Mobile Payment ausgegangen, wobei von einer weiteren Unterteilung von mobilen P2M-Zahlungen nach Verkaufskanal, namentlich nach Zahlungen im stationären Handel bzw. im Online-Handel abgesehen wurde.⁵⁴ Letztlich wurde jedoch – gerade vor dem Hintergrund der frühen Marktphase und der entsprechenden Unsicherheit bezüglich der zukünftigen Entwicklung des Bereichs Mobile Payment auf eine abschliessende Marktabgrenzung verzichtet.⁵⁵ Die WEKO hat sich zudem in grundsätzlicher Hinsicht mit der Digitalisierung der Wirtschaft auseinandergesetzt. Sie hat im Jahresbericht 2016 ausgeführt, dass unpassende Regulierungen dem Wettbewerb schaden können.⁵⁶ Eingriffe in neue Modelle sollten daher nur mit Zurückhaltung bei erkennbaren Risiken in Erwägung gezogen werden.

113. Im vorliegenden Fall besteht ein Risiko, dass wenn bei den Tokenized Mobile Payments keine Interchange Fee möglich ist, die gesamte Investitionsbereitschaft der Issuer entfällt. Zumindest könnten die Issuer auf die spezifischen Investitionen für diese Art von Transaktionen verzichten (z.B. Investitionen im Zusammenhang mit der Tokenisierung), womit es dann zu einer Wettbewerbsverzerrung zulasten der Produkten von Mastercard kommt, weil diese eine bestimmte Art digitaler Transaktionen nicht unterstützen. Gleichzeitig gilt es aber auch die Befürchtung der Einführung einer Interchange Fee für Maestro „durch die Hintertür“ ernst zu nehmen. Aus diesen Gründen erscheint es sachgerecht, auch für NFC-Transaktionen mit Maestro eine Interchange Fee zu erlauben, dabei jedoch einen Mechanismus gegen die Umgehung der interchangefreien physischen Karte vorzusehen. Überschreiten die Mobile-NFC-Payments am POS mit Maestro den Grenzwert von 15 % des Volumens aller Transaktionen mit Debitkarten in der Schweiz, so sinkt die SDDIF für diese Transaktionen bereits vor dem Ablauf von 5 Jahren auf den Grenzwert von 0.2 %. Sowohl der Wert von 15 % als auch die Kündigungsmöglichkeit nach 5 Jahren erscheinen dem Sekretariat als hinreichende Sicherheiten, um bei Maestro

die Gefahr einer Substitution von interchangefreien Zahlungen mit physischen Debitkarte durch interchangebelastete Zahlungen mit dem mobilen Gerät zu minimieren, zumal gemäss einer aktuellen Umfrage die Schweizer Konsumenten den mobilen Zahlungsmöglichkeiten per Smartphone noch kaum Bedeutung zumessen würden und eine grosse Mehrheit der Schweizer Bevölkerung auf Mobile-Zahlungen verzichten könnte.⁵⁷ Die aus der Studie zur Verfügung gestellten Zahlen zeigen auf, dass bezüglich der bevorzugten Zahlungsmittel auf einer Skala von 1–10 (wobei 1 „brauche ich nicht“ und 10 „unverzichtbar“ bedeutet) rund 65 % der befragten Personen die mobilen Bezahlösungen mit einer 1 bewertet haben und lediglich 1–2 % eine 10 angegeben haben. Einen weiteren Anhaltspunkt liefern die Zahlen zu „Contactless“ bei den Kreditkarten: gemäss der SNB-Statistik wurden im Jahr 2016 nur rund 2.5 % des Bezahlvolumens im Präsenzggeschäft kontaktlos ausgelöst. Dies zeigt die relativ geringe Bedeutung von kontaktlosen Transaktionen, von denen zudem derzeit auch nur ein Bruchteil auf mobile Geräte entfallen dürfte.

B.4.5 Zulassung No-Surcharging-Rule

114. Die WEKO hat in ihrem *KKDMIF II-Entscheid* ihr früheres Verbot der „Non Discrimination Rule“ (NDR) zurückgenommen. Seither steht es den Acquirern wieder frei, solche Klauseln in ihren Händlerverträgen vorzusehen und Zuschläge für Kreditkartenzahlungen vertraglich zu untersagen. Die Wiederezulassung solcher Klauseln stand im Zusammenhang mit der starken Senkung der Interchange Fees für Kreditkarten auf ein Niveau, bei welchem es für den durchschnittliche Händler nicht mehr teurer sein sollte, Kreditkarten anstatt Bargeld anzunehmen.⁵⁸

115. Zu beachten ist weiter, dass es ab dem Jahr 2018 aufgrund derselben Überlegungen in den Mitgliedstaaten der EU den Händlern verboten sein wird, Zuschläge für Zahlungen mit Karten zu verlangen, deren Interchange Fee reguliert ist.⁵⁹

116. Im Sinne einer Orientierung am europäischen Standard erscheint es sinnvoll, anstatt wie bisher von einer „Non Discrimination Rule“ neu von einer *No-Surcharging-Rule* zu sprechen und sich an der diesbezüglichen Zusage von Mastercard über den vorliegenden Fall hinaus zu orientieren: Dem Händler wird unter sagt, Zuschläge für die Verwendung der Produkte von Mastercard zu verlangen und für diese Produkte Mindest- oder Höchstbeträge für Transaktionen einzuführen.

⁵⁴ Vgl. RPW 2016/4, 1069 Rz 56, *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.

⁵⁵ Vgl. RPW 2016/4, 1069 Rz 59, *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.

⁵⁶ Vgl. RPW 2017/1, 19, *Jahresbericht 2016*.

⁵⁷ Repräsentative Umfrage des Marktforschungsinstituts GfK Switzerland im Auftrag von moneyland.ch; vgl. Pressemitteilung vom 31. Mai 2017 (<https://www.moneyland.ch/resources/public/vendors/kcfinder/upload/files/2017-05-Medienmitteilung-Zahlungsmittel.pdf>; 7.8.2017).

⁵⁸ RPW 2015/2, 185 Rz 156, *KKDMIF II*.

⁵⁹ Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Richtlinie über den Zahlungsverkehr II bzw. Payment Services Directive II), Art. 62 Abs. 4 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=DE>; 7.8.2017).

Abschläge für Bezahlung sind demgegenüber uneingeschränkt zulässig. Es bleibt den Händlern frei, Aufschläge für Zusatzdienstleistungen wie Versand oder Expressservice zu verlangen, wenn die Aufschläge unabhängig der Zahlungsweise gleichermaßen gelten.

117. Die Zulassung der No-Surcharging-Rule erscheint gerade auch im Bereich des E- & M-Commerce für Debitkarten gerechtfertigt, da erstens damit zu rechnen ist, dass diese günstiger als andere Zahlungsmittel sind und zweitens, gerade im E- & M-Commerce ein Risiko für exzessives Surcharging besteht, gegen welches die Zahlungsdienstleistungsanbieter vorgehen können müssen.

B.4.6 Weitere Anregungen

118. Wie in allen bisherigen Zahlkartenfällen erscheint es wichtig, dass die Transparenz über die Interchange Fees gewährleistet bleibt. Die einzelnen Sätze der SDDIF im E- & M-Commerce für Maestro und Debit Mastercard sind daher auf der Website von Mastercard zu publizieren und bei Veränderungen anzupassen.

119. Für das *Monitoring* der oben definierten Anregungen wird Mastercard das Sekretariat jährlich bis am 1. April über die Einhaltung des einheitlichen Durchschnittswertes von derzeit 0.31 % für die von der Meldung umfassten SDDIF-Sätze im vergangenen Jahr informieren und dem Sekretariat die aktuellen Sätze mitteilen. Sofern davon einzelne SDDIF-Sätze höher als der anzuwendende einheitliche Durchschnittswert ausfallen, wird Mastercard dem Sekretariat zur Berechnung des gewichteten Durchschnittes die entsprechenden Transaktionsvolumina des Vorjahres mitteilen. Wurden während des Vorjahres gewisse SDDIF-Sätze geändert, so wird das gesamte jeweilige Transaktionsvolumen im Vorjahr zum geänderten Wert berücksichtigt. Zudem wird Mastercard quartalsweise überprüfen, ob bezüglich der Maestro-NFC-Zahlungen die Marke von 15 % überschritten wird. Ein Überschreiten der Marke muss innerhalb zweier Monate nach dem betreffenden Quartal angezeigt werden.

C Kosten

120. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁶⁰ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

121. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben keine Gebühren zu bezahlen, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt.

122. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Gebührenfreiheit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG nicht erfüllt. Es liegen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor. Auf die Eröffnung einer Untersuchung wird insbesondere auch im Interesse der Parteien verzichtet sowie aufgrund der erfolgten Zusagen und Anregungen, die einen „Safe Harbor“ für die Parteien bilden.

123. Die vorliegende Vorabklärung wurde durch eine Meldung nach Widerspruchsverfahren ausgelöst, welche nach Art. 1 Abs. 1 GebV-KG ebenfalls gebührenpflichtig ist und noch nicht separat abgerechnet wurde, weshalb noch die entsprechenden Kosten hinzuzurechnen sind.

124. 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).

125. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.- bzw. 290.-. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt [...] Stunden zu CHF 200.- plus [...] Stunden zu CHF 290.-, was eine Gebühr von insgesamt CHF [...] ergibt.

126. Das Sekretariat behält sich vor, allfällige zukünftige, mit dem Monitoring der Einhaltung der Rahmenbedingungen verbundene Kosten, ebenfalls in Rechnung zu stellen.

D Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die geplante Secure Digital Interchange Fee für Maestro und Debit Mastercard eine erhebliche Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG darstellt;
2. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Secure Digital Interchange Fee für Maestro und Debit Mastercard aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann;
3. verzichtet darauf, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, solange Mastercard sich an ihre Meldung vom 14. November 2016 i.V.m. ihren Zusagen vom 11. Juli 2017 hält und namentlich:
 - a) Die Secure Digital Interchange Fee nur für Transaktionen mit den Debit-Produkten von Mastercard erhoben wird, die im E- & M-Commerce erfolgen;
 - b) Der gewichtete Durchschnitt auf den Debit-Produkten von Mastercard im E- & M-Commerce den Grenzwert von 0.31 % nicht überschreitet; wobei
 - i. nach Ablauf von 5 Jahren ab Beginn der Erhebung der Interchange Fee der Grenzwert auf 0.2 % sinkt;
 - ii. in Bezug auf Mobile-NFC-Payments am POS mit Maestro der Grenzwert von 0.31 % nur solange gilt, als diese nicht mehr als 15 % des Volumens aller Transaktionen mit Debitkarten am POS ausmachen, andernfalls für diese Transaktionen auch schon vor Ablauf von 5 Jahren der Grenzwert auf 0.2 % sinkt;

⁶⁰ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

-
- c) die No-Surcharging-Rule nach europäischem Standard ausgestaltet wird, d.h., den Händlern darf untersagt werden, Zuschläge für die Verwendung der Debit-Produkte von Mastercard zu verwenden, Abschläge müssen hingegen uneingeschränkt zulässig bleiben;
 - d) die einzelnen Sätze der Interchange Fee im E- & M-Commerce für die Debit-Produkte von Mastercard auf der Website von Mastercard publiziert und bei Veränderungen aktualisiert werden;
 - e) der Händler, welcher die Debit-Produkte von Mastercard am physischen Verkaufspunkt akzeptiert, nicht verpflichtet ist, dasselbe im E-Commerce oder für In App-Zahlungen zu ermöglichen, und umgekehrt;
4. nimmt zur Kenntnis, dass Mastercard das Sekretariat über die Einhaltung der oben erwähnten Voraussetzungen informieren wird, indem
- a) über die Einhaltung des Grenzwertes gemäss Ziffer 3 Bst. b jährlich bis am 1. April Bericht erstattet wird; und
 - b) eine Überschreitung der Schwelle von 15 % gemäss Ziffer. 3 Bst. b) ii innerhalb zweier Monate angezeigt wird;
5. hält fest, dass die obigen Anregungen auf unbestimmte Dauer gelten, allerdings mit einer Ankündigungsfrist von 6 Monaten in frühestens 5 Jahren widerrufen werden können, wobei ohne Widerruf die Anregungen jeweils für weitere zwei Jahre gültig bleiben;
6. erhebt Verfahrenskosten von CHF [...];
7. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.
-

B 1.1

2. Vorabklärung betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY

Ergänzung vom 16. August 2017 des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO vom 27. April 2009 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Mit Schreiben vom 22. März 2017 gelangte Visa Europe Limited (Visa) an das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) mit dem Antrag auf Verlängerung und Anpassung der Rahmenbedingungen („Safe Harbor“), wie sie in der Form von Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG im Schlussbericht vom 27. April 2009¹ (Schlussbericht) formuliert hatte.

2. Gegenstand dieses Antrages sowie der damaligen Vorabklärung bildet die „Domestic Multilateral Interchange Fee“ (DMIF) für Visas Debitkartenprodukt V PAY. Für die weitere Beschreibung des Gegenstandes inklusive Erläuterungen zu 4-Parteien-Zahlkartensystemen und Interchange Fees kann vollumfänglich auf den Schlussbericht verwiesen werden.

A.2 Anregungen für eine DMIF für V PAY gemäss Schlussbericht

3. Das Sekretariat stellte im Schlussbericht zunächst fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass bei einer Umsetzung der geplanten DMIF für V PAY von je einer Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 KG zwischen den daran beteiligten Issuern einerseits und Acquirern andererseits auszugehen sei.²

4. Es führte danach weiter aus, dass während der Markteinführungsphase von V PAY die geplante DMIF nicht als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren sei. Das Sekretariat verzichtete daher darauf, eine Untersuchung (im Einvernehmen mit einem Präsidiumsmitglied) zu eröffnen, solange folgende Voraussetzungen eingehalten würden:³

- a) der *Marktanteil* von V PAY nicht 15 % am gesamten Debitkartenmarkt in der Schweiz, (gemessen am Kartenumsatz am Point of Sale [POS]), erreicht;
- b) eine *Zeitperiode* von 3 Jahren ab der Herausgabe der ersten V PAY-Debitkarte in der Schweiz nicht abgelaufen ist;
- c) die DMIF den gemeldeten durchschnittlichen *Beitrag pro Transaktion* von CHF 0.20 in der Schweiz nicht überschreitet;
- d) die *NDR-Klausel* in der Schweiz gegenüber dem Handel nicht durchgesetzt wird.

Visa verpflichtete sich zudem gewisse Transparenzregeln und Berichterstattungsobliegenheiten einzuhalten.⁴

5. Bezüglich der Zeit nach Ablauf der obigen Rahmenbedingungen verwies das Sekretariat auf die Möglichkeit einer erneuten Meldung.⁵

A.3 Anträge für die Verlängerung und Anpassung der Anregungen

6. Im Schreiben vom 22. März 2017 stellte Visa folgende Anträge:

- a) Die maximale durchschnittliche DMIF für "Card Present"-Transaktionen sei von CHF 0.20 auf CHF 0.12 zu senken.
- b) Die DMIF für "Card Absent" Transaktionen mit V PAY Karten sei ad valorem (mit einem Höchstsatz von 0.29%) festzusetzen; zusätzlich soll eine Gebühr von CHF 0.05 für "Non-Secure"-Transaktionen erhoben werden können.
- c) Visa werde berechtigt für einzelne Transaktionstypen bzw. Branchen bis Ende Januar 2018 spezifische DMIF Sätze festzulegen.
- d) Visa dürfe die „Non-Discrimination-Rule“ (NDR) gegenüber Händlern bei der Anwendung von V PAY-Karten durchsetzen.
- e) Die Anregungen sollen analog für Visas zweites Debitkartenprodukt Visa Debit gelten.
- f) Bei Einhaltung der Anregungen soll das Sekretariat auf die Eröffnung einer Untersuchung (zusammen mit dem Präsidium der Wettbewerbskommission [WEKO]) verzichten. Die Rahmenbedingungen sollen dann beendet werden können wenn, (1) Visa mit V PAY im schweizerischen Debitkartenmarkt einen Marktanteil von 15 % erreicht, oder (2) (gestützt auf eine Prüfung der Marktentwicklungen im Jahr 2021) ab Ende Januar 2022.

¹ RPW 2009/2, 122 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY (nachfolgend: V PAY)*.

² RPW 2009/2, 141 f., *Schlussfolgerung 1, V PAY*.

³ RPW 2009/2, 141 f., *Schlussfolgerung 2, V PAY*.

⁴ RPW 2009/2, 141 f., *Schlussfolgerungen 3 und 4, V PAY*.

⁵ RPW 2009/2, 141 f., *Schlussfolgerung 5, V PAY*.

7. Zur Begründung bringt Visa vor, dass sich der Markteintritt von V PAY als schwieriger und langsamer herausgestellt habe als erwartet. Aufgrund dieser Schwierigkeiten hatte Visa im November 2013 mit dem Sekretariat Kontakt aufgenommen und vorgeschlagen, die Dreijahresfrist für die Rahmenbedingungen erst beginnen zu lassen, wenn V PAY einen Marktanteil von 1 % im Schweizer Debitkartenmarkt erreiche. Am 12. April 2014 zeigte sich das Sekretariat mit diesem Vorgehen einverstanden. Im 2014 wurde dann V PAY von UBS und Raiffeisen lanciert und im Januar 2015 wurde ein Marktanteil von 1 % am Schweizer Debitkartenmarkt erreicht. Die Dreijahresfrist gemäss Schlussbericht läuft damit am 31. Januar 2018 ab.

8. Trotz der DMIF hat V PAY nur eine kleine Anzahl von Issuern gewinnen können. Neben UBS und Raiffeisen sind dies die Hypothekbank Lenzburg und die WIR Bank. Dabei hat einzig die Hypothekbank Lenzburg ihre Debit-Produkte von Maestro zu V PAY migriert. Die WIR Bank bietet ihren Kunden erst seit kurzer Zeit Debit-Produkte an und hat hierfür V PAY als einziges Produkt ausgewählt. Die UBS und Raiffeisen bieten ihren Kunden V PAY hingegen lediglich als Alternativprodukt zu Maestro an. Der Marktanteil von V Pay betrug im September 2016 immer noch weniger als [...] % und gemäss Visa ist nicht damit zu rechnen, dass bis zum 31. Januar 2018 ein nachhaltiger Marktanteil erreicht wird ([...]).

9. Als Hauptgrund für die Zurückhaltung der Issuer bei der Herausgabe von V PAY nennt Visa die Unsicherheiten des Geschäftsmodells: „Ein Issuer muss erhebliche Investitionen tätigen und hat aufgrund der kurzen Gültigkeit der Rahmenbedingungen gemäss Schlussbericht keine Klarheit darüber, ob er seine Investitionen nach Ende Januar 2018 noch amortisieren können.“

10. Dank des Markteintritts von V PAY habe der Wettbewerbsdruck auf die Konkurrenten zugenommen und zu einer Beschleunigung der technischen Innovation (z.B. Einführung von „Contactless“ für Debitkarten) geführt. Aufgrund des unsicheren Geschäftsmodells sei allerdings zu befürchten, dass der Marktanteil von V PAY im Bereich von [...] % stehen bleibe. Es sei fraglich, ob V PAY mit so einem geringen Marktanteil in der Lage sein werde, gegenüber Maestro nachhaltig Wettbewerbsdruck auszuüben, da dieser beschränkte Marktanteil ungenügend sein werde, um zusätzliche Innovationen zu finanzieren (Tokenization, Mobile Payments, E-commerce, VbV 2.0, d.h. neue dynamische und biometrische Methoden zur Authentifizierung). Es sei deshalb fraglich, ob die Erwartung des Sekretariats, durch den „Safe Harbor“ den Wettbewerb im Debitkartenmarkt zu verbessern, erreicht werden könnte, sofern keine Nachfolgelösung für die Zeit nach dem Januar 2018 gefunden werden könnte.

11. Die durch Visa beantragten Anpassungen der Anregungen basieren auf Gesprächen die im Rahmen sogenannter *Roundtables* der wesentlichen Marktteilnehmer erfolgt sind. [...]. Dabei wurden die folgenden Zielsetzungen verfolgt: (1) Die Sicherstellung einer langfristige Lösung für eine nachhaltige Marktpräsenz von V PAY im schweizerischen Debitkartenmarkt; (2) die Förderung benutzerfreundlicher, sicherer und innovativer Debitkarten-Produkte, welche in Zukunft auch NFC-enabling, E-

commerce und Mobile Embedding, umfassen müssten; und (3) die Schaffung kommerzieller Rahmenbedingungen für V PAY, welche für alle Marktteilnehmer akzeptabel sind. Die Roundtable-Teilnehmer gelangten insbesondere zum Schluss, dass die Rahmenbedingungen gemäss Schlussbericht auf unbestimmte Zeit weitergeführt werden müssten, um genügende Investitionsanreize zu schaffen.

12. Schliesslich verweist Visa noch darauf, dass in der EU Interchange Fees für Debitkarten bis zu einem Grenzwert von 0.2 % auf Dauer zulässig sind.

A.4 Verfahren

13. Am 13. Februar 2017 fand auf Wunsch von Visa ein erstes Treffen mit dem Sekretariat statt zur Fragestellung, wie es mit dem „Safe Harbor“ des Schlussberichts nach Ablauf der Dreijahresfrist weitergehen soll. Dabei wurde unter anderem die Frage nach der Form besprochen. Dabei hat das Sekretariat ausgeführt, dass aufgrund der bereits bestehenden Anregungen als Resultat einer Vorabklärung eines vorangehenden Widerspruchsverfahrens in gleicher Sache ein erneutes Widerspruchsverfahren als nicht erforderlich erachtet werde, sondern dass das Sekretariat bereit sei, einen begründeten Antrag auf Verlängerung und Anpassung der Anregungen entgegenzunehmen und zu prüfen.

14. Anlässlich des Treffens wurde Visa zudem über das laufende Verfahren in Sachen Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF) für die Debitkartenprodukte von Mastercard (Maestro und Debit Mastercard) informiert. Mit Schreiben vom 10. März 2017 wurde Visa eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Meldung gemäss Widerspruchsverfahren von Mastercard vom 14. November 2016 zugestellt, zu welcher sie mit Schreiben vom 22. März 2017 Stellung nahm.

15. Anlässlich eines Treffens am 24. Mai 2017 wurde Visa über die vorläufige Beurteilung des Sachverhalts durch das Sekretariat informiert. Zudem zeigte das Sekretariat auf, was der Inhalt von Anregungen des Sekretariates sein könnte, wobei auch auf mögliche gegenseitige Einflüsse der beiden Fälle V PAY und SSDIF bei Mastercard eingegangen wurde. Mit Schreiben vom 12. Juni 2017 nahm Visa Stellung zu den anlässlich des Treffens erläuterten Punkten.

B Erwägungen

B.1 Aufbau

16. Aufgrund der besonderen Ausgangslage rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall vom üblichen Aufbau eines Schlussberichts abzuweichen. Erneute Ausführungen zum Vorliegen einer Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erübrigen sich. Diesbezüglich kann auf den alten Schlussbericht verwiesen werden sowie auf die Ausführungen im Schlussbericht zur SDDIF von Mastercard. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich darauf, zu prüfen, ob und wie die Anregungen des Sekretariates gemäss Art. 29 Abs. 2 KG verlängert und angepasst werden können. Die einzige Frage, auf die kurz vorab eingegangen werden soll, betrifft die Erheblichkeit.

B.2 Erheblichkeit der DMIF von V PAY

17. Im Schlussbericht ist das Sekretariat unter Anwendung des im Jahr 2009 üblichen Massstabs der Erheblichkeit davon ausgegangen, dass die DMIF von V PAY bis zu einem Marktanteil von 15 % nicht erheblich sei. Diese Einschätzung lässt aufgrund des Urteils des Bundesgerichts im Fall *Gaba* nicht mehr aufrechterhalten: Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. Ausser in Bagatellfällen sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich. Quantitative Aspekte sind nicht zu prüfen, so dass auch an dieser Stelle keine Marktabgrenzung erforderlich ist.⁶ Selbst wenn der Marktanteil von V PAY nach wie vor gering ist, ist die DMIF als Preisabrede als grundsätzlich erheblich zu qualifizieren.

18. Grundsätzlich ist im Rahmen einer Vorabklärung nur zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung bestehen und folglich sind keine abschliessenden Würdigungen vorzunehmen. Aufgrund des *Gaba*-Urteils bestehen aber kaum Zweifel daran, dass die DMIF für V PAY keine Bagatelle darstellt und somit erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG sein dürfte.

19. Diese Änderung der Beurteilung der Erheblichkeit der DMIF stellt allerdings die damals getroffene Regelung und die Schwelle von 15 % nicht in Frage: Schon im damaligen Schlussbericht wurde ausgeführt, dass mittelfristig von einer Erheblichkeit der DMIF auszugehen sei, weshalb auch eine Prüfung der Rechtfertigung aus Effizienzgründen erfolgte. Das Sekretariat gelangte dabei zum Ergebnis, dass Effizienzgründe jedenfalls für die Markteintrittsphase vorhanden seien. Die Schwelle von 15 % lässt sich daher auch als Wert verstehen, welcher einen erfolgreichen Markteintritt signalisiert. Auf die Rechtfertigung aus Effizienzgründen wird nachfolgend bei der Prüfung der Anträge auf Verlängerung und Anpassung der Anregungen des Sekretariates eingegangen.

B.3 Beurteilung der Anträge

B.3.1 Generelles

20. Wettbewerbsabreden, welche den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, jedoch erheblich beeinträchtigen, können gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

21. Im Schlussbericht war das Sekretariat zu folgendem Fazit bezüglich der Rechtfertigung aus Effizienzgründen gelangt: *„Für die Phase des Markteintritts und gegeben die starke Marktführerschaft von Maestro sowie die Marktführerschaft der SIX Multipay im Acquiring von Maestro kann eine DMIF für den Markteintritt von V PAY – wenn nicht bereits von der Unerheblichkeit der Abrede ausgegangen wird – allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden, weil Anhaltspunkte bestehen, dass die geplante DMIF notwendig ist, um den Markteintritt zu realisieren und mehr (Inter- und Intra-brand) Wettbewerb zu ermöglichen.“*⁷

22. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Argumentationen nach wie vor Gültigkeit beanspruchen kann. Dabei ist entscheidend, ob bezüglich V PAY nach wie vor von einer Markteintrittsphase gesprochen werden kann.⁸ Im Schlussbericht wurde die Dauer der Markteintrittsphase aufgrund von Hearings mit verschiedenen Marktteilnehmern mit einer Zeitperiode von 3 Jahren veranschlagt.⁹ Aufgrund der bisherigen Entwicklung von V PAY dürften die damaligen Schätzungen zu kurz ausgefallen sein. Aufgrund der geringen Marktanteile kann grundsätzlich immer noch von einer Markteintrittsphase gesprochen werden. Zwar ist zu berücksichtigen, dass reine Strukturhaltung kein Effizienzgrund darstellt, im vorliegenden Fall geht es aber nicht darum, mit der Abrede eine überkommene Struktur aufrecht zu erhalten oder ein ineffizientes Produkt am Markt zu behalten, sondern darum, den bisher kaum existierenden Wettbewerb zu ermöglichen.

23. Zusätzlich gilt es zu berücksichtigen, dass der Zeithorizont für Einnahmen aus einer DMIF von 3 Jahren vermutlich zu kurz war, um genügend Investitionsanreize für die Issuer zu schaffen. Dies wird nicht nur von Visa vorgebracht, sondern stellt auch das Ergebnis der Roundtable-Gespräche dar. Auch in der ausführlichen Analyse bezüglich der Notwendigkeit einer Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF) für die Debitkartenprodukte von Mastercard für den Markteintritt im Bereich des elektronischen und mobilen Handels (E- & M-Commerce) gelangte das Sekretariat zum Ergebnis, dass eine langfristige Interchange Fee erforderlich ist, damit ein nachhaltiger Markteintritt gelingen kann.

24. Damit nicht die bisherigen positiven Effekte des Markteintritts auf den Wettbewerb mangels längerfristiger Perspektive wieder verloren gehen, erscheint es notwendig, den „Safe Harbor“ für V PAY zu verlängern. Dabei erachtet es das Sekretariat als sinnvoll, grundsätzlich auf das Ergebnis der Roundtable-Gespräche abzustellen, da in diesen beide Marktseiten mit starken Vertretern repräsentiert waren. Es ist daher davon auszugehen, dass die beantragten Bedingungen sowohl Investitionsanreize für die Issuer setzen als auch die Akzeptanz bei den Händlern gewährleisten.

25. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die DMIF für V PAY aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann. Dabei kann nach wie vor von einer Markteintrittsphase gesprochen werden, so dass es darum geht, die damit verbundenen wettbewerbsfördernden Auswirkungen sicherzustellen. Zu diesem Zweck sind die Anregungen des Sekretariates gemäss Art. 26 Abs. 2 KG vom 27. April 2009 zu verlängern und anzupassen, wobei grundsätzlich auf die vorgeschlagenen Lösungen abgestellt werden kann. Nachfolgend wird kurz auf die einzelnen Elemente eingegangen.

⁶ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.2.5, 5.3.2., 5.5. und 5.6, *Gaba/WEKO*.

⁷ RPW 2009/2, 140 Rz 154, V PAY.

⁸ Vgl. zu den Effizienzgründen in einer Markteintrittsphase auch die detaillierten Ausführungen im Schlussbericht betreffend die SDDIF von Mastercard.

⁹ RPW 2009/2, 141 Rz 163, V PAY.

B.3.2 DMIF für „Card Present“-Transaktionen

26. Gemäss den Visa Global Rules (Oktober 2016) liegt eine „Card Present“-Transaktion vor, wenn folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

- a) Die Karte ist präsent.
- b) Der Karteninhaber ist am Verkaufspunkt (POS) des Händlers präsent.
- c) Die Transaktion wird abgewickelt entweder (a) durch einen Vertreter des Händler oder des Acquirers, (b) durch den Karteninhaber direkt an einem nicht bedienten, vom Karteninhaber aktivierten Terminal oder (c) in der Region Europa durch den Karteninhaber in einer teilweise bedienten Umgebung (z.B. die Karte eines "Proximity Payment Device" wie ein Mobiltelefon, der Karteninhaber ist anwesend, der Karteninhaber vollzieht die Transaktion, allenfalls mit Unterstützung eines Vertreters des Händlers oder Acquirers).

27. Für solche Transaktionen schlägt Visa vor, die maximale durchschnittliche DMIF Gebühr neu auf **CHF 0.12** festzusetzen. Dieser Betrag [...] basiere auf branchen- bzw. transaktionsspezifischen Sätzen, welche zwischen den Marktteilnehmern aufgrund des Schlussberichts von 2009 vereinbart worden seien.

28. Der Satz von CHF 0.12 ist wesentlich tiefer als der maximale Durchschnittssatz gemäss den Rahmenbedingungen des Schlussberichts (CHF 0.20). Das Sekretariat sieht keinen Grund, diesem Antrag nicht zu entsprechen.

29. Zu beachten ist, dass das „Card Present“-Geschäft im Wesentlichen identisch ist mit denjenigen Bereichen, in denen Maestro ohne Interchange Fee auskommen muss (gemäss parallelem Schlussbericht zur SDDIF für die Produkte von Mastercard, ist für Maestro eine Interchange Fee nur in den Bereichen des E- & M-Commerce zulässig). Durch die Möglichkeit der Erhebung einer DMIF im „Card Present“-Geschäft wird V PAY besser gestellt als das direkte Konkurrenzprodukt Maestro. Eine solche Ungleichbehandlung kann sich aus den unterschiedlichen Marktphasen der beiden Produkte und ihrer unterschiedlichen Marktstellung rechtfertigen. Je mehr sich die beiden Produkte diesbezüglich in der Zukunft angleichen sollten, umso mehr müsste die Ungleichbehandlung überprüft werden. Aus diesem Grund wird an der Marktanteilsschwelle von 15% festgehalten. Ab diesem Prozentwert kann nicht mehr von einer Markteintrittsphase gesprochen werden.

B.3.3 DMIF für „Card Absent“-Transaktionen

30. Gemäss den Visa Global Rules (Oktober 2016) werden "Card Absent"-Transaktionen als Transaktionen definiert, für welche die beiden folgenden kumulativen Bedingungen gelten:

- a) Der Karteninhaber ist nicht anwesend.
- b) Die Karte ist nicht anwesend.

31. Es handelt sich damit im Wesentlichen um diejenigen Transaktionen, welche in der Vorabklärung zu einer SDDIF für die Debitkartenprodukte von Mastercard als E- & M-Commerce definiert wurden und nach Einschät-

zung des Sekretariates Anhaltspunkte für Effizienzgründe für eine längerfristige Interchange Fee zum Zweck des Markteintritts vorliegen. In diesem Bereich stehen sich folglich die Produkte von Visa und Mastercard auf gleicher Stufe gegenüber hinsichtlich Marktphase und Marktstellung, was grundsätzlich auch für eine Gleichbehandlung der beiden Systeme spricht.

32. Visa beantragt für „Card Absent“-Transaktionen einen Grenzwert von 0.29 %. Zusätzlich soll eine Gebühr von CHF 0.05 für „Non Secure“-Transaktionen zur Anwendung gelangen. Diese Gebühr ist höher als diejenige von 0.2 %, welche in der EU für Debittransaktionen gilt. Allerdings kann sich eine höhere Gebühr in einer Markteintrittsphase rechtfertigen und die Debitkartenprodukte von Visa sind derzeit (wie die von Mastercard) noch nicht im E- & M-Commerce einsetzbar.

33. Aus diesem Grund erachtet es das Sekretariat als sinnvoll, die DMIF für V PAY in der beantragten Höhe und Struktur im Rahmen des „Safe Harbor“ zuzulassen. Allerdings ist das Sekretariat ebenso der Auffassung, dass nach einer Zeitperiode von 5 Jahren für die sich eine höhere Interchange Fee rechtfertigt, eine Senkung auf das europäische Niveau von 0.2 % zu erfolgen hat. Diese Senkung ist im Übrigen auch für die SDDIF für die Debitkartenprodukte von Mastercard vorgesehen, so dass beide Card Schemes gleich behandelt werden.

34. Weiter gilt es noch zu erwähnen, dass die Lösung für die SDDIF für die Debitkartenprodukte von Mastercard leicht von der durch Visa beantragten abweicht. In den Anregungen des Schlussberichts bezüglich der SDDIF ist ein Grenzwert von 0.31 %, dafür aber kein Zuschlag von CHF 0.05 für „Non Secure“-Transaktionen. Das Sekretariat erachtet es nicht als sinnvoll, Visa und Mastercard genau dieselbe Ratenstruktur vorzuschreiben, zumal die beiden Lösungen ausgehend von durchschnittlichen Transaktionsbeträgen gleichwertig sein dürften. Das Sekretariat lässt aber Visa die Freiheit, auf den Grenzwert von 0.31 % zu wechseln (dann allerdings ohne die Möglichkeit darauf noch einen Zuschlag von CHF 0.05 für „Non Secure“-Transaktionen zu erheben).

35. Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass bezüglich der SDDIF von Mastercard Transaktionen, welche mit einem mobilen Gerät am POS erfolgen, dem E- & M-Commerce zugewiesen wurden (was in der Visa-Terminologie einer „Card Absent“-Transaktion entsprechen würde). Aus Gründen der Gleichbehandlung steht es Visa frei, diese Kategorie von Transaktionen ebenfalls dem „Card Absent“-Geschäft zuzuweisen.

B.3.4 Dauer

36. Auch bezüglich der Dauer entspricht das Sekretariat grundsätzlich dem Antrag von Visa, gemäss welchem die DMIF ab Januar 2022 beendet werden können (gestützt auf eine Prüfung der Marktentwicklung im Jahr 2021). Dies entspricht einer Zeitperiode von rund 5 Jahren.

37. Das Sekretariat orientiert sich jedoch bezüglich der Dauer an der Regelung bei den Kreditkarten. Visa darf die DMIF – solange sie im Rahmen der Anregungen des Sekretariates gemäss Art. 26 Abs. 2 KG praktiziert wird – auf unbestimmte Zeit anwenden. Das Sekretariat kann aber seine Anregungen mit einer Ankündigungsfrist von

mindestens sechs Monaten frühestens in fünf Jahren ab Einführung der Interchange Fees für „Card Absent“-Transaktionen widerrufen, wenn es zu der Einschätzung gelangt, dass die Interchange Fee aufgrund der tatsächlichen Marktentwicklungen neu zu beurteilen wäre. Ohne Widerruf bleiben die Anregungen jeweils für die darauffolgenden zwei Jahre gültig. Im Falle eines Widerrufs wird der „Safe Harbor“ aufgehoben und der durch die Anregungen vermittelte Vertrauensschutz beendet. Für eine Interchange Fee wäre ab diesem Zeitpunkt eine Sanktionierung wieder uneingeschränkt möglich.

B.3.5 Zulassung No-Surcharging-Rule

38. Im Schlussbericht hatte das Sekretariat als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer DMIF vorgesehen, dass Visa die „Non Discrimination Rule“ (NDR) für V PAY gegenüber dem Handel nicht durchsetzen dürfe. Visa hat beantragt, dass diese Voraussetzung gestrichen wird.

39. Die WEKO hat in ihrem *KKDMIF II-Entscheid* ihr früheres Verbot der „Non Discrimination Rule“ (NDR) zurückgenommen. Seither steht es den Acquireern wieder frei, solche Klauseln in ihren Händlerverträgen vorzusehen und Zuschläge für Kreditkartenzahlungen vertraglich zu untersagen. Die Wiedermulassung solcher Klauseln stand im Zusammenhang mit der starken Senkung der Interchange Fees auf ein Niveau, bei welchem es für den durchschnittlichen Händler nicht mehr teurer sein sollte, Kreditkarten anstatt Bargeld anzunehmen.¹⁰

40. Zu beachten ist weiter, dass es ab dem Jahr 2018 aufgrund derselben Überlegungen in den Mitgliedstaaten der EU den Händlern verboten sein wird, Zuschläge für Zahlungen mit Karten zu verlangen, deren Interchange Fee reguliert ist.¹¹

41. Im Sinne einer Orientierung am europäischen Standard erscheint es sinnvoll, anstatt wie bisher von einer „Non Discrimination Rule“ neu von einer *No-Surcharging-Rule* zu sprechen: Dem Händler wird untersagt, Aufschläge für die Verwendung der Produkte von Visa zu verlangen und für diese Produkte Mindest- oder Höchstbeträge für Transaktionen einzuführen. *Ab-schläge* für Bezahlung sind demgegenüber uneingeschränkt zulässig. Es bleibt den Händlern zudem frei, Aufschläge für Zusatzdienstleistungen wie Versand oder Expressservice zu verlangen, wenn die Aufschläge unabhängig der Zahlungsweise gleichermassen gelten. Diese Lösung entspricht auch derjenigen, welche im Zusammenhang mit der SDDIF bezüglich Mastercard als Anregung formuliert wird.

B.3.6 Weitere Anregungen

42. Im Übrigen bleiben die Anregungen aus dem Schlussbericht vom 27. April 2009 weiterhin gültig, insbesondere bezüglich Berichterstattung an das Sekretariat.

C Kosten

43. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹² ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

44. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben keine Ge-

bühren zu bezahlen, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt.

45. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Gebührenfreiheit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG nicht erfüllt. Es liegen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor. Auf die Eröffnung einer Untersuchung wird insbesondere auch im Interesse der Parteien verzichtet sowie aufgrund der erfolgten Zusagen und Anregungen, die einen „Safe Harbor“ für die Parteien bilden.

46. 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).

47. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.-. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt [...] Stunden, was eine Gebühr von insgesamt CHF [...] ergibt.

48. Das Sekretariat behält sich vor, allfällige zukünftige, mit dem Monitoring der Einhaltung der Rahmenbedingungen verbundene Kosten, ebenfalls in Rechnung zu stellen.

D Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die DMIF für V PAY eine erhebliche Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG darstellt;
2. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die DMIF für V PAY aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann;
3. verzichtet darauf, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, solange Visa sich an die Anregungen des Sekretariates vom 27. April 2009 mit folgenden Anpassungen hält, welche Visa in ihrem Schreiben vom 22. März 2017 beantragt und hiermit gutgeheissen werden, wonach:
 - a) Die maximale durchschnittliche DMIF für "Card Present"-Transaktionen von CHF 0.20 auf CHF 0.12 gesenkt wird;
 - b) Die DMIF für "Card Absent"-Transaktionen mit V PAY Karten den Grenzwert von 0.29% nicht überschreitet; wobei zusätzlich eine Gebühr von CHF 0.05 für "Non-Secure"-Transaktionen erhoben werden kann;

¹⁰ RPW 2015/2, 185 Rz 156, *KKDMIF II*.

¹¹ Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Richtlinie über den Zahlungsverkehr II bzw. Payment Services Directive II), Art. 62 Abs. 4 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=DE>; 7.8.2017).

¹² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

-
- c) Visa berechtigt ist, für einzelne Transaktionstypen bzw. Branchen bis Ende Januar 2018 spezifische DMIF Sätze festzulegen;
- d) eine No-Surcharging-Rule nach europäischem Standard eingeführt werden kann, d.h., den Händlern darf untersagt werden, Zuschläge für die Verwendung der Debit-Produkte von Visa zu verwenden, Abschläge müssen hingegen uneingeschränkt zulässig bleiben
4. hält fest, dass die obigen Anregungen analog für Visas zweites Debitkartenprodukt Visa Debit gelten;
5. hält fest, dass der Grenzwert gemäss Ziff. 3 Bst. a bis zum Erreichen eines Marktanteils von 15 % am gesamten Debitkartenmarkt in der Schweiz, gemessen am Kartenumsatz am Point of Sale (POS), gilt;
6. hält fest, dass Visa berechtigt ist den Grenzwert gemäss Ziff. 3 Bst. b durch einen solchen von 0.31 % zu ersetzen, wobei diesfalls der Zuschlag von CHF 0.05 für „Non Secure“-Transaktionen entfällt;
7. hält fest, dass der Grenzwert gemäss Ziff. 3 Bst. b (bzw. alternativ gemäss Ziff. 6) nach Ablauf von 5 Jahren ab Beginn der Erhebung der DMIF für "Card Absent"-Transaktionen auf 0.2 % sinkt;
8. hält fest, dass die obigen Anregungen auf unbestimmte Dauer gelten, allerdings mit einer Ankündigungsfrist von 6 Monaten in frühestens 5 Jahren widerrufen werden können, wobei ohne Widerruf die Anregungen jeweils für weitere zwei Jahre gültig bleiben;
9. erhebt Verfahrenskosten von CHF [...];
10. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.
-

B 1.1

3. Vorabklärung betreffend Laborreagenzien

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 5. Dezember 2017 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Laborreagenzien wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A Sachverhalt

1. Gegenstand vorliegender Vorabklärung war die Frage, ob Direkt- und Parallelimporte¹ von Laborreagenzien in die Schweiz durch Wettbewerbsabreden beschränkt werden. Als Reagens wird in der Chemie ein Stoff bezeichnet, der beim Kontakt mit bestimmten anderen Stoffen eine spezifische Reaktion zeigt.² Die Vorabklärung wurde gestützt auf verschiedene Anzeigen von Schweizer Nachfragern eröffnet, die erfolglos versuchten, bedeutend günstigere Laborreagenzien im Ausland zu beziehen.

2. Im Jahr 2011 ging eine Anzeige eines privaten medizinischen Forschungslabors beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ein, wonach Laborreagenzien verschiedener Hersteller in der Schweiz zu viel höheren Preisen verkauft würden als in den Ländern, in denen die Hersteller ansässig sind, und als in den Nachbarländern der Schweiz.

3. Daraufhin hat das Sekretariat im Rahmen einer Marktbeobachtung nach Art. 45 Abs. 1 KG³ ausländischen Herstellern von Laborreagenzien sowie ausländischen und inländischen Vertriebspartnern dieser Hersteller Auskunftsbegehren zukommen lassen. Die Marktbeobachtung zeigte, dass gewisse ausländische Hersteller unaufgeforderte Anfragen aus der Schweiz an deren Schweizer Vertriebspartner oder an eine Tochtergesellschaft bzw. konzerneigene Niederlassung in der Schweiz verweisen. Die befragten inländischen Vertriebspartner wiesen darauf hin, dass Schweizer Kunden die Laborreagenzien auch im Ausland beziehen könnten.

4. Am 13. Juli 2012 reichte die Geschäftsführerin der Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) dem Sekretariat eine ähnlich gelagerte Anzeige eines universitären medizinischen Forschungslabors ein. Die Anzeige enthielt diverse Belege über Kaufanfragen bei ausländischen Herstellern von Laborreagenzien, weil diese die Laborreagenzien zum Teil halb so teuer verkauften, als sie in der Schweiz erhältlich waren. Der Grossteil der Hersteller verwies das Forschungslabor an die jeweilige Vertriebspartnerin in der Schweiz.

5. Am 6. Dezember 2012 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung und liess einem französischen, zwölf amerikanischen, einem britischen und einem taiwanesischen Hersteller von Laborreagenzien, zwölf inländischen Distributoren, einem britischen, vier französischen und sechs deutschen Distributoren von Laborreagenzien einen Fragebogen zukommen. Aus den Antworten auf die Fragebogen wurde ersichtlich, dass diverse Hersteller in der Schweiz, in Deutschland und in Frankreich über eine eigene Tochtergesellschaft vertreten sind und

den Vertrieb somit vertikal integriert haben. Andere Hersteller arbeiten in der Schweiz und den Nachbarländern mit exklusiven Vertriebspartnern zusammen. Substantiierte Hinweise auf möglicherweise unzulässige Abreden über absoluten Gebietsschutz nach Art. 5 Abs. 4 KG ergab die Marktbefragung nicht (vgl. hierzu unten, Rz 10 ff.).

6. Im Jahr 2014 ging eine weitere Anzeige eines universitären Forschungslabors ein, wonach Laborreagenzien diverser Hersteller im Ausland viel günstiger verkauft würden als in der Schweiz und das Schweizer Labor diverse Laborreagenzien nicht im Ausland haben beziehen können.

7. Gestützt auf die Antworten der Marktteilnehmer aus dem Jahr 2013 befragte das Sekretariat im April 2017 acht Hersteller und 13 von deren ausländischen Vertriebspartnern zu einer möglichen Beschränkung von Parallel- und Direktimporten in die Schweiz und bat sie, die Vertriebsverträge einzureichen. Diese Verträge waren in der Befragung im Jahr 2013 nur teilweise eingereicht worden. Von den acht befragten Herstellern in den USA und den UK haben fünf geantwortet und ihre Vertriebsverträge eingereicht. Zudem haben sechs der 13 befragten Vertriebspartner dieser Hersteller aus Deutschland, Frankreich, Italien und den BeNeLux geantwortet und ihre Vertriebsverträge eingereicht. Die übrigen Hersteller und Vertriebspartner haben auch nach entsprechender Mahnung nicht auf die Auskunftsbegehren des Sekretariats reagiert.

B Erwägungen*Vertikale Abreden über einen absoluten Gebietsschutz*

8. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG sind Wettbewerbsabreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten vermutungsweise unzulässig, soweit Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner abgeschlossen werden. Ein absoluter Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG erfordert zunächst das Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (Ziff. 1 VertBek⁴). Eine solche Abrede kann namentlich vorliegen, wenn ein Hersteller und ein von ihm unabhängiger ausländischer Händler vereinbaren, dass der Händler interessierte Kunden (Händler oder

¹ Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endkunden Produkte im Ausland einkaufen und in die Schweiz einführen. Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Händler Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der vom Hersteller vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen.

² Quelle: <<https://de.wikipedia.org/wiki/Reagens>> (5.12.2017).

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

⁴ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek; Stand am 22.5.2017), BBl 2017 4543, RPW 2017/2, 369, abrufbar unter www.weko.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

Endkunden) aus der Schweiz nicht bedient (sog. Verbot des Passivverkaufs) und diese Kunden an einen Lieferanten (z.B. Generalimporteur) in der Schweiz verweist (vgl. hierzu auch Rz 6 ff. VertBek-Erläuterungen⁵).

9. Nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst ist hingegen, wenn ein Hersteller unaufgeforderte Lieferanfragen oder Bestellungen aus der Schweiz ablehnt und die Kunden an seinen oder seine Schweizer Händler verweist (vgl. Rz 9, erster Punkt VertBek-Erläuterungen). Dasselbe gilt grundsätzlich, wenn Hersteller interessierte Kunden aus der Schweiz an ihre Schweizer Niederlassung oder Tochtergesellschaft verweisen (vgl. Rz 9, zweiter Punkt VertBek-Erläuterungen). Denn eine Wettbewerbsabrede setzt eine Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise von mindestens zwei voneinander unabhängigen Unternehmen voraus (Art. 4 Abs. 1 KG). Bei konzerninternen Absprachen wird diese Voraussetzung nicht erfüllt.

Ergebnisse der Marktbefragungen 2013 und 2017

10. Die Auswertung der eingereichten Antworten aus den Marktbefragungen in den Jahren 2013 und 2017 ergab folgendes Gesamtbild:

11. In gewissen Fällen leiteten Hersteller im Ausland unaufgeforderte Bestellungen von Kunden aus der Schweiz an die Schweizer Generalimporteurin weiter (vgl. auch oben, Rz 3). Solche Weiterleitungen werden nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst (vgl. oben, Rz 9).

12. In einem Fall gab die befragte Schweizer Tochtergesellschaft einer US amerikanischen Herstellerin an, Schweizer Kunden könnten die Laborreagenzien nicht bei anderen Konzerngesellschaften im Ausland beziehen (vgl. auch oben, Rz 3). Es handelt sich hierbei um einen konzerninternen Sachverhalt, der die Tatbestandsvoraussetzungen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt (vgl. oben, Rz 9).

13. Keiner der eingereichten Vertriebsverträge zwischen den ausländischen Herstellern von Laborreagenzien und ihren ausländischen Vertriebspartnern enthält ein Exportverbot in Bezug auf die Schweiz, welches passive Verkäufe an Händler und/oder Endkunden in der Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG beschränkt.

14. Allerdings enthalten einige Verträge unklare Vertragsklauseln und sind einzelne Vertriebspartner unsicher in Bezug auf die vertragliche Zulässigkeit von passiven Verkäufen an Kunden in der Schweiz. Verschiedene Vertriebsverträge enthalten Klauseln, wonach dem Vertriebspartner in einem bestimmten Gebiet das Vertriebsrecht (exklusiv) eingeräumt wird. Einige dieser Vertriebspartner haben dieses Vertriebsrecht so verstanden, dass sie Anfragen von Kunden ausserhalb ihres Vertragsgebiets nicht bedienen dürfen.

15. Um Missverständnisse auszuräumen, forderte das Sekretariat die zwei Hersteller mit Sitz in den USA, die auf die Auskunftsbegehren des Sekretariats reagiert hatten und deren Vertragsklauseln unklar bzw. deren Vertriebspartner unsicher waren, ob Passivverkäufe in die Schweiz von Seiten des Herstellers erlaubt waren, dazu auf, gegenüber ihren Vertriebspartnern klarzustellen, dass passive Verkäufe an Händler und Endkunden in der Schweiz zulässig sind. Dieser Aufforderung sind

die Hersteller nachgekommen. Ein weiterer US amerikanischer Hersteller informierte seine Distributionspartner aus eigener Initiative.

16. Weitere Hinweise auf einen vereinbarten gebietsübergreifenden Ausschluss von Passivverkäufen in die Schweiz ergaben die Marktbefragungen nicht.

17. Eine Nachfrage des Sekretariats bei den drei Anzeigern (vgl. oben, Rz 2, 4, 6) im September 2017 ergab schliesslich keine Hinweise, dass passive Verkäufe in die Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG beschränkt worden wären. Ein universitäres medizinisches Forschungslabor hatte seit der Anzeige offenbar gar nicht mehr versucht, im Ausland zu beziehen und die Anzeige hatte nur Lieferanfragen betroffen, die direkt beim Hersteller getätigt worden waren (vgl. oben, Rz 4). Beim anderen universitären Forschungslabor konnte man sich nicht erinnern, ob die Bestellungen direkt beim Hersteller oder bei dessen ausländischen Vertriebspartnern getätigt worden waren. Das private medizinische Forschungslabor gab an, dass die Bestellungen vermutlich jeweils direkt bei den ausländischen Herstellern gemacht worden waren.

Fazit

18. Zusammengefasst ergab die Vorabklärung keine genügenden Anhaltspunkte für vertikale Abreden über einen absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zwischen den ausländischen Herstellern von Laborreagenzien und ihren Vertriebspartnern. Namentlich enthalten die Antworten der Hersteller und Händler auf die Auskunftsbegehren sowie die eingereichten Vertriebsverträge keine Hinweise auf eine Beschränkung von passiven Verkäufen in die Schweiz. Missverständlich formulierte und falsch interpretierte Vertragsklauseln konnten mittels Rundschreiben der Hersteller an die Vertriebspartner klargestellt werden. Zudem hat sich gezeigt, dass die Anzeiger in erster Linie versucht hatten, direkt bei den ausländischen Herstellern und nicht bei deren Vertriebspartnern im Ausland zu beziehen.

C Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass keine genügenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

⁵ Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12.6.2017 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, RPW 2017/2, 388, abrufbar unter www.weko.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Peugeot SA/Opel

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 2. Juni 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU² vom 7. Juni 2017

Sachverhalt

1. Am 08. Mai 2017 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb der alleinigen Kontrolle über das Automobilgeschäft von Opel durch Peugeot S.A. (nachfolgend: PSA Group). Dieses geplante Zusammenschlussvorhaben wird nachfolgend als „die Transaktion“ bezeichnet. Das Automobilgeschäft von Opel und die PSA Group werden zusammen als „die Parteien“ bezeichnet.

2. PSA Group ist eine in Frankreich ansässige Gruppe, die Personenwagen, leichte Nutzfahrzeuge und Ersatzteile für Fahrzeuge herstellt und liefert. Die Geschäftstätigkeiten der Gruppe sind in drei Hauptbereiche unterteilt. Der Automobilbereich umfasst das Design, die Herstellung und den Verkauf von Personenwagen und leichten Nutzfahrzeugen für die Marken Peugeot, Citroën und DS Automobiles (DS). Im Finanzierungsbereich ist sie mit der Banque PSA Finance SA, welche Retailfinanzdienstleistungen an Kunden der PSA Marken sowie „Corporate Financing-Dienstleistungen“ an die Händlernetzwerke der erwähnten Marken erbringt. Zusätzlich werden im Finanzierungsbereich auch andere Versicherungs- und Zusatzdienstleistungen erbracht und vertrieben. Der dritte Bereich sind andere Geschäftstätigkeiten der Holdinggesellschaft der PSA Gruppe und umfasst Beteiligungen am Automobilzulieferer Faurecia, welcher Autositze, Innenraumsysteme und Emissionskontrolltechnologien herstellt; an Peugeot Motocycles (PMTC), welche Motorräder und Motorroller entwickelt und herstellt; und eine an Gefco, einem Logistikdienstleister.

3. Das Zielunternehmen besteht aus allen europäischen Tochtergesellschaften und Filialen der General Motors

Company (nachfolgend: GM), die die Tätigkeiten im Automobilgeschäft von Opel/Vauxhall umfassen (nachfolgend: Automobilgeschäft von Opel). Das Zielunternehmen produziert und vertreibt in Europa Transportmittel, insbesondere Personenwagen und leichte Nutzfahrzeuge unter den Marken Opel und Vauxhall. Es ist zudem verantwortlich für das Geschäft von GM in Europa unter den Marken Opel und Vauxhall mit Hauptsitz in Rüsselsheim.

4. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist es, gemäss Angaben der Parteien, dass das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen über ein Portfolio von (Fahrzeug-)Marken verfügen werde, die sich differenzieren und ergänzen und in ihren jeweiligen Heimatmärkten tief verwurzelt sind. Wodurch das hervorgehende Unternehmen aufgrund einer breiteren Basis mit den Marken von PSA (Peugeot, Citroën und DS) und jenen von Opel und Vauxhall profitieren werde. Zudem ermögliche die Transaktion erhebliche Skaleneffekte und Synergien in den Bereichen Einkauf, Produktion sowie Forschung und Entwicklung. Unterstützt werde dies durch eine rasche Plattformkonvergenz und führe so zu einer nachhaltigen Erhöhung des Ertrags und der Rendite für die Aktionäre. Zusätzlich ermöglicht der Zusammenschluss die Konzentrationsrisiken aus der starken französischen Präsenz der PSA Group durch eine verstärkte Internationalisierung mit den Marken Opel und Vauxhall abzubauen.

Unternehmenszusammenschluss

5. Mit der Transaktion beabsichtigt die PSA Group von GM das Automobilgeschäft von Opel zu erwerben. Davon ausgenommen sind die Finanzierungsgesellschaften von GM, die Autofinanzierungslösungen und damit verbundene Dienstleistungen anbieten, diese Tätigkeit ist Gegenstand einer separaten Transaktion. Die Transaktion beinhaltet den Erwerb sowohl von Aktien als auch von Vermögenswerten.

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).

6. Die Transaktion umfasst alle Automobiltätigkeiten von Opel/Vauxhall, darunter die Marken Opel und Vauxhall, zehn Produktionsstätten, ein Entwicklungszentrum (Rüsselsheim) und ca. 40'000 Mitarbeitende. GM wird das Entwicklungszentrum im italienischen Turin behalten. Opel/Vauxhall wird von Lizenzrechten einer GM Tochtergesellschaft Gebrauch machen können, bis in den kommenden Jahren ihre Fahrzeuge kontinuierlich auf PSA Plattformen transferiert worden sind.

7. Das Zielunternehmen besteht aus verschiedenen Gesellschaften, welche im Zuge der Transaktion durch die PSA Group erworben werden. In Bezug auf die Schweiz werden die Schweizer Vermögenswerte der Transaktion von GM Suisse S.A. zunächst an eine neu zu gründende Gesellschaft übertragen und von dieser dann (indirekt) über die Muttergesellschaft GM Europe Holdings S.L.U., Spanien, weiter an die PSA Group übertragen.

8. Im vorliegenden Fall erfolgt die Transaktion zum Erwerb der verschiedenen Gesellschaften des Zielunternehmens und die verbundenen Vermögenswerte: (1) unter einem einzigen Vertrag, (2) diese Gesellschaften und die Vermögenswerte werden unter derselben Marke operieren und (3) diese Gesellschaften sind voneinander abhängig. Die Transaktion ist daher als ein einziger Zusammenschluss, welcher den Erwerb der alleinigen Kontrolle durch die PSA Group darstellt, zu betrachten.

9. Aus den Ausführungen der Rz 5–8 ergibt sich, dass die Transaktion einen Erwerb alleiniger Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt und somit als Unternehmenszusammenschluss gilt.

Sachlich relevante Märkte

10. Vorliegend handelt es sich um einen Zusammenschluss zwischen zwei Fahrzeugherstellern (und nicht beispielsweise um einen Kontrollerwerb eines Fahrzeugherstellers über einen Hersteller von Fahrzeugteilen oder über einen Autoretailhändler/-grosshändler), daher liegt der Schwerpunkt der nachstehenden Analyse auf den verschiedenen Personenwagen- und Nutzfahrzeugsegmenten im Bereich für die Herstellung und Lieferung von Personenwagen und Nutzfahrzeugen.

11. Die WEKO hat in ihrer Praxis den Personenwagenbereich vom Nutzfahrzeugbereich unterschieden.³ Nach Praxis der WEKO kann nicht von einem einzigen sachlich relevanten Markt für Personenwagen ausgegangen werden. Sondern dieser Markt ist hingegen weiter zu segmentieren, dies vor allem deshalb, weil aus Sicht des Nachfragers nicht alle Personenwagen als Substitutionsgüter betrachtet werden können. So deckt aufgrund seiner Eigenschaften beispielsweise ein Fahrzeug der Kleinwagenklasse nicht dieselben Bedürfnisse wie ein Fahrzeug der Ober- oder Luxusklasse ab.⁴ In dieser Hinsicht ist die (engste) Abgrenzung, welche die WEKO vorgenommen hat, die Folgende:⁵ Kleinwagen (Microwagen), Kleinwagen, Mittelklasse (Untere Mittelklasse), Obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse, Sportwagen, Mehrzweckwagen und Sport Utility Cars (SUV) / Geländewagen.

12. Das Segment der Nutzfahrzeuge (LCV) wurde durch die Praxis der WEKO und auch der Europäische Kommission zusätzlich in die folgenden drei Segmente unter-

teilt: leichte Nutzfahrzeuge (bis 5t), mittelgrosse Nutzfahrzeuge (zwischen 5t und 16t) und schwere Nutzfahrzeuge (über 16t).⁶ Die Parteien gehen von einem relevanten Markt aus, der alle leichten Nutzfahrzeuge unter 6t umfasst. Zusätzlich reichen die Parteien auch Angaben zur weiteren Unterteilung der leichten Nutzfahrzeuge in Segmente von „0t bis 3.5t“ und von „3.5t bis 6t“ ein.

13. Im vorliegenden Fall ist demnach von einem Markt für die Herstellung und Lieferung von Personenwagen und Nutzfahrzeugen unterteilt in die Segmente: Kleinwagen, Kleinwagen, Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse, Sportwagen, Mehrzweckwagen, SUV und weiterhin leichte Nutzfahrzeuge, mittelgrosse Nutzfahrzeuge sowie schwere Nutzfahrzeuge auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung, ob weitere Segmente hinzukommen oder Segmente zusammenzufassen sind, kann offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

14. In Bezug auf den Bereich für den Vertrieb von Fahrzeugen hat die Europäische Kommission in ihrer bisherigen Praxis unterschieden zwischen dem Segment für den Grosshandel von Fahrzeugen und dem Segment für den Retailvertrieb von Fahrzeugen.⁷ Die WEKO hat in der bisherigen Praxis für den Vertrieb von Fahrzeugen keine detaillierte Untersuchung des Grosshandels- und Retailbereiches vorgenommen.⁸

15. Auf Grosshandelsstufe kaufen Grosshändler bzw. Importeure Fahrzeuge und verkaufen diese an Händler (Retailhändler) weiter, welche ihrerseits diese dann an Endkunden verkaufen.⁹ Die Grosshandelsfunktion wird oft von Tochtergesellschaften der Fahrzeughersteller oder durch unabhängige Grosshändler wahrgenommen, wobei letztere dann die Konsistenz mit den zentralen Vermarktungsstrategien des Herstellers sicherzustellen haben.¹⁰

16. In ihrer bisherigen Praxis hat die Europäische Kommission zwischen dem Grosshandel von neuen Personenwagen einerseits und leichten Nutzfahrzeugen andererseits unterschieden.¹¹

³ RPW 2011/3, 439 Rz 6, *VW/MAN*, RPW 1998/3, 418 ff., *Daimler-Benz/Chrysler*.

⁴ Vgl. RPW 2012/3, 560 Rz 175, *BMW*.

⁵ Vgl. RPW 2012/3, 561 Rz 183 f., *BMW*, RPW 2008/3, 412, *Porsche Automobil Holding SE/Volkswagen AG*.

⁶ Vgl. RPW 2011/3, 439 Rz 6, *VW/MAN*, Case COMP M.2832 *General Motors / Daewoo Motors*.

⁷ Siehe z.B. Case COMP M.2832, Rz 17 *General Motors / Daewoo*, Case COMP M.7747, Rz 11ff., *PGA / MSA*, Case COMP M.6718, Rz 11, *TTC / CFAO*, Case COMP M.1825, Rz 9, *Suzuki Motor / Suzuki KG / FAFIN*, Case COMP M.182, Rz 8, *Inchape / TKM*, Case COMP M.1452, Rz 10, *Ford / Volvo*, Case COMP M.5709, Rz 10 *Volkswagen / Mahag*.

⁸ Vgl. RPW 1998/3, 419 f., *Daimler-Benz/Chrysler*, RPW 2009/2, 184, *Fiat/Chrysler*, Case, RPW 2011/3, 439 Rz 6, *VW/MAN*.

⁹ Case COMP M.5061, Rz 12, *Renault / Russian Technologies / AvtoVAZ*, Case COMP M.2832, Rz 17, *General Motors / Daewoo*.

¹⁰ Vgl. Case COMP M.2832, Rz 17 f., *General Motors / Daewoo Motors*, Case COMP M.6403, Rz 21, *Volkswagen / KPI Polska / Skoda Auto Polska / VW Bank Polska / VW Leasing Polska*, Case COMP M.5250, Rz 27, *Porsche / Volkswagen*.

¹¹ Case COMP M.6403, Rz 22, *Volkswagen / KPI Polska / Skoda Auto Polska / VW Bank Polska / VW Leasing Polska*, Case COMP M.3388, Rz 7, *Ford Motor Company Ltd / Polar Motor Group Ltd*, Case COMP M.6958, Rz 17, *CD&R / We buy any car*.

17. Auf Retailstufe vertreiben Händler Fahrzeuge an Endkunden. Diese Händler sind oft unabhängig, obwohl sie in den meisten Fällen über selektive (oder exklusive) Vertriebsverträge mit den Herstellern verfügen.¹² Daneben gehören zum Teil einige der Händler auf Retailstufe auch den Fahrzeugherstellern oder den Grosshändlern selbst.

18. Auf Retailstufe hat die Europäische Kommission ähnlich wie beim Grosshandel sowohl zwischen dem Vertrieb von Personenwagen einerseits¹³ und leichten Nutzfahrzeugen andererseits als auch zwischen neuen und gebrauchten Fahrzeugen unterschieden.¹⁴

19. Die Europäische Kommission hat zudem im Hinblick auf Personenwagen die Ansicht vertreten, dass eine zusätzliche Segmentierung nach Art des Fahrzeugs (z.B. nach Segment vgl. Rz 11) nicht notwendig ist, da Automobilhersteller normalerweise verschiedene Fahrzeugtypen im gleichen Vertriebskanal vertreiben.¹⁵

20. Im vorliegenden Fall ist im Sinne einer Arbeitshypothese demnach von einem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe und einem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere eine weitere Segmentierung (vgl. Rz 11), kann hier offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

21. In Bezug auf die Herstellung von Fahrzeugteilen gibt es keine feststehende Praxis der WEKO. In ihrer bisherigen Praxis hat die Europäische Kommission erwogen, aber letztlich offengelassen, ob es weit abgegrenzte Märkte für Fahrzeugteile oder stattdessen getrennte Märkte für Fahrzeugsysteme gebe (d.h. Assemblierungen einzelner Teile sowie komplexere Module, die eine bestimmte Funktion in einem Fahrzeug erfüllen, wie z.B. Steuerungen, Motoren, Getriebe, Bremssysteme usw.). Die Europäische Kommission hat ebenfalls die Frage offengelassen, ob Module oder jedes einzelne Teil getrennte Produktmärkte darstellen könnten.¹⁶ Aus Nachfragersicht könne ein Teil möglicherweise kein Substitut für ein anderes sein, da jedes Teil hergestellt werde, um eine hochspezifische und genaue Funktion in einer komplexen Maschine zu erfüllen.

22. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Transaktion ist es, gemäss Angaben der Parteien, nicht notwendig zwischen Teilen, Modulen und Systemen zu unterscheiden. Denn aus Lieferperspektive sind die meisten Teillieferanten vertikal integriert und deshalb in der Lage, sowohl einzelne Teile als auch Systeme solcher Komponenten auf die Bedürfnisse und Produktdesigns der Kunden der Originalteilhersteller zugeschnitten herzustellen und zu liefern.¹⁷

23. Im vorliegenden Fall ist von einem Markt für die Herstellung von Fahrzeugteilen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

24. Es gibt keine Praxis der WEKO zur Marktabgrenzung im Bereich der Herstellung von Antriebssträngen für Personenwagen. In ihrer bisherigen Praxis hat die Europäische Kommission erwogen, allenfalls zwischen Handschaltungen und automatischen Schaltungen¹⁸

sowie zwischen Diesel- und Benzinmotoren¹⁹ zu unterscheiden. Im Hinblick auf Antriebsstränge hat die Europäische Kommission zudem eine Unterscheidung gestützt auf das Gewicht des Fahrzeugs erwogen, in welches der Antriebsstrang eingebaut wird (leichte Fahrzeuge gegenüber schweren Nutzfahrzeugen von über 6 Tonnen).²⁰

25. Im vorliegenden Fall ist demnach von einem Markt für die Herstellung von Antriebssträngen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

Räumlich relevante Märkte

26. In früheren Entscheiden hat die Europäische Kommission, ohne zu einem endgültigen Ergebnis zu kommen, erwogen, ob der räumlich relevante Markt für die Herstellung und Lieferung von Personenwagen national oder europaweit (EWR+CH-weit) abzugrenzen sei. Das Bundesverwaltungsgericht hat in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO die Märkte für Fahrzeuge national abgegrenzt.²¹

27. Für den sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Personenwagen und Nutzfahrzeugen ist daher in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

28. In ihrer bisherigen Praxis hat die Europäische Kommission eine europaweite oder nationale Dimension im Bereich des Grosshandels für den Vertrieb von Fahrzeugen in Betracht gezogen, die Frage aber letztlich offengelassen.²²

29. Die Europäische Kommission hat offengelassen, ob der Retailvertrieb von Fahrzeugen räumlich europaweit, national, regional oder lokal abzugrenzen sei. Aufgrund der Auswirkungen der Gruppenfreistellungsverordnung

¹² Case COMP M.2832, Rz 19, *General Motors / Daewoo Motors*.

¹³ Case COMP M.6718, Rz 11, *Toyota Tsusho Corporation / CFAO*, Case COMP M.3388, Rz 22, *Ford Motor Company / Polar Motor Group*.

¹⁴ Case COMP M.6403, Rz 27, *Volkswagen / KPI Polska / Skoda Auto Polska / VW Bank Polska / VW Leasing Polska*, Case COMP M.7747, Rz 14, *PGA/MSA*.

¹⁵ Case COMP M.7747, Rz 11, *PGA/MSA*, Case COMP M.6403, Rz 22, *Volkswagen / KPI Polska / Skoda Auto Polska / VW Bank Polska / VW Leasing Polska*.

¹⁶ Siehe z.B. Case COMP M.6714, Rz 6, *U-Shin / Valeo CAM*, Case COMP M.5799, Rz 7 ff., *Faurecia / Plastal*.

¹⁷ Case COMP M.7182, Rz 15, *Visteon Corporation / Automotive Electronics Business of Johnson Controls*.

¹⁸ Case COMP M.1368, Rz 12, *Ford / ZF*.

¹⁹ Case COMP M.2127, Rz 17 ff., *DaimlerChrysler / Detroit Diesel Corporation*.

²⁰ Case COMP M.7748, Rz 18, *Magna / Getrag*, Case COMP M.5518, Rz 18, *Fiat / Chrysler*, Case COMP M.7420, Rz 41, *ZF / TRW*.

²¹ Urteil BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 7.2, *BMW/WEKO*, RPW 2012/3, 561 ff. Rz 186 ff., *BMW*, RPW 2017/4, 689 ff. Rz 38 ff. *GU von BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

²² Case COMP M.6958, Rz 18 ff., *CD&R / We buy any car*, Case COMP M.182, Rz 11, *Inchcape / IEP*, Case COMP M.5250, Rz 42 ff, *Porsche / Volkswagen*.

für vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor hat sie aber eine Tendenz zu einer EU-weiten Marktabgrenzung festgestellt.²³

30. Das Bundesverwaltungsgericht hat in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO die Märkte für Fahrzeuge national abgegrenzt.²⁴ Die WEKO hielt fest, dass internationale Preisdifferenzen und Handelshindernisse dafür sprächen von nationalen Märkten zum Vertrieb von Personewagen an Endkunden auszugehen. Auch die Tatsache, dass Parallel- und Direktimporte rückläufig sind und derzeit einen Anteil von 5 Prozent bis 8 Prozent ausmachen lässt eher auf eine nationale räumliche Marktabgrenzung schliessen.²⁵

31. Für den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf Grosshandelsstufe und für den Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf Retailstufe ist daher in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

32. Für alle Kategorien der Herstellung von Fahrzeugteilen, die Faurecia herstellt (namentlich: Autositze, Innenraumsysteme und Emissionskontrolltechnologien), ist die räumliche Ausdehnung zumindest europaweit, da Autositze, Innenraumsysteme und Emissionskontrolltechnologien zumindest europaweit eingekauft und angeboten werden.²⁶

33. Für den sachlichen Markt für die Herstellung von Fahrzeugteilen ist daher in räumlicher Hinsicht, zum Zwecke der Analyse im vorliegenden Fall, von einem europaweiten Markt (EWR+CH-weit) auszugehen.

34. In ihrer bisherigen Praxis hat die Europäische Kommission in Betracht gezogen, das Segment der Antriebsstränge (Getriebe und Motoren) zumindest europaweit abzugrenzen.²⁷

35. Für den sachlichen Markt für die Herstellung von Antriebssträngen ist daher in räumlicher Hinsicht, zum Zwecke der Analyse im vorliegenden Fall, von einem europaweiten Markt (EWR+CH-weit) auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

36. Wie aus Tabelle 1 zu entnehmen ist, ist der einzige Markt, in welchem der gemeinsame Anteil von PSA Group und Opel 20 % übersteigt und damit betroffen ist, der Markt für die Herstellung und Lieferung von Personewagen und Nutzfahrzeugen im Segment Kleinwagen. In allen anderen Segmenten liegt der gemeinsame Anteil der Parteien unter 20 %.

²³ Case COMP M.6718, 13. November 2012, *Toyota Tsusho Corporation / CFAO*, Rz 12.

²⁴ Urteil BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 7.2, *BMW/WEKO*, RPW 2012/3, 561 ff. Rz 186 ff., *BMW*, RPW 2017/4, 689 ff. Rz 38 ff. GU von *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

²⁵ Handelszeitung vom 05. Februar 2015 online verfügbar unter: <http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/auto-direktimporte-mit-neuem-rekordtiefe-735723>.

²⁶ Case COMP M.6714, Rz 27, *U-Shin / Valeo CAM*, Case COMP M.7182, Rz 53 *Visteon Corporation / Automotive Electronics Business of Johnson Controls*, Case COMP M.5799, Rz 13, *Faurecia / Plastal*, Case COMP M.6537, Rz 17, *Faurecia / Plastal*.

²⁷ Case COMP M.5617, Rz 20, *General Motors / Delphi Corporation*, Case COMP M.5518, Rz 21, *Fiat / Chrysler*, Case COMP M.2127, para. 22 f, *DaimlerChrysler / Detroit Diesel Corporation*, Case COMP M.7748, Rz 18 *Magna / Getrag*.

Tabelle 1: Marktanteile für Personenwagen und Nutzfahrzeuge in der Schweiz

Markt	Marktanteile in der Schweiz (nach Stückzahl) im Jahr 2016 (Angaben in Prozent)		
	PSA Group	Opel	Kumuliert
Total Personenwagen	[0–10]	[0–10]	[10–20]
- Kleinwagen	[10–20]	[0–10]	[20–30]
- Kleinwagen	[10–20]	[0–10]	[10–20]
- Mittelklasse	[0–10]	[0–10]	[10–20]
- Obere Mittelklasse	[0–10]	[0–10]	[0–10]
- Oberklasse	0,0	0,0	0,0
- Luxusklasse	0,0	0,0	0,0
- Sportwagen	[0–10]	[0–10]	[0–10]
- Mehrzweckwagen	[0–10]	[0–10]	[10–20]
- SUV	[0–10]	0,0	[0–10]
Total Leichte Nutzfahrzeuge (LCV)	[0–10]	[0–10]	[10–20]
- Leichte Nutzfahrzeuge (0-3.5t)	[0–10]	[0–10]	[10–20]
- Leichte Nutzfahrzeuge (3.5-6t)	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Total Personenwagen und LCV	[0–10]	[0–10]	[10–20]

Bemerkung: Grau hinterlegt: **Betroffener Markt**

Quelle: Sämtliche Angaben sind Angaben der Parteien auf Grundlage von IHS Daten zur Stückzahl verkaufter Fahrzeuge aus dem Jahr 2016.

37. In Tabelle 2 ist die Entwicklung der Marktanteile in den Jahren 2014 bis 2016 für das Segment Kleinwagen in der Schweiz für die Parteien und deren drei grössten Konkurrenten dargestellt.

Tabelle 2: Marktanteile für Personenwagen im Segment Kleinwagen in der Schweiz

Kleinwagen	Marktanteile (nach Stückzahl) in der Schweiz (Angaben in Prozent)		
	2016	2015	2014
Total PSA Group und Opel	[20–30]	[20–30]	[10–20]
- PSA Group	[10–20]	[10–20]	[0–10]
- Opel	[0–10]	[0–10]	[0–10]
FCA	[30–40]	[20–30]	[30–40]
Daimler	[10–20]	[10–20]	[0–10]
Hyundai	[10–20]	[0–10]	[10–20]

Bemerkung: Grau hinterlegt: **Betroffener Markt**

Quelle: Sämtliche Angaben sind Angaben der Parteien auf Grundlage von IHS Daten zur Stückzahl verkaufter Fahrzeuge aus den Jahren 2014 bis 2016.

38. Betrachtet man die Segmente Kleinstwagen und Kleinwagen zusammen, wie in Tabelle 3 dargestellt, so liegt der gemeinsame Anteil beider Parteien gemessen an der Stückzahl verkaufter Fahrzeuge grundsätzlich unter 20 % (im Jahr 2015 [...] darüber).

Tabelle 3: Marktanteile für Personenwagen im Segment Kleinst- und Kleinwagen in der Schweiz

Kleinst- und Kleinwagen	Marktanteile (nach Stückzahl) in der Schweiz (Angaben in Prozent)		
	2016	2015	2014
Total PSA Group und Opel	[10–20]	[20–30]	[10–20]
- PSA Group	[10–20]	[10–20]	[10–20]
- Opel	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Volkswagen	[20–30]	[20–30]	[20–30]
Renault / Nissan	[10–20]	[10–20]	[10–20]
FCA	[0–10]	[0–10]	[10–20]

Bemerkung: Grau hinterlegt: Betroffener Markt

Quelle: Sämtliche Angaben sind Angaben der Parteien auf Grundlage von IHS Daten zur Stückzahl verkaufter Fahrzeuge aus den Jahren 2014 bis 2016.

39. In den Märkten, in denen die Zusammenschlussparteien einen gemeinsamen Anteil von weniger als 20 % vorweisen, kann aufgrund dieses Anteils von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Betroffen ist einzig das Segment „Kleinstwagen“ in welchem der gemeinsame Anteil der Parteien mit [20–30] % (Jahr 2016) [...] höher als 20 % ist (vgl. Rz 36 und Tabelle 1).

40. Zunächst ist festzuhalten, dass, gemäss Angaben der Parteien, auch nach dem Zusammenschluss die Parteien weiterhin dem intensiven Wettbewerb vieler anderer etablierter Wettbewerber (wie FCA, Daimler, VW, Hyundai und Renault/Nissan) ausgesetzt sein werden.

41. Auch verfügt in Bezug auf den Verkaufsrang für ein Personenwagenmodell in der Schweiz keine der Parteien über ein Personenwagenmodell, das in der Schweiz in den Segmenten Kleinstwagen oder Kleinwagen, auf welche sich die Parteien konzentrieren, auf dem ersten Verkaufsrang liegt. In diesen Segmenten liegen die best-rangierten Modelle der Parteien auf Rang 4 (Kleinstwagen-Segment, Citroën C1) und Rang 7 (Kleinwagen-Segment, Peugeot 208).²⁸

42. Zudem sind die Marken der Parteien keine nahen Wettbewerber. Die Hauptwettbewerber von PSA Group sind Renault, Volkswagen und Audi. Opels Hauptwettbewerber sind Ford, Volkswagen, Nissan und Audi.

43. Darüber hinaus verfügen alle Wettbewerber über etablierte Vertriebsnetzwerke in der Schweiz. Der starke Wettbewerb würde, gemäss Angaben der Parteien, jeden hypothetischen Versuch der Parteien, die Preise zu erhöhen, von vornherein vereiteln. Tatsächlich könnte

und würde jeder Wettbewerber, selbst ein solcher mit niedrigen Marktanteilen, leicht von der zusätzlichen Nachfrage aus einer solchen hypothetischen Preiserhöhung durch eine Ausweitung des eigenen Angebots profitieren, weil jeder Wettbewerber ohne jede Investition zusätzliche Liefer- und Marketingkapazitäten in die Schweiz umleiten könnte.

44. Schliesslich besitzen alle Wettbewerber überschüssige Kapazitäten und können deshalb ihre Produktion ohne weiteres als Reaktion auf eine zusätzliche Kundennachfrage erhöhen. Die meisten Hersteller arbeiten in ihren Produktionsstätten gegenwärtig im Ein- oder Zweischichtbetrieb und könnten durch die Einführung einer dritten Schicht, gemäss Angaben der Parteien, ihre Kapazität leicht um die Hälfte erhöhen ohne dabei erhebliche Investitionen tätigen zu müssen.

45. Im Ergebnis ist aus den genannten Gründen der Rz 40–44 vorliegend für den Markt für die Herstellung und Lieferung von Personenwagen und Nutzfahrzeugen im Segment Kleinstwagen nicht davon auszugehen, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung schafft oder verstärkt. Für alle anderen Segmente (vgl. Tabelle 1) auf dem Markt für die Herstellung und Lieferung von Personenwagen und Nutzfahrzeugen ist schon aufgrund der Marktanteile von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auszugehen.

²⁸ Gemäss Inverkehrsetzungsstatistik von Auto Schweiz im Jahr 2016, online verfügbar unter: <https://www.auto.swiss/statistiken/autoverkaeu-fe-nach-modellen/>.

46. Auf den Märkten für den Vertrieb von Fahrzeugen auf Grosshandelsstufe und für den Vertrieb von Fahrzeugen auf Retailstufe schätzen die Parteien ihre gemeinsamen Marktanteile in der Schweiz auf Stufe Grosshandel und Stufe Retailvertrieb niedriger als 20 % ein. Entsprechend handelt es sich nicht um betroffene Märkte.

47. Der Zusammenschluss gibt auf diesen Märkten ausserdem zu keinerlei vertikalen Effekten Anlass, da beide Parteien bereits ihre Fahrzeuge entweder über eigene oder unabhängige Händler vertreiben. Weder vor noch nach dem Zusammenschluss werden sich, gemäss Angaben der Parteien, konkurrierende Hersteller auf die Vertriebskanäle von PSA Group oder Opel stützen. Gleichermassen vertreiben Grosshändler und Retailhändler, die von konkurrierenden Herstellern kontrolliert werden, keine PSA oder Opel Fahrzeuge und werden dies auch nach dem Zusammenschluss nicht tun.

48. Demnach ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auf den Märkten für den Vertrieb von Fahrzeugen auf Grosshandelsstufe und für den Vertrieb von Fahrzeugen auf Retailstufe auszugehen.

49. Auf dem Markt für die Herstellung von Fahrzeugteilen ist die PSA Group über ihre Tochtergesellschaft Faurecia die einzige Partei, die im Bereich Herstellung und Lieferung von Fahrzeugteilen tätig ist. Faurecia [...]. Opel hat keine Tätigkeiten im Hinblick auf die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugteilen, mit Ausnahme von gewissen Verkäufen von Fahrzeugteilen [...] erfolgen, wobei diesbezüglich keine Überschneidung, ge-

mäss Angaben der Parteien, mit den Tätigkeiten von Faurecia vorliege. [...]

50. Auf dem Markt für die Herstellung von Fahrzeugteilen liegt der europaweite Marktanteil, gemäss Angaben der Parteien, in allen Kategorien (Autositze, Innenraumsysteme und Emissionskontrolltechnologien), welche die Tochtergesellschaft Faurecia der PSA Group herstellt, (jeweils) unter 30 %. Entsprechend handelt es sich um einen nicht betroffenen Markt und demnach es ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auf diesem Markt auszugehen.

51. Auf dem Markt für die Herstellung von Antriebssträngen [...]. Ebenso verkaufen weder GM Suisse SA noch andere Opel-Gesellschaften Antriebsstränge [...] in der Schweiz. [...] Europaweit verkauft die PSA Group [10–20] % ihrer Antriebsstränge an Dritte, Opel [0–5] %. Der Anteilszuwachs der PSA Group durch Opel [...] und beträgt demnach weniger als [0–5] %.

52. Auf dem Markt für die Herstellung von Antriebssträngen liegt der gemeinsamen Marktanteil der Parteien europaweit unter 20 %. Entsprechend handelt es sich nicht um einen betroffenen Markt und demnach ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auf diesem Markt auszugehen.

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

B 2.3	2. Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos
-------	--

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. Juli 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 5. Juli 2017

A Sachverhalt

1. Am 22. Juni 2017 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle der Finanztochtergesellschaften von General Motors (nachfolgend **Fincos**) durch Peugeot S.A. (nachfolgend **PSA Group**) und BNP Paribas S.A. (nachfolgend **BNPP**) (beide zusammen **die meldenden Parteien**) (alle zusammen **die Parteien**). Dieses geplante Zusammenschlussverfahren wird nachfolgend als „**die Transaktion**“ bezeichnet. Die meldenden Parteien beabsichtigen, die Fincos über eine gemeinsam zu je 50 % gehaltene Gesellschaft zu erwerben, bei welcher die Parteien dieselbe Zahl an Stimmrechten und Verwaltungsratssitzen haben werden.¹

2. **PSA Group** ist eine in Frankreich ansässige Gruppe. Ihre Geschäftstätigkeiten sind in drei Hauptbereiche unterteilt. Der Automobilbereich umfasst das Design, die Herstellung und den Verkauf von Personenwagen und leichten Nutzfahrzeugen für die Marken Peugeot, Citroën und DS Automobiles. Im Finanzierungsbereich ist sie mit der Banque PSA Finance SA aktiv, welche „Retailfinanzdienstleistungen“ an Kunden der PSA-Marken sowie „Corporate Financing-Dienstleistungen“ an die Händlernetzwerke der erwähnten Marken erbringt. Zusätzlich werden im Finanzierungsbereich noch Versicherungsdienstleistungen angeboten. Der dritte Bereich umfasst Beteiligungen an einem Automobilzulieferer, an Peugeot Motocycles und einem Logistikdienstleister.

3. **BNPP** ist eine in Frankreich ansässige Gruppe, die im „Retail-Banking“ und „Corporate & Institutional Banking“ tätig ist.

4. Die gemeinsam kontrollierte [...] wird für Peugeot S.A. (über Banque PSA Finance SA [BPF]) und BNPP (über BNP Paribas Personal Finance) 100 % der Aktien von General Motors Financial Suisse S.A. (nachfolgend **Swiss Finco**) halten. [...].

5. Die Parteien beabsichtigen, die Fincos von General Motors (nachfolgend **GM**) zu übernehmen. Sie werden aktuell durch die Tochtergesellschaften der GM und der Adam Opel AG gehalten. In der Schweiz betrifft die Transaktion lediglich **General Motors Financial Suisse S.A. (Swiss Finco)**, die aktuell von [...] gehalten wird. Swiss Finco bietet Autofinanzierungslösungen (Klein-

kredite, Leasing, Händlerfinanzierung und Versicherungsprodukte) und damit verbundene Dienstleistungen an, hauptsächlich an Kunden und Händler der Opel/Vauxhall Fahrzeuge. Diese „Captive finance companies“ (nachfolgend **Captives**) sind herstellergebundene Autobanken und bieten Automobilfinanzierungen hauptsächlich Kunden an, die ein Fahrzeug der Konzernmarke wählen.² Im Gegensatz hierzu bieten Non-Captives markenunabhängiges Leasing an und sind daher nicht an eine bestimmte Marke gebunden.

6. Anders als bei dem Zusammenschlussvorhaben von Peugeot S.A. / Opel (Antrag vom 1. Juni 2017, Geschäftsnummer 41-0831), das den Erwerb der alleinigen Kontrolle über das Automobilgeschäft von Opel durch Peugeot S.A. betraf („Auto-Transaktion“), beschränkt sich die vorliegende Transaktion auf den gemeinsamen Erwerb der Fincos durch die PSA Group und die BNPP („Finco-Transaktion“). Übereinstimmend mit der Ansicht der Europäischen Kommission wurden dem Sekretariat diese Transaktionen deshalb getrennt gemeldet.³

7. Die Meldung wurde bei der Europäischen Kommission noch nicht eingereicht. Die Europäische Kommission hat deshalb bei diesem Zusammenschlussvorhaben noch nicht entschieden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

8. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (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

9. 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.

¹ Es handelt sich dabei um die [...].

² Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Swiss Finco auch nicht-subventionierte Leasingprogramme an Kunden von nicht-GM Marken anbietet. Diese machen jedoch nur eine begrenzte Anzahl der von Swiss Finco finanzierten Fahrzeuge aus.

³ Vgl. Rz 42 der konsolidierten Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 20. Januar 2004, ABI. C 95 vom 16.4.2008 S. 1.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

10. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Erlangen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt dies einen Unternehmenszusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

11. Mit dem Vollzug der vorliegenden Transaktion erhalten die PSA Group und BNPP die gemeinsame Kontrolle über die Fincos. Die meldenden Parteien werden die Fincos über die [...] erwerben, [...]. Die Fincos sind als bestehende Tochtergesellschaften der GM bereits auf dem Markt tätig.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen

2016	PSA Group	BNPP	Fincos	Zusammen
Schweiz	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mia.
Weltweit	CHF [...] Mia.	CHF [...] Mia.	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mia.

Bemerkung: Gemäss Angaben der Parteien und Umrechnung von Euro in CHF gemäss dem durchschnittlichem Referenzkurs der EZB für das Jahr 2016 von EUR 1 = CHF 1.0902.

14. Wie 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.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

15. 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).

16. 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

17. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

18. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis jeweils von einem Markt für **Automobil-Leasing** ausgegangen und

12. Die vorliegende Transaktion stellt einen Erwerb gemeinsamer Kontrolle i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, da mit dem Vollzug des geplanten Zusammenschlusses die PSA Group und die BNPP je 50 % der Anteile, Stimmrechte und Verwaltungsratssitze der Swiss Finco halten werden.

B.2 Meldepflicht

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

hat diesen schweizweit abgegrenzt.⁴ Im Zusammenschlussvorhaben *Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.* hat die WEKO festgestellt, dass Kredite für Autohändler (Captive oder Non-Captive) ähnliche Eigenschaften aufweisen wie Firmenkredite für KMUs. Ob diese beiden Finanzierungsarten als Substitute betrachtet werden sollen, hat die WEKO damals aufgrund der fehlenden Marktanteilsaddition offen gelassen.⁵ Die WEKO hat zudem im Zusammenschlussvorhaben *General Electric Capital Corporation – Bank Prokredit* den Markt für **Konsumkredite als separaten Markt abgegrenzt**, da (1) die Kreditbeträge beim Konsumkredit tiefer und (2) die Zinsen höher seien als beim Automobil-Leasing.⁶

⁴ RPW 2015/1, 88 Rz 12, *Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.*; RPW 2009/1, 73 Rz 59, *BNP Paribas/Entités Fortis SA*; RPW 2007/1, 83 Rz 19, *Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.*; RPW 2005/2, 361 Rz 37, *Cashgate*.

⁵ RPW 2007/1, 86 Rz 27, *Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.*

⁶ RPW 1999/1, 153 Rz 52, *General Electric Capital Corporation – Bank Prokredit*.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

19. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von

einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

Tabelle 2: Marktanteile für Automobil-Leasing, Konsumkredite und Firmenkredite in der Schweiz

Markt	Marktanteile in der Schweiz (nach Finanzierungsvolumen) im Jahr 2016 (Angaben in Prozent)			Zusammen
	PSA Finance Suisse SA	Swiss Finco	BNPP	
Automobil-Leasing	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-10] %
Konsumkredite	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-10] %
Firmenkredite für KMUs	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-10] %
Händlerfinanzierung	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-10] %

20. Die meldenden Parteien machen geltend, die Tätigkeiten im Bereich des Automobil-Leasings seien komplementär und damit horizontal nicht überlappend. So bietet die PSA Finance Suisse SA als Captive Leasingleistungen für Autos von PSA-Marken an. Swiss Finco wiederum bietet subventionierte Leasingleistungen für Opel Marken und nicht-subventionierte Leasingprodukte an Kunden von nicht-GM Marken an. Insofern stellt sich die Frage, ob subventionierte und nicht subventionierte Leasingfinanzierungen als austauschbar betrachtet werden können und ob Captives verschiedener Marken untereinander im Wettbewerb stehen.

21. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben kann die Frage, ob Leasingfinanzierungen zwischen Non-Captives und Captives einerseits und verschiedenen Marken aus Nachfragersicht andererseits austauschbar sind, offen bleiben. Denn unabhängig von der gewählten Marktabgrenzung liegen im Bereich des Automobil-Leasings keine betroffenen Märkte vor (vgl. Tabelle 2).

22. Demnach ist von der Unbedenklichkeit des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens im **Markt für Automobil-Leasing** auszugehen.

23. Im **Markt für Konsumkredite** ist ebenfalls von der Unbedenklichkeit auszugehen. Selbst wenn die Konsumkredite – entgegen der bisherigen Praxis der WEKO – dem Markt für Automobil-Leasing zugeschlagen wür-

den, läge kein betroffener Markt vor, da die gemeinsamen Marktanteile der Parteien weit unter [...] % zu liegen kämen.

24. Gleich verhält es sich mit den Tätigkeiten **Firmenkredite für KMU** und **Händlerfinanzierung**. Selbst unter der Annahme, der Substituierbarkeit der beiden Märkte würden die gemeinsamen Marktanteile der Parteien nicht wesentlich über [...] % liegen und damit kein betroffener Markt vorliegen. Aus diesem Grund erübrigt sich eine detailliertere Analyse und es kann ebenso von der Unbedenklichkeit des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens im Markt für Firmenkredite für KMUs sowie Händlerfinanzierung ausgegangen werden.

25. Das Zusammenschlussvorhaben gibt zudem zu keinen vertikalen Effekten Anlass, obwohl die PSA Finance Suisse SA und auch die Swiss Finco Motofahrzeugversicherungsprodukte der Helvetia vertreiben, da sie selber keine Versicherungsprodukte als Versicherer anbieten.

26. 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

3. MOVE Mobility

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

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

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

Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 10 octobre 2017

Prise de position de la Commission de la concurrence du 9 octobre 2017

1. Le 13 septembre 2017, la Commission de la concurrence a reçu une notification complète annonçant que les entreprises Groupe E SA (ci-après: Groupe E), Energie Wasser Bern (ci-après: EWB) et EBM Energie AG (ci-après: EBM Energie) ont décidé d'acquérir le contrôle (en commun) de l'entreprise MOVE Mobility SA (ci-après: MOVE Mobility).

2. **Groupe E**, dont le siège est à Granges-Paccot (canton de Fribourg), est une société principalement active dans le secteur de la production, du transport et de la distribution d'électricité. Groupe E et ses sociétés filles sont par ailleurs actives dans divers secteurs tels que la chaleur, le traitement de l'eau, l'efficacité énergétique et la vente d'électroménager.

3. **EWB**, dont le siège est à Berne, est une société détenue à 100 % par la ville de Berne et est active dans l'approvisionnement en énergie et en eau ainsi que le traitement des déchets en Ville de Berne. En plus de développer un réseau de fibre optique en ville de Berne, EWB offre différents produits et services notamment dans le domaine du conseil en énergie, du « contracting », de la mobilité et de la communication; elle offre par exemple des services de location de vélos électriques, vend des stations de recharge privées et exploite un réseau de stations de recharge publiques.

4. **EBM Energie**, dont le siège est à Münchenstein (Bâle-Campagne), est une société détenue à 100 % par EBM (Genossenschaft Elektra Birseck). EBM et ses sociétés filles sont actives dans l'approvisionnement en électricité et en chaleur de proximité dans les cantons de Bâle-Campagne et de Soleure, ainsi qu'en Alsace, et proposent également à leurs clients en dehors de ces régions des produits dans les domaines du réseau, de l'approvisionnement en électricité et de la distribution de chaleur à courte distance.

5. **MOVE Mobility**, dont le siège est à Grandes-Paccot (canton de Fribourg) est une entreprise dont l'actionnaire unique actuel est le Groupe E. Ses buts couvrent le développement et l'intégration au niveau national de nouveaux services dans le domaine de la mobilité durable, soit notamment le clearing, l'itinérance, la comptabilité et la facturation de stations de recharge électriques intelligentes, la gestion des abonnés, des droits d'accès, de la hotline, et du centre de compétence de mobilité électrique et d'approvisionnement. Plus con-

crètement, MOVE Mobility devra à l'avenir assurer divers services relatifs au réseau de recharge pour véhicules électriques développé par le Groupe E depuis 2013 (ci-après : Réseau Move). Ces services concernent notamment le filtre et le traitement des données des utilisateurs et des stations de recharge du Réseau Move, la facturation de ses abonnés et le recouvrement des créances, ou encore la gestion des processus d'inscription et des données des utilisateurs du Réseau Move ainsi que des propriétaires de stations de recharge.

6. La concentration vise la création d'un prestataire national de référence dans le domaine des prestations de service d'électromobilité, et ainsi à répondre à la demande grandissante de services en matière d'électromobilité, qui découle de l'augmentation de l'utilisation de véhicules électriques. Selon les entreprises notifiantes, la concentration des forces de plusieurs acteurs du marché de l'électromobilité est nécessaire afin qu'un réseau uniforme satisfaisant aux conditions d'utilisation des autres marchés internationaux puisse être déployé plus rapidement à travers la Suisse.

7. MOVE Mobility développera et commercialisera le Réseau MOVE de manière indépendante de ses actionnaires. Constituée pour une durée illimitée, elle disposera de ressources et d'une direction propres, ce qui lui permettra d'exercer ses fonctions de manière durable ainsi qu'en déterminant sa politique commerciale librement et de manière indépendante. Il est ainsi prévu que Groupe E transfère à MOVE Mobility avec effet rétroactif au 1^{er} juillet 2017 la marque MOVE ainsi que les contrats existants relatifs au service du Réseau MOVE (notamment des contrats de partenariat et de « roaming »). De plus, les financements ultérieurs permettant le développement de MOVE Mobility prendront la forme soit d'une augmentation de son capital-actions, soit de l'octroi de prêts par les entreprises participantes à la présente concentration, soit de financement externe auprès de tiers, ou encore d'une solution mixte de ces trois possibilités.

8. Une fois le projet de concentration implémenté, les actions de MOVE Mobility seront détenues (avec effet rétroactif au 1^{er} juillet 2017) par le Groupe E, EWB et EMB Energie. Chaque actionnaire sera représenté au Conseil d'administration de MOVE Mobility, dont les décisions sont prises à la majorité absolue des voix, à l'exception de certaines décisions nécessitant l'unanimité.

9. De plus, la marque MOVE ainsi que les contrats existants relatifs aux services du Réseau MOVE seront transférés à MOVE Mobility par le Groupe E, pour permettre à l'avenir à MOVE Mobility de pouvoir gérer le réseau MOVE, ce dont s'occupait jusque-là le Groupe E.

10. Ainsi, il ressort des ch. 5 à 7 ci-dessus que le projet concerne la création d'une nouvelle entreprise accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une

entité économique autonome (entreprise de plein exercice).

11. La répartition des actions de MOVE Mobility, ainsi que la composition de son conseil d'administration et la façon dont celui-ci adopte les décisions commerciales stratégiques (cf. N. 8 et 8 ci-dessus) impliquent que les entreprises participantes ne pourront agir que de concert pour adopter les décisions commerciales stratégiques de MOVE Mobility. MOVE Mobility sera donc contrôlée en commun.

12. Enfin, des activités d'une des entreprises exerçant le contrôle seront transférées à MOVE Mobility (cf. N. 9 ci-dessus).

13. Le projet concerne donc la création d'une nouvelle entreprise de plein exercice qui sera contrôlée en commun par les entreprises notifiantes et à laquelle des activités d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle conjoint seront transférées. Il découle de ce qui précède que le projet en question constitue une concentration d'entreprises au sens des art. 4 al. 3 let. b LCart et 2 al. 1 OCCE.

14. Concernant le marché des produits pertinents, la Commission européenne a considéré trois marchés des produits dans le cas *Verbund/Siemens/E-Mobility Provider Austria*, à savoir le marché de la livraison d'électricité pour gros clients, le marché pour la fabrication, la livraison et l'installation de l'infrastructure de recharge pour services d'électromobilité et le marché des services d'électromobilité. Ce dernier marché couvre tous les services en lien avec les services de mobilité pour les véhicules à batterie électrique.¹

15. Quant à la COMCO, deux cas sont à considérer en l'espèce. Dans le cas *BKW/AEK*, le Secrétariat a retenu de manière générale l'existence d'un marché de l'électromobilité regroupant les activités de vente, d'installation et d'entretien des stations de recharge électrique pour le chargement des batteries de véhicules électriques.²

16. Dans le cas *BMW/Daimler/Ford/Porsche*, Le Secrétariat a identifié un marché pour la mise en place, l'exploitation et l'entretien d'un certain type d'infrastructures de recharge à haute performance accessibles au public, un marché en aval pour la fourniture de services d'électromobilité, ainsi qu'un marché en aval pour la production et la commercialisation de véhicules à batterie électrique.³

17. Selon l'avis des entreprises participantes, le seul marché concerné est celui des services d'électromobilité découlant de la décision européenne, car MOVE Mobility ne sera pas active dans la livraison d'électricité pour gros clients ni dans la livraison et l'installation de l'infrastructure de recharge.

18. Le Secrétariat estime qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de l'avis des entreprises participantes, de telle sorte que le seul marché des produits concerné est celui des services d'électromobilité.

19. Quant au marché géographique pertinent, le Secrétariat a retenu dans le cas *BMW/Daimler/Ford/Porsche* que le marché pour la fourniture de services d'électromobilité s'étendait à toute la Suisse.⁴ La Com-

mission européenne ne s'est par contre pas prononcée à ce sujet dans le cas *Verbund/Siemens/E-Mobility Provider Austria*.⁵

20. Les entreprises participantes considèrent que le marché des services d'électromobilité est de dimension nationale. Le Secrétariat considère qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de cette appréciation.

21. Le marché des prestations de services d'électromobilité est un nouveau marché en plein essor, de telle sorte qu'une estimation de la position future de MOVE Mobility sur celui-ci s'avère difficile et incertaine. Selon les entreprises participantes, compte tenu notamment des nombreuses entreprises sur ce marché⁶, la part de marché de MOVE Mobility sur le marché national des services liés à l'électromobilité ne serait initialement que de quelques pourcents.

22. En conclusion et pour les raisons déjà énoncées l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

¹ COMP/M.6641 - *Verbund/Siemens/E-Mobility Provider Austria*, N. 11 ss.

² DPC 2016/3, 771 ss, N. 53, *BKW/AEK*.

³ DPC 2017/3, 461 ss, N. 30 ss, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

⁴ DPC 2017/3, 461 ss, N. 30 ss, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

⁵ COMP/M.6641 - *Verbund/Siemens/E-Mobility Provider Austria*, N. 21.

⁶ Par ex. Green Motion et son réseau EVPASS comprenant 499 points de recharge et projette d'en construire 1'600 supplémentaires durant les trois prochaines années (<https://www.evpas.ch/>), EKZ et son réseau de plus de 600 stations de recharges en Suisse (<http://www.ekz.ch/de/ueber-ekz/engagement/elektromobilitaet.html>), swisscharge.ch et ses 850 stations de recharges en Suisse (<https://swisscharge.ch/?lang=fr>), Repower (<https://www.repower.com/ch/privatkunden/elektromobilitaet/>), easy4you (<http://www.easy-4you.ch/fr/home.html>) ou encore ewz (<https://www.ewz.ch/de/ueber-ewz/unternehmen/stromnetz.html#Elektromobilit%C3%A4t>).

B 2.3

4. Tamedia/Tradono Switzerland

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. Oktober 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. Oktober 2017

A Sachverhalt

1. Am 21. September 2017 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) und der Tradono Switzerland AG (nachfolgend: Tradono Switzerland) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt Tamedia den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Tradono Switzerland von der Tradono ApS (nachfolgend: Tradono Denmark).

A.1 Beteiligte Unternehmen**A.1.1 Tamedia**

2. Gemäss Meldung ist Tamedia die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe sei Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Die Tamedia-Gruppe sei schwergewichtig in der Schweiz tätig.

A.1.2 Tradono Switzerland

3. Gemäss Meldung betreibt Tradono Switzerland einen digitalen Marktplatz für Kleinanzeigen. Im Unterschied zu klassischen Kleinanzeigenportalen (wie z.B.: tutti.ch oder anibis.ch) unterscheidet er sich hauptsächlich dadurch, dass er ausschliesslich mittels einer Kleinanzeigen-App für mobile Endgeräte (Smartphones, Tablets) genutzt werden könne. Die Kleinanzeigen-App stehe für Apple- und Android-Endgeräte zur Verfügung. Der digitale Marktplatz sei zudem eng mit Facebook verknüpft.

A.1.3 Tradono Denmark

4. Gemäss Meldung sei Tradono Denmark ein dänisches Unternehmen, das in Dänemark einen digitalen Marktplatz für Kleinanzeigen betreibt, der dem digitalen Marktplatz von Tradono Switzerland entspreche. Tradono Denmark werde heute gemeinsam durch Tamedia und die beiden Gründer von Tradono Denmark kontrolliert.

A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

5. Gemäss Meldung haben Tamedia und Tradono Denmark Tradono Switzerland im Jahr 2015 als Gemein-

schaftsunternehmen gegründet.¹ Beide Parteien halten demnach je 50 % der Aktien von Tradono Switzerland.

6. Tamedia beurteilt das Wachstumspotential von Online-Marktplätzen, wie ihn Tradono Switzerland anbietet, als sehr gross. Deshalb hat sich Tamedia dazu entschlossen, Tradono Switzerland in Zukunft alleine zu führen und das unternehmerische Risiko alleine zu tragen.

7. Tamedia beabsichtigt die alleinige Kontrolle über Tradono Switzerland zu erlangen, indem Tamedia alle bisher von Tradono Denmark gehaltenen Aktien an Tradono Switzerland erwirbt. [...]

8. Zudem beabsichtigt Tamedia die alleinige Kontrolle über Tradono Denmark zu erlangen. Die beiden Transaktionsschritte seien gemäss Meldung als einheitliche Transaktion zu beurteilen. Auf eine Prüfung der Frage, ob diese beiden Transaktionen als ein einziger zusammenhängender Zusammenschluss angesehen werden können, kann im vorliegenden Fall verzichtet werden, da, wie sich nachfolgend zeigt (siehe Rz 14 ff.), unabhängig davon, in welcher Reihenfolge die Transaktionen vollzogen werden, nur ein in der Schweiz meldepflichtiger Zusammenschluss vorliegt.

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhaben

9. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia ihr unternehmerisches Engagement im Bereich dieser neuen, innovativen Online-Marktplätze, die sich primär an mobile Nutzer richten, auszubauen. Tradono Denmark beabsichtige hingegen, sich aus dem Schweizer Markt zurückzuziehen.

A.4 Das Verfahren

10. Mit Schreiben vom 25. August 2017 wurde beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eingereicht. Am 8. September 2017 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung.

11. Am 19. September 2017 ging die (erleichterte) Meldung beim Sekretariat ein. Mit Schreiben vom 22. September 2017 teilte das Sekretariat den Parteien mit, dass die Meldung vollständig sei.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

12. 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 Abs. 1 KG).

¹ Siehe Verfahren RPW 2016/1, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

13. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

14. In der Meldung werden zwei Transaktionsschritte aufgeführt: Einerseits beabsichtigt Tamedia, die alleinige Kontrolle über Tradono Switzerland zu erwerben. Tradono Switzerland steht heute unter der gemeinsamen Kontrolle von Tamedia und Tradono Denmark. Andererseits beabsichtigt Tamedia auch die alleinige Kontrolle über Tradono Denmark zu erwerben. Tradono Denmark steht heute unter der gemeinsamen Kontrolle von Tamedia und der beiden Gründer [...].

15. Da gemäss Meldung der einzige Bezug zur Schweiz von Tradono Denmark die Beteiligung an Tradono Switzerland ist,² hat die Reihenfolge der beiden Transaktionsschritte einen entscheidenden Einfluss auf die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (Art. 2 Abs. 2 KG) bzw. das Vorliegen einer Kontrollerlangung (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG): Erlangt Tamedia zuerst die alleinige Kontrolle über Tradono Switzerland, weist Tradono Denmark in der Folge keinen Bezug zur Schweiz mehr auf. Insbesondere ist Tradono Denmark aufgrund des bereits bestehenden kontrollierenden Einflusses von Tamedia nicht als potenzielle Konkurrenz zu Tradono Switzerland zu qualifizieren. Die Übernahme der alleinigen Kontrolle von Tamedia über Tradono Denmark hat in dieser Konstellation keine Auswirkungen auf die Schweiz und fällt daher nicht in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

16. Erlangt Tamedia zuerst die alleinige Kontrolle über Tradono Denmark, liegt über die Beteiligung von Tradono Denmark an Tradono Switzerland eine Auswirkung auf die Schweiz vor, weshalb die Transaktion in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fällt. Allerdings geht damit auch die alleinige Kontrolle von Tamedia über Tradono Switzerland einher. Zwar bleibt Tradono Switzerland formal ein Gemeinschaftsunternehmen von Tamedia und Tradono Denmark. Da Tamedia in diesem Szenario aber bereits die alleinige Kontrolle über Tradono Denmark hat, liegt auch eine alleinige Kontrolle über Tradono Switzerland vor. Der Erwerb der hundertprozentigen Beteiligung von Tamedia an Tradono Switzerland stellt in diesem Falle keine Kontrollerlangung sondern nunmehr einen rein konzerninternen Vorgang dar.

17. Für die wettbewerbliche Beurteilung spielt die Reihenfolge hingegen keine Rolle, zumal so oder anders nur die Geschäftstätigkeit von Tradono Switzerland relevant ist. Es kann für die Beurteilung daher grundsätzlich offen bleiben, welcher Transaktionsschritt als erster erfolgt. Pro forma wird vorliegend davon ausgegangen, dass Tamedia zuerst die alleinige Kontrolle über Tradono Switzerland erlangt. Dementsprechend fällt der zweite Schritt, die Übernahme der alleinigen Kontrolle von Tamedia über Tradono Denmark, nicht in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

B.1.1 Unternehmen

18. 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 Zusam-

schluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

20. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb oder von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.³

21. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia, die alleinige Kontrolle über Tradono Switzerland zu erwerben (vgl. Rz 3). Es handelt sich somit über einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

22. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine gesetzlich vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

23. In der Meldung wird geltend gemacht, das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sei weder nach Art. 9 Abs. 1 KG noch nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

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

² Vgl. dazu auch RPW 2016/1, 261 Rz 9, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

³ Vgl. RPW 2016/1, 263 Rz 28, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.

25. Die Meldung gibt für die beteiligten Unternehmen folgende Umsätze an:

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2016 (in Mio. CHF)

	Tamedia	Tradono Switzerland	insgesamt
Schweiz	<1005	[...]	[...]
Weltweit	1005	[...]	[...]

26. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG vorliegend nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

27. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA (nachfolgend: Le Temps) auf dem „marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande“ (Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz) und die Edipresse-Gruppe auf dem „marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne“ (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne) marktbeherrschend sind.⁴ Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an der Presse publications SR S.A. (PPSR) und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe (inklusive deren Beteiligung an Le Temps) durch Tamedia⁵ entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe. Tamedia hat jedoch 2014 ihre Beteiligung an Le Temps an Ringier verkauft, so dass Le Temps nun allein von Ringier kontrolliert wird.⁶

28. Vorliegend ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit, wenn Tamedia an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der den Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne betrifft, oder einen solchen Markt betrifft, der dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

29. Gemäss Meldung betreibt Tradono Switzerland einen digitalen Marktplatz für Kleinanzeigen in der Schweiz (vgl. Rz 3). Dieser sei aktuell in deutscher und französischer Sprache verfügbar. Der digitale Marktplatz richtet sich damit namentlich auch an Nutzer und Inserenten in der französischsprachigen Schweiz. Damit betrifft der Zusammenschluss folgende Märkte:

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz;

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz.

30. Tageszeitungen richten sich nicht nur mit Informationen bzw. News, sondern auch mit Werbung an die Leser.⁷ Bestandteil des Werberaums einer Tageszeitung können insbesondere auch an die Leserschaft gerichtete Rubrikanzeigen sein.⁸ Daher umfassen die in der Verfügung der WEKO vom 1. Dezember 1997 abgegrenzten Märkte für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne je auch die Märkte für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz. Ob diese Märkte auch die Märkte für Inserenten von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen umfassen, kann vorliegend offengelassen werden.

31. Die von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne (namentlich Tribune de Genève und 24 heures) enthalten ebenfalls Rubrikanzeigen. Laut Meldung bietet Tradono auch in der französischsprachigen Schweiz und damit insbesondere auch in den Regionen Genf und Lausanne Online-Rubrikanzeigen an. Deshalb betrifft die geplante Übernahme auch den (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne, für welchen die marktbeherrschende Stellung von Tamedia in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt wurde.

⁴ Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

⁵ Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

⁶ Vgl. RPW 2014/4, 706 ff. Rz 1 ff., *Ringier/Le Temps*.

⁷ Vgl. in diesem Sinne auch RPW 1998/1, 45 Rz 30, *Le Temps*.

⁸ Vgl. RPW 2007/2 204 Rz 101, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

32. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

33. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben jedoch selbst dann als meldepflichtig nach Art. 9 Abs. 4 KG, falls es entgegen der obigen Einschätzung nicht den (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne betreffen sollte.

34. In diesem Fall würde es sich bei den Märkten für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz zwar entgegen den obigen Ausführungen nicht um einen integralen Bestandteil des mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 abgegrenzten Marktes für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne handeln. Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch nichts daran ändern, dass diese Märkte gleichwohl in einem Nahverhältnis zueinander stehen. Konkret wäre davon auszugehen, dass die Märkte für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in den verschiedenen Sprachregionen nur knapp ausserhalb des Marktes für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne liegen. Dies gilt vorliegend umso mehr, als dass die Online-Rubrikanzeigen von Tradono Switzerland für die französischsprachige Schweiz bzw. die Regionen Genf und Lausanne aus Sicht der Leser/Nutzer sowie der Inserenten bis zu einem gewissen Grad mit den Rubrikanzeigen in den von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne substituierbar sein dürften.

35. Gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist mittels des Begriffs des benachbarten Marktes um den relevanten Markt ein etwas grösserer Kreis zu ziehen. So erscheint gemäss dieser Rechtsprechung etwa auch ein Produktmarkt, der knapp ausserhalb des relevanten (beherrschten) Marktes liegt, für die Fusionskontrolle noch als beachtlich.⁹ Somit würde es sich bei den Märkten für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen nach dem Gesagten unter Berücksichtigung dieser bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung um benachbarte Märkte zum (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne handeln.

36. Grundsätzlich kann allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob es angesichts des vom meldenden Unternehmen angesprochenen Strukturwandels noch zeitgemäss ist, für Rubrikanzeigen den Print- und Online-Bereich in einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen (vgl. Rz 46 ff.).

37. Aber selbst wenn separate Print- und Onlinemärkte für Rubrikanzeigen abgegrenzt würden, kann davon ausgegangen werden, dass separat abgegrenzte Märkte ebenfalls nur wenig ausserhalb des Marktes für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne lägen. Insbesondere würde weiterhin zumindest eine gewisse Substitutionsbeziehung zwischen den Online-Rubrikanzeigen von Tradono Switzerland und den Rubrikanzeigen in den von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne bestehen. Durch eine entsprechende Anpassung der Marktabgrenzung würde sich an der Melde-

pflicht des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens aufgrund des Vorliegens von mindestens einem benachbarten Markt im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG somit nichts ändern.

38. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

41. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

42. Tamedia und ihre Gruppengesellschaften sind stark im Online-Markt vertreten. Mit ihren Online-Portalen decken sie die Bereiche Kleinanzeigen, Fahrzeuge, Stellen, Immobilien und E-Commerce ab.¹⁰

43. Tradono Switzerland betreibt einen Online-Marktplatz für Kleinanzeigen, der sich primär an mobile Nutzer richtet. Gemäss Meldung ist Tradono Switzerland hauptsächlich in den Märkten für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen tätig. Für Immobilien- und Fahrzeuginserate bietet Tradono Switzerland zudem spezifische Rubriken an. Für Stellenanzeigen hingegen ist das Konzept von Tradono Switzerland gemäss Angaben der Meldung nur bedingt geeignet, da im Zentrum der Anzeige ein Foto und nicht etwa die textliche Beschreibung stehe. Deshalb kann im vorliegenden Fall von einer Betrachtung des Marktes für Stellenanzeigen abgesehen werden.

44. Seit April 2017 besteht auf dem Online-Marktplatz von Tradono Switzerland die Möglichkeit, dynamische Online-Werbung (Netzwerkwerbung) zu platzieren. Gemäss Meldung wird Tradono Switzerland nur im Bereich der Netzwerkwerbung, d.h. der dynamischen Online-Werbung, tätig sein, worauf die Parteien zu behaften sind (Art. 38 Abs. 1 Bst. a KG). Der Markt für statische Online-Werbung ist daher vom Zusammenschlussvorhaben nicht betroffen.

⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*.

¹⁰ Vgl. Beteiligungen der Tamedia im Geschäftsbericht 2016.

45. Dementsprechend betrifft das Zusammenschlussvorhaben die Märkte für Inserenten und Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen mit Ausnahme von Stellenanzeigen sowie die Märkte für dynamische Online-Werbung. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind somit die untenstehenden sachlichen Märkte (vgl. Kapitel B.4.1.1.1 ff.) relevant.

46. Schliesslich ist allgemein festzuhalten, dass eine Marktabgrenzung aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall vorzunehmen ist. Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert. So hat die WEKO auch bereits in der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Tamedia/home.ch unter Bezug auf die Ausführungen in der Meldung grundsätzlich die Frage aufgeworfen, ob es angesichts des vom meldenden Unternehmen angesprochenen Strukturwandels noch zeitgemäss ist, für Rubrikanzeigen den Print- und Online-Bereich in einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen.¹¹

47. Vor dem Hintergrund der abnehmenden Bedeutung des Print- zugunsten des Online-Bereichs und wenn sich die Grössenverhältnisse weiter in diese Richtung bewegen, kann die Frage der Trennung zwischen Online und Offline nicht ausser Acht gelassen werden. Dies gilt umso mehr, wenn der gemäss Meldung im Ausland schon länger andauernde Trend, gebrauchte Produkte zunehmend über Facebook-Gruppen zu verkaufen, auch in der Schweiz weiter zunehmen wird. Mit dem Markteintritt von Marketplace, der Verkaufsplattform für gebrauchte Gegenstände von Facebook, wird sich dieser Trend gemäss Meldung auch in Zukunft fortsetzen. Dementsprechend werden allenfalls die Märkte für Inserenten und Nutzer von Rubrikanzeigen in den drei Sprachregionen Deutschschweiz, französischsprachige Schweiz und italienischsprachige Schweiz getrennt nach Online und Offline zu berücksichtigen sein.

48. Bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland wurde der Online-Bereich für die Rubriken Stellen, Fahrzeuge und Immobilien für Inserenten und Nutzer zusätzlich separat ausgewiesen.¹² Im Rahmen der damaligen vorläufigen Prüfung kam die WEKO zum Schluss, dass eine Berücksichtigung des Online-Bereichs alleine das Ergebnis in Bezug auf den Markt für Inserenten in und Leser/Nutzer von Rubrikanzeigen nicht ändert. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Sachverhalt in der Zwischenzeit grundlegend geändert hat. Entsprechend wird in der vorliegenden Prüfung darauf verzichtet, den Online-Bereich separat zu untersuchen. Die WEKO behält sich aber weiterhin vor, aufgrund von zukünftigen Entwicklungen im Online-Bereich, die Marktabgrenzung anders vorzunehmen.

B.4.1.1.1. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge)

49. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) umfasst auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen und Herausgeber von

Print-Medien, in welchen Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten, welche in einem Print-Medium oder auf einer Online-Plattform eine entsprechende Rubrikanzeige inserieren möchten.¹³

50. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist zudem davon auszugehen, dass Tradono Switzerland auch Dienstleistungen erbringen wird, die im Bereich des elektronischen Warenhandels anzusiedeln sind. Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis noch nicht mit der Frage beschäftigt, ob es allenfalls einen sachlich relevanten Markt für E-Commerce Plattformen gibt, auf denen Produkte und Dienstleistungen angeboten werden können, und ob ein solcher Markt allenfalls nach Produktgruppen zu unterscheiden wäre. Vorliegend kann in Anlehnung an das Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland offen bleiben, ob bzw. wie ein solcher Markt für E-Commerce Plattformen abzugrenzen wäre.¹⁴

B.4.1.1.2. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

51. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Immobilienangeboten, die Immobilien zur Miete oder zum Kauf anbieten.¹⁵

B.4.1.1.3. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen

52. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Fahrzeug-Rubrikanzeigen und Herausgeber von Printmedien, in welchen Fahrzeug-Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten, welche auf einer Online-Plattform oder in einem entsprechenden Print-Medium eine Fahrzeug-Rubrikanzeige inserieren möchten, gegenüber.¹⁶

B.4.1.1.4. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge)

53. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) umfasst auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen und Herausgeber von Print-Medien, in welchen solche Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Medien und Nutzer von Online-Plattformen mit entsprechenden Rubrikanzeigen.¹⁷

¹¹ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*.

¹² Vgl. RPW 2016/1, 269 Rz 93 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹³ Vgl. RPW 2016/1, 268 Rz 87, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.

¹⁴ Vgl. RPW 2015/3, 475 Rz 65 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

¹⁵ Vgl. RPW 2016/1, 268 Rz 90, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹⁶ Vgl. RPW 2016/1, 269 Rz 94, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹⁷ Vgl. RPW 2016/1, 269 Rz 96, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

B.4.1.1.5. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

54. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Immobilien-Rubrikanzeigen sowie Herausgeber von Printmedien, in welchen Immobilien-Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Nutzer einer entsprechenden Online-Plattform sowie Leser entsprechender Print-Medien gegenüber.¹⁸

B.4.1.1.6. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen

55. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Fahrzeug-Rubrikanzeigen sowie Herausgeber von Printmedien, in welchen Fahrzeug-Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Nutzer einer entsprechenden Online-Plattform sowie Leser entsprechender Print-Medien gegenüber.¹⁹

B.4.1.1.7. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen

56. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Webseite Werbefläche direkt an Werbetreibende verkaufen wollen, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber. Zum Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen gehört insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung.²⁰

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.1.2.1. Märkte für Rubrikanzeigen

58. In räumlicher Hinsicht sind im Bereich Rubrikanzeigen gemäss Praxis der WEKO sowohl sprachregionale Märkte abzugrenzen als auch Marktabgrenzungen nach Wirtschaftsgebieten vorzunehmen.²¹

59. Die Meldung geht bei Rubrikanzeigen von einer Marktabgrenzung nach Sprachregionen aus. Tradono Switzerland ist zurzeit in deutscher und französischer Sprache verfügbar. Gemäss Meldungen richtet sich der Online-Marktplatz primär an Inserenten und Nutzer aus der Deutschschweiz und der französischsprachigen Schweiz, es gibt jedoch auch vereinzelt Inserate aus der italienischen Schweiz. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb sich das Ausmass der Nutzung in den einzelnen Grossräumen wesentlich vom Ausmass der Nutzung in den entsprechenden Sprachregionen unterscheiden sollte. Daher könne auch im vorliegenden Fall auf eine weitere räumliche Unterteilung der Märkte verzichtet werden.

60. Im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben geht es überwiegend darum, die Wettbewerbseffekte im Online-Bereich zu prüfen. Online-Plattformen für Rubrikanzeigen sind grundsätzlich in der

ganzen Schweiz zugänglich. Es ist davon auszugehen, dass sich das Ausmass der Nutzung von Tradono Switzerland in einzelnen Grossräumen nicht wesentlich vom Ausmass der Nutzung in den entsprechenden Sprachregionen unterscheidet. Deshalb kann für den vorliegend zu beurteilenden Fall auf eine regionale bzw. lokale Marktabgrenzung nach Wirtschaftsgebieten verzichtet werden. Die genannten sachlichen Märkte sind daher vorliegend sprachregional abzugrenzen.²²

61. Damit wird keine Praxis begründet oder bestätigt, wonach für Rubrikanzeigen keine Marktabgrenzungen nach Wirtschaftsgebieten vorzunehmen sind. Eine weitere räumliche Unterteilung bei der Marktabgrenzung in einem anderen Fall ist nicht ausgeschlossen. Für jedes Zusammenschlussvorhaben ist gesondert auf die Frage der (räumlichen) Marktabgrenzung einzugehen.

B.4.1.2.2. Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbung

62. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen wurde bisher national oder sprachregional abgegrenzt.²³ Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kann die räumliche Abgrenzung vorliegend aufgrund der sehr geringen Marktanteile in diesem Bereich allerdings offengelassen werden.

B.4.1.3 Zusammenfassung relevante Märkte

63. Tabelle 2 enthält eine Zusammenfassung der relevanten Märkte, die für dieses Zusammenschlussvorhaben von Bedeutung sind. Um die Übersichtlichkeit zu erhöhen, wird für jeden relevanten Markt ein entsprechendes Kürzel eingeführt.

¹⁸ Vgl. RPW 2016/1, 269 Rz 98, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹⁹ Vgl. RPW 2016/1, 270 Rz 102, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

²⁰ Vgl. RPW 2016/1, 270 Rz 104 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.

²¹ Analog zu RPW 2016/1, 270 Rz 107, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

²² Analog zu RPW 2016/1, 270 Rz 109, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

²³ Vgl. RPW 2016/1, 271 Rz 112, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.

Tabelle 2: Übersicht relevante Märkte

Beschreibung	Kürzel
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz	Ins-PrOn-Sonst-DE
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Sonst-FR
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Sonst-IT
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Ins-PrOn-Immo-DE
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Immo-FR
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Immo-IT
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Ins-PrOn-Fahr-DE
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Fahr-FR
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Fahr-IT
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz	Les-PrOn-Sonst-DE
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Sonst-FR
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Sonst-IT
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Les-PrOn-Immo-DE
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Immo-FR
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Immo-IT
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Les-PrOn-Fahr-DE
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Fahr-FR
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Fahr-IT
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz	Werb-Dyn-DE
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	Werb-Dyn-FR
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	Werb-Dyn-IT

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

64. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von

einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.4.2.1 Betroffene Märkte

65. Vorweg ist anzumerken, dass für die Beurteilung der Marktstellung die Marktanteile eines gemeinsam kontrollierten Unternehmens jedem Unternehmen vollständig zuzurechnen sind, da vom Gemeinschaftsunternehmen kein Wettbewerbsdruck ausgeht.²⁴ Entsprechend wurden die Marktanteile von Gemeinschaftsunternehmen, die von Tamedia mitkontrolliert werden, jeweils zu 100 % bei Tamedia berücksichtigt.

66. Für die relevanten Märkte, die für dieses Zusammenschlussvorhaben von Bedeutung sind, macht die Meldung die in Tabelle 3 enthaltenen Angaben. Im Un-

terschied zur Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland ist der digitale Marktplatz von Tradono mittlerweile in der Schweiz aktiv. Jedoch sind die Anzahl Rubrikanzeigen im Vergleich zu den Mitbewerbern noch relativ gering, so dass die Marktanteile von Tradono Switzerland jeweils [0-10 %] betragen. Tabelle 3 zeigt, dass inserentenseitig für alle drei Sprachregionen betroffene Märkte resultieren. Demgegenüber ist dies leser- bzw. nutzerseitig für Fahrzeug-Rubrikanzeigen nicht der Fall. Die betroffenen Märkte werden im Rahmen der aktuellen Konkurrenz einer weiteren Analyse unterzogen (vgl. Rz 67 ff.).

Tabelle 3: Angaben Marktanteile für das Geschäftsjahr 2016

Relevanter Markt	Marktanteile Geschäftsjahr 2016			Betroffener Markt
	Tamedia	Tradono Switzerland	gemeinsam	
Ins-PrOn-Sonst-DE	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	nein
Ins-PrOn-Sonst-FR	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	nein
Ins-PrOn-Sonst-TI	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	ja
Ins-PrOn-Immo-DE	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Ins-PrOn-Immo-FR	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Ins-PrOn-Immo-TI	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Ins-PrOn-Fahr-DE	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Ins-PrOn-Fahr-FR	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	ja
Ins-PrOn-Fahr-TI	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	ja
Les-PrOn-Sonst-DE	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	ja
Les-PrOn-Sonst-FR	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	ja
Les-PrOn-Sonst-TI	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	ja
Les-PrOn-Immo-DE	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Les-PrOn-Immo-FR	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	ja
Les-PrOn-Immo-TI	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Les-PrOn-Fahr-DE	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	nein
Les-PrOn-Fahr-FR	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	nein
Les-PrOn-Fahr-TI	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	nein
Werb-Dyn-DE	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	nein
Werb-Dyn-FR	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	nein
Werb-Dyn-TI	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	nein

B.4.2.2 Aktueller Wettbewerb

67. Bei den betroffenen Märkten handelt es sich grösstenteils um Märkte im Online-Bereich. Diese zeichnen sich durch einen ständigen technologischen Wandel aus, der in der Regel auch eine sehr dynamische Entwicklung der Marktanteile zur Folge hat. Daher ist in diesen Märkten zu berücksichtigen, dass selbst hohe

Marktanteile nicht zwingend eine marktbeherrschende Stellung nach sich ziehen müssen.

²⁴ Vgl. RPW 2014/4, 717 Rz 80, Ringier/Le Temps.

68. Gleichzeitig ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich aufgrund der Zweiseitigkeit von Plattformmärkten auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann.²⁵

69. Die Meldung verweist darauf, dass Tradono Switzerland im Geschäftsjahr 2016 [...]. Die Tätigkeiten auf dem

Online-Marktplatz sind gemäss Meldung zudem im Vergleich zu den wichtigsten Wettbewerbern sehr klein und betragen jeweils [0-10 %].

70. Wegen der hohen Anzahl an betroffenen Märkten erfolgt die Darstellung der aktuellen Konkurrenz in tabellarischer Form.

Tabelle 4: Darstellung der aktuellen Konkurrenz für das Jahr 2016

Ins-PrOn-Sonst-IT				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: eBay International AG	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: Sight'Up	Bewertung Veränderung ²⁶
[20-30%]	[40-50%]	[0-10%]	[0-10%]	0
Ins-PrOn-Immo-DE				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: new-home.ch AG	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: urban group gmbh	Bewertung Veränderung
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Ins-PrOn-Immo-FR				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: petitesannonces.ch	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: acheter-louer.ch & Publimmo Sàrl	Bewertung Veränderung
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Ins-PrOn-Immo-IT				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: Società editrice dei Corriere del Ticino SA	Wettbewerber 3: ImmoGalaxy Sagl	Bewertung Veränderung
[30-40%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	0
Ins-PrOn-Fahr-DE				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: autolina.ch AG	Wettbewerber 3: Fahrzeugnet AG	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[20-30%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Ins-PrOn-Fahr-FR				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: autolina.ch ag	Bewertung Veränderung
[20-30%]	[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	0
Ins-PrOn-Fahr-IT				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: autolina.ch AG	Wettbewerber 3: a-Commerce AG	Bewertung Veränderung
[20-30%]	[40-50%]	[20-30%]	[0-10%]	0
Les-PrOn-Sonst-DE				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: Amazon.com, Inc.	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: Toppreise Preisvergleich GmbH & Co.KG	Bewertung Veränderung
[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	0
Les-PrOn-Sonst-FR				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: Amazon.com, Inc.	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: Schibsted	Bewertung Veränderung
[20-30%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0

²⁵ Vgl. RPW 2014/4, 764 Rz 56, *Tamedia/home.ch*.

²⁶ Die Bewertung Veränderung schätzt ein, ob der Zusammenschluss zu einer wesentlichen Veränderung der Marktstellung von Tamedia führt. 0 bedeutet, dass keine wesentliche Veränderung erfolgt.

Les-PrOn-Sonst-IT				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: Amazon.com, Inc.	Wettbewerber 2: Schibsted	Wettbewerber 3: Gruppo Editoriale L'espresso SpA	Bewertung Veränderung
[20-30%]	[20-30%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Les-PrOn-Immo-DE				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: RE/MAX International LLC.	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: comparis.ch AG	Bewertung Veränderung
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Les-PrOn-Immo-FR				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: Société Privée de Gérance	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: comparis.ch AG	Bewertung Veränderung
[20-30%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Les-PrOn-Immo-IT				
Tamedia & Tradono Switzerland	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: RE/MAX International LLC.	Wettbewerber 3: comparis.ch AG	Bewertung Veränderung
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0

71. Tabelle 3 und Tabelle 4 zeigen, dass Tamedia in den betroffenen Märkten für Rubrikanzeigen über Marktanteile von [40-50 %] (Markt für Inserenten in Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz) verfügt. Die Marktstellung ist insbesondere stark in den Märkten für Inserate in und Nutzer/Leser von Immobilien-Rubrikanzeigen, wo Tamedia in allen drei Sprachregionen über Anteile von [30-40 %] verfügt, mit Ausnahme bei den Nutzern in der französischsprachigen Schweiz. Mitbewerber von Tamedia – insbesondere eBay, Ringier oder auch Amazon – verfügen in einzelnen betroffenen Märkten über ähnlich hohe oder höhere Marktanteile.

72. Tamedia konnte in den letzten drei Jahren die Marktanteile in den Märkten für Nutzer/Leser von Immobilien-Rubrikanzeigen in allen drei Sprachregionen ausbauen. Ausserdem stiegen die Marktanteile von Tamedia auch im Markt für Inserenten in Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz und im Markt für Inserenten in Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischen Schweiz. In allen anderen betroffenen Märkten gingen die Marktanteile von Tamedia zurück oder stagnierten.

73. Auch bei den Konkurrenten von Tamedia kam es während den letzten drei Jahren zu beträchtlichen Veränderungen bei den Marktanteilen. Zudem zeigt der Markteintritt der Online-Plattform autolina.ch für Fahrzeuge und deren schneller Zugewinn von Marktanteilen gegenüber den arrivierten Wettbewerbern, dass erfolgreiche Markteintritte in den Märkten für Rubrikanzeigen möglich sind. Insbesondere der Online-Bereich bei den Rubrikanzeigen entwickelt sich dynamisch und die Marktanteile sind volatil. Wie bereits erwähnt ist in sehr dynamischen Märkten die Höhe der Marktanteile für sich alleine noch kein Beweis für eine marktbeherrschende Stellung.

74. Gemäss Meldung sind im Online-Bereich die Kosten des Marktzutritts und generell die Marktzutrittsschwellen tief. Ein Online-Portal lasse sich schnell, einfach und

kostengünstig realisieren. Der notwendige Traffic, um für Inserenten und Nutzer attraktiv zu werden, lasse sich ebenfalls rasch generieren. Jeder Anbieter könne zudem durch „Spidern“ Rubrikanzeigen der grossen Portale übernehmen und auf dem eigenen Portal publizieren. „Spidern“ sei in der Schweiz legal. Dadurch habe jeder Marktteilnehmer die Möglichkeit, schnell und nahezu kostenlos eine grosse Anzahl von Rubrikanzeigen zu publizieren. Damit locke das Portal Nutzer an und werde für die Inserenten attraktiv.

75. Die angesprochenen Faktoren sprechen im Ergebnis gegen eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien in den genannten Märkten. Dabei kann offen bleiben, ob das sog. „Spidern“ in der Schweiz lauterkeitsrechtlich nach wie vor zulässig ist.²⁷

76. Tradono Switzerland verfügt aktuell über marginale Marktanteile, die für alle relevanten Märkte bei [0-10 %] liegen, da sie erst seit kurzem im Schweizer Markt aktiv ist. Im Geschäftsjahr 2016 hat Tradono Switzerland noch keinen Umsatz erzielt. Selbst wenn Tamedia in gewissen Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügen sollte, ist nicht zu erwarten, dass sich das Zusammenschlussvorhaben auf diese Stellung auswirkt, indem es sie begründet oder verstärkt.

B.4.2.3 Zwischenergebnis

77. Vorangehende Ausführungen (vgl. Kapitel B.4.1.1.1 und B.4.1.1.1) zeigen, dass Tamedia in den betroffenen Märkten für Rubrikanzeigen über hohe Marktanteile verfügt. Aufgrund der dynamischen Entwicklung des Online-Bereichs bei den Rubrikanzeigen, der volatilen Marktanteile, der tiefen Marktzutrittsschwellen und den marginalen Marktanteilen von Tradono Switzerland kann vorliegend jedoch nicht von einer marktbeherrschenden Stellung von Tamedia ausgegangen werden.

²⁷ Vgl. Urteil des II. Zivilappellationshofs des Kantonsgerichts Freiburg vom 22. August 2016 betr. unlauterer Wettbewerb.

78. Die Angaben der Meldung bezüglich der aktuellen Marktanteile von Tradono Switzerland (Rz 76) und die sich daraus ergebenden Konsequenzen lassen erwarten, dass die Erlangung der alleinigen Kontrolle der Tradono Switzerland keine Auswirkungen auf die Marktstellung von Tamedia haben dürfte.

79. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den genannten Märkten eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.3 Nebenabreden

B.4.3.1 Allgemeines

80. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.²⁸

81. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind²⁹ (EU-Bekanntmachung) gerichtet.³⁰

82. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.³¹

83. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu

entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.³²

84. Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen, der Angaben der Parteien und in Analogie zu den Voraussetzungen in Bezug auf Wettbewerbsverbote³³ können [...] als Nebenabrede qualifiziert werden.

B.4.4 Ergebnis

85. 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.

²⁸ Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, m. w. H.

²⁹ ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

³⁰ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

³¹ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

³² Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

³³ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 36; vgl. auch RPW 2012/4, 844 Rz 12 ff., *BKW FMB Energie AG/Groupe E SA/CC Energie SA*; RPW 2012/4, 878 Rz 134 ff., *Schweizerische Post/La Poste*; RPW 2012/1, 152 Rz 62 ff.

B 2.3

5. HSDG/Maersk Line A/S

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 10 August 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 10. August 2017

A Sachverhalt

1. Am 14. Juli 2017 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Maersk Line A/S (nachfolgend: Maersk Line oder ML), eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der A.P. Møller – Mærsk A/S (nachfolgend: Maersk Group), die Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG (nachfolgend: HSDG), eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Dr. August Oetker KG (nachfolgend: Dr. Oetker) zu übernehmen. Nach Abschluss des Zusammenschlusses würde die HSDG mit der Maersk Line eine Geschäftseinheit bilden, welche unter der bereits bestehenden Marke HSDG operieren würde (nachfolgend: kombiniertes Unternehmen). Das Zusammenschlussvorhaben stelle für die Maersk Line eine Möglichkeit dar, zwei Container-Linienschiffahrtsgeschäfte mit komplementären Angeboten bezüglich des geografischen Fokus und der Kundenwahrnehmung miteinander zu kombinieren. Dabei würden u.a. substantielle Synergien und bessere Dienstleistungen für den Kunden resultieren.

A.1 Beteiligte Unternehmen

2. Vorliegend beabsichtigt die Dr. Oetker die HSDG an die Maersk Line, einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft der Maersk Group, zu verkaufen. Die HSDG und die Maersk Group sind damit beteiligte Unternehmen (zusammen nachfolgend auch: Parteien) gemäss Art. 3 Abs. 1. Bst. b VKU. Meldendes Unternehmen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU ist vorliegend die Maersk Group.

3. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 20. Februar 2017 auch der Europäischen Kommission gemeldet und ist von dieser am 10. April 2017 unter Bedingungen und Auflagen freigegeben worden (Fallnummer M.8330).

4. Neben der Freigabe in der EU sei auch in den USA und in folgenden Ländern entweder die Freigabe erteilt worden oder die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens beendet worden: Australien, Israel, Mexiko, Neuseeland, Türkei und Ukraine. Von Seiten der chinesischen Behörden sei am 28. April 2017 eine Bestätigung der vorläufigen Zulassung (preacceptance) erhalten worden.

A.1.1 Maersk Group

5. Gemäss Meldung ist die Maersk Group eine integrierte Transport- und Logistikgesellschaft mit Sitz in Kopenhagen, Dänemark, die an der Börse in Kopenhagen (Nasdaq Nordiq) kotiert ist.

6. Mit ihrer Tochtergesellschaft Maersk Line sei die Maersk Group in der Container-Linienschiffahrt aktiv und betreibe 611 Containerschiffe, von denen 324 gechartert seien. Sie verkaufe ihre Container-Linienschiffahrtsdienste weltweit an über 317 Standorten in 112 Ländern. Die Maersk Line vermarkte ihre Dienstleistungen unter den Marken Maersk Line, Safmarine, SeaLand (Intra-Americas), MCC Transport (Intra-Asia) und SeaGo Line (Intra-Europe).

7. Die Maersk Group sei ebenfalls mit anderen Dienstleistungen in der Container-Linienschiffahrt vor- und nachgelagerten Märkten aktiv und betreibe einen eigenständigen Unternehmensbereich Energie, welchen sie abzuschaffen gedenke, um sich auf die Transport- und Logistiktätigkeiten zu konzentrieren. Des Weiteren habe Maersk Group [...] Produktentanker.

8. So erbringe die Maersk Group Containerterminal-Dienste (über ihre Tochtergesellschaft APM Terminals [nachfolgend: APMT]), Speditionsdienste (über die Tochtergesellschaft Damco Distribution Services [nachfolgend: Damco]), Inlandtransporte (via APMT), Containerherstellung (über die Tochtergesellschaft Maersk Container Industry [nachfolgend: MCI]) und Hafenschleppdienste (über die Tochtergesellschaft Svitzer A/S [nachfolgend: Svitzer]).

9. Die Hafenschleppdienste der Maersk Group würden auch den Bereich der Terminalschleppdienste, in welchem die HSDG nicht tätig sei, betreffen. Diese Dienstleistungen würden für Terminalbetreiber/-häfen und nicht für Transportunternehmen erbracht und insofern bestünde keine vertikale Verbindung zwischen Terminaldienstleistungen und der Container-Linienschiffahrt. Entsprechend würde dieser Bereich in der Meldung nicht behandelt.

10. Der grösste Teil des Umsatzes der Maersk Group in der Schweiz würde durch Container-Linienschiffahrtsdienste für Kunden aus der Schweiz generiert (ca. [...] %). Ein [...] Teil würde durch APMT mit Containerterminal-Diensten in Häfen ausserhalb der Schweiz für Kunden mit Sitz in der Schweiz generiert (ca. [...] %) und ein [...] Anteil mit Inlandtransporten in der Schweiz. Ein [...] Anteil würde durch Damco mittels Speditionsdiensten für Schweizer Kunden in oder ausserhalb der Schweiz erzielt.

A.1.2 HSDG

11. Gemäss Meldung ist die HSDG eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Dr. Oetker, einer Gesellschaft in Familienbesitz mit Sitz in Bielefeld, Deutschland. Die Anteile an der Dr. Oetker würden durch die

Familie Oetker, welche die Gesellschaft und ihre Tochtergesellschaft kontrollieren, gehalten.

12. Die Dr. Oetker sei in verschiedenen Industrien, einschliesslich der Nahrungsmittel- und Getränkeherstellungsindustrie, der Banken- und der Schifffahrtsindustrie tätig. Mit der HSDG agiere sie im Bereich Container-Linienschifffahrt.

13. Die HSDG betreibe [...] Produktentanker und 130 Containerschiffe, wovon 82 gechartert seien. Die HSDG sei zudem in einem viel kleineren Umfang und nur mit gecharterten Schiffen im Bereich Massenguttransporte (bulk shipping) tätig. Mit [...] habe sie zudem [...] Aktivitäten mit Inlandstrassentransporten.

14. Die HSDG verfüge weltweit über ca. 250 Büros, welche auf fünf Hauptsitze verteilt seien und vermarkte ihre Dienstleistungen über ihre globale Marke Hamburg Süd sowie ihre Marken CCNI (Chile) und Aliança (Brasilien).

15. Die HSDG sei nicht in den Bereichen Spedition, den Hafenschleppdiensten und der Containerherstellung oder der Erbringung von Containerterminal-Diensten tätig, [...]

16. Die Tätigkeiten der HSDG in der Schweiz würden alle im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Container-Linienschifffahrtsgeschäften für Kunden, welche in der Schweiz ansässig sind und Ozean-Transportdienste in Anspruch nehmen wollen, stehen.

A.2 Verfahren

17. Am 18. Mai 2017 wurde beim Sekretariat ein Meldungsentwurfentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eingereicht.

18. Mit E-Mail vom 18. Mai 2017 bestätigte das Sekretariat den Eingang des Meldungsentwurfentwurfs und versendete am 8. Juni 2017 die Beurteilung des Meldungsentwurfentwurfes.

19. Am 21. Juni 2017 ging ein zweiter Meldungsentwurfentwurf und am 27. Juni 2017 die Meldung beim Sekretariat ein.

20. Mit Schreiben vom 28. Juni 2017 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung (nachfolgend: Meldung). Am 7. Juli 2017 wurden die beteiligten Unternehmen über die Unvollständigkeit der Meldung orientiert.

21. Am 14. Juli 2017 reichten die beteiligten Unternehmen die notwendigen Ergänzungen zur Vervollständigung der Meldung ein. Deren Eingang sowie die Vollständigkeit der Meldung wurden vom Sekretariat am 18. Juli 2017 bestätigt.

A.3 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

22. Das meldende Unternehmen bringt vor, dass die Aktivitäten der beteiligten Unternehmen in der Container-Linienschifffahrt weitestgehend komplementär seien. So sei die Maersk Line hauptsächlich auf die Ost-West Handelsrouten fokussiert, auf welchen die HSDG lediglich beschränkte Präsenz aufweise. Die HSDG habe einen starken Fokus auf den Nord-Süd Handel, insbesondere in und aus Richtung Südamerika.

23. Kürzlich sei die HSDG in den Europa-Fernostasien Handel (nachfolgend: FEA; Europe-Far East Asia) mittels eines slot charter agreements mit der [...] eingestiegen. Der Marktanteil in diesem Handel liege noch immer unter [0-10] %.

24. Die Systeme der Maersk Line seien stärker zentralisiert und standardisiert. Damit würde sie eher internationale Kunden ansprechen, die Zugang zu Maersk Lines globalem Netzwerk benötigten. Die HSDG dagegen lege stärkeres Gewicht auf lokale und persönliche Kundendienstleistungen und habe insofern einen grösseren Anteil lokaler Direktkunden als die Maersk Line.

A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

25. Für die Maersk Group sei das Zusammenschlussvorhaben eine Möglichkeit, zwei Container-Linienschifffahrtsgeschäfte mit komplementären Angeboten bezüglich des geografischen Fokus und der Kundenwahrnehmung miteinander zu kombinieren.

26. Durch substantielle Synergien würde eine kosteneffizientere Bereitstellung von besseren und breiteren Dienstleistungsangeboten resultieren. Das Zusammenschlussvorhaben würde es der Maersk Line insbesondere erlauben, die aktuellen Netzwerke beider Parteien zu integrieren und umzugestalten und die kombinierten Vermögenswerte möglichst effizient zu nutzen (durch die Verlagerung von Schiffen und Containern).

27. Durch das Zusammenschlussvorhaben würden der zukünftige Investitionsbedarf der Vermögenswerte sowie die variablen Kosten der Parteien reduziert, da das kombinierte Unternehmen charter und slot agreements beenden könne, welche aufgrund des verbesserten Netzwerkes obsolet würden. Zudem könne das kombinierte Unternehmen den Containerterminalbetreibern grössere kombinierte Volumen anbieten. Dadurch würde es von reduzierten Terminalkosten sowie von Einsparungen im Verkauf und bei allgemeinen und administrativen Ausgaben profitieren können.

28. Mit der erweiterten Reichweite des kombinierten Netzwerkes würden Kunden Zugang zu Dienstleistungen der HSDG im Nord-Süd Handel erhalten sowie von der Flexibilität und der Reichweite des Netzwerkes der Maersk Line, welches auch Ost-West Routen beinhalte, profitieren.

29. Es sei unwahrscheinlich, dass die Kosteneinsparungen zu einer Reduktion der global verfügbaren Kapazität der Containerschifffahrt führen würden; die Schiffe, die von den Eigentümern zurückgenommen würden, würden dem Markt weiterhin zur Verfügung stehen. Die globale Überkapazität habe zu einer bedeutenden Reduktion der Charterpreise geführt, was es den konkurrierenden Schifffahrtslinien ermöglichen würde, dort in den Handel einzusteigen oder diesen auszuweiten, wo sich eine entsprechende Möglichkeit ergeben würde.

30. Generell sei die Containerschifffahrtsindustrie durch ein niedriges Nachfragewachstum geprägt, welches Konsolidierungen zur Schaffung von Kostensynergien und zur Verbesserung von Effizienz und Dienstleistungen notwendig machen würde.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

31. 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 Abs. 1 KG).

32. Gemäss Art. 2 Abs. 2 KG ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Auswirkungsprinzip).

33. Da die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Leistungen auch von Schweizer Kunden nachgefragt werden, wirkt sich das gemeldete Zusammenschlussvorhaben grundsätzlich auch auf die Schweiz aus.

B.1.1 Unternehmen

34. 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

35. 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.

36. 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 (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

37. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung von Kontrollverhältnissen an einem oder mehreren Unternehmen (Zielunternehmen) zum Gegenstand.¹

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

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

40. Der Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 präsentiert sich wie folgt:

	Schweiz	Weltweit
HSDG	[...]	[...]
Maersk Group	[...]	38 097 378 000

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 (in Franken).

41. Damit sind im Ergebnis die Aufgreifkriterien nach Art. 9 Abs. 1 KG erfüllt und das Zusammenschlussvorhaben somit als meldepflichtig zu qualifizieren.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

42. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der 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).

43. In ihren generellen Bemerkungen machen die Parteien geltend, das Zusammenschlussvorhaben sei am 10. April 2017 von der Europäischen Kommission genehmigt worden, nachdem sich die Maersk Line damit

einverstanden erklärt habe, die HSDG von fünf Konsortien abzuziehen. Aufgrund der eingegangenen Verpflichtungen und in Anbetracht der Natur der Geschäftstätigkeiten der Parteien und der geografischen Reichweite ihrer Container-Schiffahrtstätigkeiten auf Routen ohne Bezug zur Schweiz könne ausgeschlossen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben wettbewerbsrechtliche Bedenken in der Schweiz auslösen würde.

44. Vielmehr gelte auch aus Sicht der Schweizer Kunden die Einschätzung der Europäischen Kommission (siehe dazu auch Rz 47 ff.).

¹ Vgl. RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

46. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).²

47. Damit ist zur Bestimmung sowohl des sachlich als auch des räumlich relevanten Marktes auf die Sichtweise der vom Zusammenschluss betroffenen Marktgegenseite abzustellen. Darunter fallen alle Nachfrager, welche das betreffende Gut unter Wettbewerbsbedingungen nachfragen würden.

48. Im Rahmen der Definition der relevanten Märkte verweist die Meldung grundsätzlich auf die Praxis der Europäischen Kommission. Die beteiligten Unternehmen machen dabei geltend, dass dieselben Markttabegrenzungen, wie sie auch schon für die Meldung an die Europäische Kommission vorgenommenen wurden, den Vorgaben gemäss der VKU entsprechen und damit insbesondere auch aus der Sicht der schweizerischen Marktgegenseite gelten würden. So würden die wettbewerbsrechtliche Einschätzung und die Freigabe auch die Sichtweise der Schweizer Kunden abdecken, weil bei deren Bedarf und Präferenzen für Transportdienstleistungen im Bereich der Container-Linienschifffahrt keine Unterschiede zu den übrigen Kunden in Europa – jedenfalls im Europäischen Wirtschaftsraum (nachfolgen: EWR) – bestünden. Diese Ausführungen sind nachvollziehbar. Entsprechend kann für den Bereich der Container-Linienschifffahrt und zwecks Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens grundsätzlich auf die von der EU-Kommission vorgenommene Markttabegrenzung abgestellt werden.

49. Als Ausgangspunkt der Bestimmung der sachlich und räumlich relevanten Märkte ist die Geschäftstätigkeit der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen heranzuziehen.

50. Gemäss Meldung bezieht sich das Zusammenschlussvorhaben primär auf Aktivitäten im Bereich der Container-Linienschifffahrt. Sowohl die Maersk Line als auch die HSDG seien in diesem Bereich tätig, wobei in vor- und nachgelagerten Märkten nur die Maersk Group via ihre Tochtergesellschaften tätig sei. Lediglich im Bereich des Inlandtransportes sei die HSDG auch in einem sehr geringen Ausmass tätig. Dies jedoch nicht in der Schweiz.

51. Ausgehend von diesen Angaben, identifizieren die beteiligten Unternehmen relevante Märkte mit horizontalen Überschneidungen zwischen Maersk Group und der HSDG in den Bereichen

- Hochsee-Container-Linienschifffahrtsdienste;

- Kurzstrecken-Container-Linienschifffahrtsdienste;
- Produktentanker/Trampdienste.

52. Daneben werden zu den vorangehenden Märkten vertikal in Beziehung stehende relevante Märkte in Bereichen identifiziert, auf welchen vorwiegend die Maersk Group tätig sei:

- Containerterminal-Dienste;
- Spedition;
- Inlandtransport;
- Hafenschleppdienste;
- Containerherstellung.

B.4.1.1.1. Bereich Hochsee-Container-Linienschifffahrtsdienste

53. Gemäss der Praxis der Europäischen Kommission umfasst die Container-Linienschifffahrt die Bereitstellung regelmässiger, geplanter Dienstleistungen für die Beförderung von Fracht mittels Container auf einer oder mehreren vordefinierten Strecken. Die Container-Linienschifffahrt sei aufgrund der Regelmässigkeit und Häufigkeit der angebotenen Dienstleistungen von der Nicht-Linienschifffahrt (z.B. Charter, Trampdienste, Spezialtransport) zu unterscheiden. Zudem würde die Verwendung von Containerschiffen zur Aufbewahrung der beförderten Ladung eine Abgrenzung von anderen Transporten ohne Container wie zum Beispiel der Transport von Massengut verlangen.³

54. Weiter kann zwischen der Hochsee-Container-Linienschifffahrt, der Kurzstrecken-Container-Linienschifffahrt und der Roll-on/Roll-off-Schifffahrt⁴ unterschieden werden.⁵ Gemäss den Zusammenschlussparteien könnten allerdings die Hochsee-Container-Linienschifffahrtsdienste, wie sie von der Europäischen Kommission in der jüngsten Entscheidung anerkannt würden, einen signifikanten Wettbewerbsdruck auf die

² Wenn die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind, kann zusätzlich das Konzept der Angebotssubstitution zur Anwendung gelangen: Sind Anbieter in der Lage, ihre Produktion auf die – bei Definition aus Nachfragersicht – den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen umzustellen und sie kurzfristig auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken einzugehen, so sind die entsprechenden Produktionskapazitäten dieser Anbieter dem Volumen des relevanten Marktes zuzurechnen. Mit anderen Worten: Diese Anbieter sind als Wettbewerber der beteiligten Unternehmen zu betrachten (vgl. Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2014: Meldung eines Zusammenschlussvorhabens [BBI 2014 8321–8334; Stand am 1. August 2015; nachfolgend: Merkblatt] Ziff. 4).

³ Vgl. COMP/M 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 11; Entscheide der EU-Kommission Case M.8120 vom 23. November 2016 – HAPAG-LLOYD / UNITED ARAB SHIPPING COMPANY, Rz 10; Case M.7908 vom 29. April 2016 – CMA CGM / NOL, Rz 8; COMP/M.7268 vom 11. September 2014 – CSAV / HGV / KÜHNE MARITIME / HAPAG LLOYD AG, Rz 16; COMP/M.5450 vom 6. Februar 2009 – KÜHNE / HGV/TUI / HAPAG LLOYD, Rz 13; Meldung, Ziff. 5.1.1., Rz 42 f.

⁴ Die Roll-on/Roll-off-Schifffahrt bezieht sich auf den Transport von Fahrzeugen mit Rädern (Lastwagen, Automobile, etc.) auf Schiffen (vgl. COMP/M.7523 vom 29. Juni 2015 – CMA CGM/OPDR, Rz 39).

⁵ Vgl. COMP/M.7523 vom 29. Juni 2015 – CMA CGM/ OPDR, Rz 39 und Meldung.

Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrtsdienste ausüben, da es für Hochsee-Schiffe sehr einfach sei, an mehreren Häfen anzuhalten und über Zubringerdienste mit Kurzstreckenschiffen zu konkurrieren.

55. Die Europäische Kommission führt zudem in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben aus, dass die Nachfrager von Hochsee-Container-Linienschiffahrtsdienste in zwei Hauptgruppen unterteilt werden könnten: Spediteure (freight forwarders) und direkte Nachfrager. Spediteure, wie zum Beispiel Kühne & Nagel, würden den Transport von Gütern als Intermediäre für ihre Kunden organisieren. Dazu würden sie Hochsee-Linienschiffahrtsdienste (üblicherweise von Hafen zu Hafen inkl., wo nötig, Zuliefererdienste) und Inlandtransportdienste nachfragen. Direkte Nachfrager seien typischerweise grosse Güterproduzenten (bspw. Ikea oder Volkswagen).⁶

56. Die Fracht muss zudem – in Abhängigkeit ihrer Eigenschaften – gekühlt transportiert werden. Dies kann in gekühlten Containern oder in gekühlten Schiffen stattfinden. Eine mögliche Segmentierung des Marktes für Container-Linienschiffahrtsdienste wäre demnach eine nach gekühlten und nicht-gekühlten Gütern. Diese könnten weiter unterteilt werden nach Diensten mit gekühlten Containern, welche für sich alleine einen Markt darstellen, oder welche zusätzlich noch gekühlte Schiffe umfassen.⁷

57. Da aus Sicht der Nachfrageseite bestimmte Güter wie Früchte, Fleisch und Milchprodukte gekühlt transportiert werden müssen, sind nicht-gekühlte Container (nachfolgend: Trockencontainer) keine Substitute für gekühlte Container.⁸

58. Aus Sicht der Angebotsseite kann jedes Containerschiff sowohl gekühlte als auch Trockencontainer transportieren. Gekühlte Container sind mit einem eigenen Kühlsystem ausgestattet, welches durch elektrische Energie vom Schiff stammend versorgt wird. Aus diesen Gründen benötigen Containerschiffe genügend Anschlüsse und Stromkapazität für die Versorgung der gekühlten Container mit elektrischem Strom.⁹

59. Gemäss einem von der Europäischen Kommission zitierten Bericht von Ocean Shipping Consultants¹⁰, sei ein grosser Teil der weltweiten Containerschiffahrtflotte mit entsprechenden Anschlüssen zur Stromversorgung von gekühlten Containern ausgerüstet, welche allerdings de facto nicht dazu verwendet würden. Der Bericht zeige zudem auf, dass es relativ günstig sei, ein Schiff für den Transport von gekühlten Containern auszurüsten und dass die entsprechenden Kapazitäten auch für Trockencontainer benutzt werden könnten. Im Entscheid COMP/M.3829 vom 29. Juli 2005 – *Maersk / PONL* hätten die Parteien aufgrund einer Schätzung angegeben, dass ungefähr 10-20 % der gesamten Kapazitäten potenziell für den Transport von gekühlten Containern genutzt würden.¹¹

60. Aus diesem Grund hätten die Schiffe auf Handelsrouten in beide Richtungen mit einem Anteil des Transports in gekühlten Containern am Gesamttransport unter 10 % generell mehr Kapazitäten für gekühlte Container als benötigt würden. Die Dienstleister hätten daher die Möglichkeit, anstelle von Trockencontainer zusätzlich

gekühlte Container und ohne signifikante Zusatzkosten zu transportieren.¹²

61. Auf Handelsrouten mit einem relativ hohen Anteil an gekühlten Containern am insgesamt transportierten Handelsvolumen in eine der beiden Richtungen sei diese Angebotssubstitution hingegen nicht so einfach. Unter Umständen müssten zusätzliche Anschlüsse für den Transport von gekühlten Containern installiert werden, was zusätzliche (substanzielle) Kosten auf einen Schiff, das standardmässig nur bis zu ca. 10 % gekühlte Container transportieren könne, verursachen würde.¹³

62. Die Parteien sind der Ansicht, dass der Produktmarkt für die Hochsee-Container-Linienschiffahrt sowohl Trockencontainer wie auch Kühlcontainer umfasse. Bei einer Aufteilung nach Kühlcontainern würden diese nach Auffassung der Parteien zusammen mit Kühlschiffen einen gemeinsamen Markt bilden. Mit dieser Auffassung lehnen sich die Parteien auch an die jüngste Entscheidung der Europäischen Kommission im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrtsdienste, welche in Analogie auch für Hochsee-Container-Linienschiffahrtsdienste gelten würde.¹⁴

63. Die Europäische Kommission hat in ihrer Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens festgestellt, dass für dieses offen gelassen werden könne, ob die Märkte für die Hochsee-Container-Linienschiffahrt weiter in Märkte mit gekühlten Containern und Trockencontainern und – im Falle einer Abgrenzung eines Marktes für gekühlte Produkte – weiter in Märkte mit gekühlten Containern und gekühlten Schiffen zu separieren sind.¹⁵

64. Ausgehend von diesen Erwägungen wird der Bereich der Hochsee-Container-Linienschiffahrtsdienste sachlich in Märkte, welche nach Frachttyp unterscheiden, unterteilt. Es sind dies:

- Trockencontainer
- Gekühlte Container
- Gekühlte und Trockencontainer kombiniert
- Kühltransporte (gekühlte Container und gekühlte Schiffe)

⁶ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 50.

⁷ Vgl. COMP/M 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 12; Case M.8120 vom 23. November 2016 – *HAPAG-LLOYD / UNITED ARAB SHIPPING COMPANY*, Rz 11; COMP/M.3829 vom 29. Juli 2005 *Maersk / PONL*, Rz 7 und Meldung.

⁸ Vgl. COMP/M.3829 vom 29. Juli 2005 – *Maersk / PONL*, Rz 8 und auch Meldung.

⁹ Vgl. COMP/M.3829 vom 29. Juli 2005 – *Maersk / PONL*, Rz 9.

¹⁰ Ocean Shipping Consultants, Refrigerated trades and Outlook to 2015, Mai 2005, Seite 177, zitiert in COMP/M.3829 – *Maersk / PONL*, Rz 9.

¹¹ Vgl. COMP/M.3829 vom 29. Juli 2005 – *Maersk / PONL*, Rz 9.

¹² Vgl. COMP/M.3829 vom 29. Juli 2005 – *Maersk / PONL*, Rz 10.

¹³ Vgl. COMP/M.3829 vom 29. Juli 2005 – *Maersk / PONL*, Rz 11.

¹⁴ Vgl. Meldung in Verbindung mit COMP/M.7523 vom 29. Juni 2015 – *CMA CGM / OPDR*, Rz 46 und Fn 43, Rz 106.

¹⁵ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 12 ff.

B.4.1.1.2. Bereich Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt

65. Gemäss den Parteien beinhaltet der Produktmarkt für Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt die Bereitstellung von regelmässigen, innerkontinentalen Dienstleistungen für die Beförderung von Fracht mittels Container (meist Küstenhandel). Die Parteien nehmen wiederum Bezug auf die Marktabgrenzungen der Europäischen Kommission, die ähnlich wie bei der Hochsee-Container-Linienschiffahrt die Regelmässigkeit der erbrachten Leistungen für ein charakteristisches Merkmal der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt hält.¹⁶

66. In vergangenen Fällen hat die Europäische Kommission einen separaten Markt für die Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt, also einen von der Hochsee-Container-Linienschiffahrt unterschiedlichen Markt, abgegrenzt. Inhaltlich handle es sich auch um eine Dienstleistung, welche regel- und fahrplanmässige Transporte von Containerfracht beinhalte.¹⁷

67. Die Europäische Kommission hat in der Vergangenheit zudem verschiedene Segmentierungen dieses Marktes nach Frachteinhalten in Betracht gezogen. Dabei kam die Europäische Kommission zum Schluss, dass die Container-Schiffahrt vom Transport von Massengütern, welche nicht in Containern verfrachtet werden, zu unterscheiden ist. Demgegenüber liess es die Europäische Kommission offen, ob der Transport von beweglichen Gütern (Roll-on/Roll-off-Schiffahrt, vgl. Rz 54) in einem separaten Produktmarkt betrachtet werden sollte. Ebenfalls offen liess die Europäische Kommission die Unterscheidung zwischen gekühlter und nicht-gekühlter Fracht und die Frage, ob die Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt Teil eines weiteren multimodalen Tür-zu-Tür-Transportmarktes sein sollte.¹⁸

68. Die Parteien sind der Ansicht, dass alle intereuropäischen Transportarten mit der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt konkurrieren würden, darunter die Bahn, Lastwagen, Lastkähne und Luftfracht. Auch die Hochsee-Container-Linienschiffahrt würde deutlich mit der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt konkurrieren.

69. Die Parteien begründen diese Auffassung dadurch, dass die Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt zu meist dem Transport von Containern zwischen Küstenhäfen um Europa diene. Folglich sei dieses Geschäftssegment vorwiegend für Küstenländer relevant. Da die Schweiz über keine Seehäfen verfüge, würden die Container von und aus der Schweiz überwiegend mittels Inlandtransport (Lastwagen, Zug, Inlandschiffe) an den nächsten grösseren Hafen transportiert und dort auf Hochseeschiffe transferiert werden.

70. In ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben grenzt die Europäische Kommission die Märkte im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt sachlich so ab, dass sie gekühlte Container und Trockencontainer zusammenfasst und auf jenen Kurzstrecken, auf welchen der Anteil von gekühlten Containern über 10 % am Gesamtvolumen liegt, zusätzlich einen weiteren separaten Markt für den Transport von gekühlten Containern abgrenzt.¹⁹

71. Dieser sachlichen Marktabgrenzung wird auch vorliegend gefolgt.

72. In ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben stellt die Europäische Kommission fest, dass die exakte Definition des sachlich relevanten Marktes schlussendlich offengelassen werden könne, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.²⁰

73. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden. Wie in Abschnitt B.4.2.2 nachfolgend gezeigt wird, liegen unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.1.3. Bereich Produktentanker/Trampdienste

74. In den beiden Unternehmenszusammenschlüssen *Morgan Stanley/SPI/Heidmar* und *Torm/Projektor S.A.* wurden Trampdienste – anders als beim Linienerkehr – von der WEKO in Anlehnung an Art. 1 Abs. 3 Bst. a der inzwischen aufgehobenen Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 über die Einzelheiten der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrages auf den Seeverkehr als nicht regelmässige oder nicht angekündigte Fahrten beschrieben.²¹

75. Die WEKO hat sich in *Morgan Stanley/SPI/Heidmar* sowie in *Torm/Projektor S.A.* mit dem Hochseetransport von Öl befasst und dabei festgestellt, dass dieser vor allem Trampdienste betrifft.²² Die WEKO hat die Frage nach der entsprechenden Marktdefinition indessen offen gelassen.²³

76. In ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben hat die Europäische Kommission mit Verweisen auf ihre frühere Praxis Trampdienste als Transportdienste beschrieben, die eine spezifische Ware umfassen, welche je Transport ein ganzes Schiff füllt. Ebenfalls als charakteristisch für Trampdienste wird die nicht regelmässige oder nicht angekündigte Durchführung von Fahrten beschrieben.²⁴

¹⁶ Vgl. Meldung und COMP/M.7523 vom 29. Juni 2015 – *CMA CGM/OPDR*, Rz 38 ff.

¹⁷ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 19, m.w.H.

¹⁸ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 19, m.w.H.

¹⁹ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 196 ff.

²⁰ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 22 m.w.H.

²¹ RPW 2008/2, 281 Rz 22, *Torm/Projektor*, RPW 2008/2, 339 f. Rz 21, *Morgan Stanley/SPI/Heidmar*.

²² RPW 2008/2, 281 Rz 22, *Torm/Projektor*, RPW 2008/2, 339 f. Rz 21, *Morgan Stanley/SPI/Heidmar*.

²³ RPW 2008/2, 281 Rz 27, *Torm/Projektor*, RPW 2008/2, 340 Rz 23 f., *Morgan Stanley/SPI/Heidmar*.

²⁴ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 23.

77. Ebenfalls mit Verweis auf die frühere Praxis hat die Europäische Kommission weitere mögliche Segmentierungen der Trampdienste nach Schiffstypen, Schiffsgrösse, Frachttypen und Vertragstyp in Betracht gezogen.²⁵

78. So hat die Europäische Kommission in COMP/M.5346 – *APMM/Broström* eine Unterteilung in Trocken- und Flüssigladungen in Betracht gezogen. Ebenfalls wurde eine weitere Segmentierung nach DWT²⁶-Bereichen betrachtet.

79. Über ihre Tochtergesellschaft, die Maersk Tankers, ist die Maersk Group im Bereich der Trampdienste aktiv. Gemäss Meldung transportiert die Maersk Tankers „gereinigte“ und „nicht gereinigte“ Petroleum-Produkte wie Benzin, Diesel, Kerosin, Flugzeugtreibstoff oder Heizöl sowie kleine Mengen leichter Chemikalien und pflanzlicher Öle.

80. Die HSDG transportiere „gereinigte“ und „nicht gereinigte“ Petroleum-Produkte (Heizöl, Flugzeugtreibstoff und Diesel, Melasse, pflanzliche Öle und leichte Chemikalien) wie auch kleine Mengen leichter Chemikalien und pflanzlicher Öle.

81. Die Parteien bringen vor, dass die Transportdienstleistungen in Bezug auf „gereinigte“ und „nicht gereinigte“ Produkte dem gleichen relevanten Markt angehören würden. Weiter wird vorgebracht, dass es sich bei Chemikalien und pflanzlichen Ölen im Wesentlichen um „gereinigte“ Produkte handelt, welche deshalb auch dem relevanten Markt angehören sollten. Zudem habe die Marktuntersuchung der Europäischen Kommission, welche aufgrund der *APMM/Broström*-Meldung vorgenommen worden sei, bestätigt, dass Schiffe, welche „gereinigte“ Produkte transportieren, mit solchen, welche „ungereinigte“ transportieren, als austauschbar erachtet werden sollten.

82. In ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben grenzt die Europäische Kommission die Märkte im Bereich der Produktentanker/Trampdienste sachlich so ab, dass sie diese nach Kapazitätsintervallen (in DWT) der Schiffe unterteilt.²⁷

83. Dieser sachlichen Marktabgrenzung wird auch vorliegend gefolgt.

84. Schlussendlich lässt die Europäische Kommission jedoch die definitive sachliche Marktabgrenzung für den vorliegenden Fall offen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevanten Marktes/Märkte im Bereich der Produktentanker/Trampdienste keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.²⁸

85. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden. Wie in Abschnitt B.4.2.3 nachfolgend gezeigt wird, liegen unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Produktentanker/Trampdienste keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.1.4. Bereich Speditionsdienste

86. Gemäss Meldung würden Speditionsdienstleistungen im Luft- und Seeverkehr den Landtransport zu und vom Flughafen bzw. Hafen, sofern dies vom Kunden verlangt werde, beinhalten. Der Spediteur beauftrage dabei grundsätzlich Dritte mit dem Transport. Im Segment der Seefrachtspeidition würde die Transportkapazität von Unternehmen in der Container-Linienschiffahrt wie der Maersk Line und ihren Konkurrenten bereitgestellt. Deshalb seien die Container-Linienschiffahrt und die Seefrachtspeidition zwei auf vertikaler Ebene miteinander verbundene Geschäfte, wobei die Seefrachtspeidition einen nachgelagerten Markt der Container-Linienschiffahrt bilde.

87. Nach bisheriger Auffassung der WEKO kann die Spedition als eine Dienstleistung, welche die Versendung oder Beförderung von Waren und Gütern abwickelt, definiert werden. Dabei umfasst sie nicht nur die Organisation der Beförderung, sondern kann weitere auf die Beförderung bezogene Dienstleistungen enthalten (so z.B. Umschlag, Verzollung, Lagerhaltung oder logistische Zusatzleistungen). Die Transportleistung kann per Eisenbahn, LKW, Flugzeug oder Schiff erfolgen. Der Spediteur ist meist nicht Besitzer von entsprechenden Transportmitteln und führt den Transport auch nicht selbst durch, sondern kauft Kapazitäten bei Drittparteien ein.²⁹

88. Diese Definition von Speditionsdienstleistungen deckt sich weitestgehend mit jener der Europäischen Kommission aus vergangener Praxis, in welcher sie diese Dienste als „the organisation of transportation of items (possibly including activities such as customs clearance, warehousing, ground services etc.) on behalf of customers according to their needs“ definierte. Die Kommission hat dabei den Markt in inländische und grenzüberschreitende Speditionsdienstleistungen sowie nach Speditionsdienstleistungen über den Luft-, den Land- und den Seeverkehr weiter gegliedert.³⁰

89. Im Bereich der Speditionsdienste sei die HSDG nicht aktiv, sondern beziehe diese Dienstleistungen von Dritten. Die Maersk Group würde via ihre Tochtergesellschaft Damco sowohl Luft- wie auch Seespeditionsdienstleistungen in einer Reihe von Ländern anbieten. Ihre Tätigkeiten in diesem Bereich seien jedoch sehr limitiert.

90. Im vorliegenden Fall erwog die Europäische Kommission insgesamt, dass es nicht nötig sei, eine genaue Marktdefinition des relevanten Produktemarktes vorzunehmen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevanten Marktes/Märkte im Bereich der Speditionsdienste keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.³¹

²⁵ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 24.

²⁶ DWT steht für „deadweight tons“, eine Masseinheit für die Transportkapazität von Schiffen.

²⁷ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 212 ff.

²⁸ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 27.

²⁹ Vgl. RPW 2013/2, 183 Rz 201 ff., *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*.

³⁰ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 38 m.w.H.

³¹ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 40.

91. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden. Wie wie in Abschnitt B.4.2.4 nachfolgend gezeigt wird, liegen keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.1.5. Bereich Containerterminal-Dienste

92. Von den meldenden Unternehmen sei einzig die Maersk Group via ihre Tochtergesellschaft APMT (vgl. Rz 8) im Bereich der Containerterminal-Dienste tätig.

93. Containerterminal-Dienste sind der Linienschiffahrt vorgelagerte Dienste. In ihren früheren Entscheiden hat die Europäische Kommission festgehalten, dass der relevante Produktmarkt „Containerterminal-Dienste von Terminalbetreibern“, das Laden, Entladen, Aufbewahren sowie die landseitige Abfertigung („stevedoring“) für den Inlandtransport von in Containern geladenen Gütern beinhalte.³²

94. Die Europäische Kommission stellt mit Verweis auf ihre frühere Praxis sodann fest, dass sie für Containerterminal-Dienste für Hochsee-Container-Schiffe separierte Märkte, aufgeteilt in Verkehrsflüsse in das Hinterland und Transferflüsse (Schiff zu Schiff), abgegrenzt habe.³³

95. Im vorliegenden Fall hält die Europäische Kommission jedoch fest, dass es nicht nötig sei, eine genaue Marktdefinition des relevanten Produktmarktes vorzunehmen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevanten Marktes/Märkte im Bereich der Containerterminal-Dienste keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.³⁴

96. Diesen Feststellungen der Europäischen Kommission kann gefolgt und deren Befund geteilt werden. Wie in Abschnitt B.4.2.5 nachfolgend gezeigt wird, liegen keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.1.6. Bereich Inlandtransporte

97. Im Fall der Bereitstellung von Tür-zu-Tür-Transporten werden Inlandtransportdienste als Ergänzung zum Linienschiffahrtstransport notwendig. Inlandtransportdienste sind damit dem Linienschiffahrtstransport vor- bzw. nachgelagert.³⁵

98. Gemäss Meldung erbringt die Maersk Group Inlandtransporte über die APMT, welche durchwegs über sehr geringe Marktanteile verfüge. [...]

99. Werden Güter im Inland transportiert, stellt sich die Frage nach der Substituierbarkeit zwischen verschiedenen Verkehrsmitteln, insbesondere zwischen dem Transport auf der Schiene und auf der Strasse.

100. Gemäss Praxis geht die WEKO im Bereich Gütertransport auf der Schiene von einer Definition der sachlich relevanten Märkte anhand von Verkehrszweigen (Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene; Ganzzü-

ge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene; Kombi-nierter Verkehr auf der Schiene) und Verkehrsarten bzw. Hauptrelationen (Binnenverkehr; Import/Exportverkehr; Transitverkehr) aus.³⁶ Marktgegenseite ist die verladene Wirtschaft. In ihrer jüngsten Praxis verneint die WEKO die Substituierbarkeit von Strasse und Schiene.³⁷

101. Die Europäische Kommission hat in ihrer Entscheidungspraxis nach Verkehrsmitteln separierte Märkte in Betracht gezogen, schlussendlich aber die exakte Marktabgrenzung offengelassen.³⁸ Dieser Marktabgrenzung (vorliegend auch nach LKWs und Schienenverkehr separierend) und Einschätzung folgte die Europäische Kommission auch im vorliegenden Fall.³⁹

102. Letztendlich stellte die Europäische Kommission im vorliegenden Fall fest, dass es nicht nötig sei, eine genaue Marktdefinition des relevanten Produktmarktes vorzunehmen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevanten Marktes/Märkte im Bereich der Inlandtransporte keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden (vgl. dazu auch Abschnitt B.4.2.6).⁴⁰

103. Sowohl dieser Feststellung als auch der sachlichen Marktabgrenzung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden. Wie in Abschnitt B.4.2.6 nachfolgend gezeigt wird, liegen unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Inlandtransporte keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.1.7. Bereich Hafenschleppdienste

104. Gemäss Europäischer Kommission würden Hafenschleppdienste für grosse Schiffe benötigt (Containerschiffe, Frachtschiffe, Kreuzfahrtschiffe etc.). Diese Dienste würden das präzise Manövrieren, die Positionierungshilfe, das sichere An- und Ablegen und das sichere Passieren von engen Einfahrten umfassen. Insofern stünden Hafenschleppdienste vertikal zur Container-Linienschiffahrt in Beziehung.⁴¹

105. Die HSDG sei nicht im Bereich der Hafenschleppdienste tätig. Die Maersk Group würde via ihre Tochtergesellschaft Svitzer entsprechende Dienstleistungen erbringen.

³² Vgl. Case M.7908 vom 29. April 2016 – *CMA CGM / NOL*, Rz 16; COMP/M.7523 vom 29. Juni 2015 – *CMA CGM/ OPDR*, Rz 63 ff, m.w.H. und Meldung.

³³ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 29 m.w.H.

³⁴ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 32.

³⁵ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 33.

³⁶ Vgl. RPW 2008/4, 706 f. Rz 35 ff., *BLS AG/Railion Deutschland AG*; RPW 2013/4, 681 Rz 60, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

³⁷ Vgl. RPW 2013/4, 680 f. Rz 56 ff., *BLS AG/BLS Cargo AG*, m.w.H.

³⁸ Vgl. RPW 2013/4, 680 Rz 55, *BLS AG/BLS Cargo AG*, m.w.H.

³⁹ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 34 und 260 ff.

⁴⁰ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 36.

⁴¹ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 41.

106. Die Europäische Kommission habe in vergangenen Entscheiden die exakte sachliche Marktdefinition und damit auch eine weitere Untergliederung der Hafenschleppdienste (bspw. Hilfe beim Anlegen, Manövrieren etc.) offengelassen. Dazu hätten auch die meldenden Parteien keine Einwände gehabt.⁴²

107. Vorliegend wurden die Hafenschleppdienstleistungen im Entscheid der Europäischen Kommission auch nicht weiter aufgegliedert.⁴³ Diesem Vorgehen wird hier gefolgt.

108. Zudem stellte die Europäische Kommission im vorliegenden Fall fest, dass es nicht nötig sei, eine genaue Marktdefinition des relevanten Produktemarktes vorzunehmen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevanten Marktes/Märkte im Bereich der Hafenschleppdienste keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.⁴⁴

109. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden. Wie in Abschnitt B.4.2.7 nachfolgend gezeigt wird, liegen unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Hafenschleppdienste keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.1.8. Bereich Containerherstellung

110. Container würden für Container-Linienschiffahrtsgesellschaften ein Vorprodukt darstellen und damit sei der Bereich der Containerherstellung jenem der Container-Linienschiffahrt vorgelagert.⁴⁵

111. Von den Zusammenschlussparteien ist nur die Maersk Group mit ihrem Tochterunternehmen MCI im Bereich der Containerherstellung tätig (vgl. Rz 8).

112. Die Europäische Kommission hält in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben fest, dass sie es in früheren Entscheiden offengelassen habe, ob der Bereich der Containerherstellung in Märkte nach Containertyp gegliedert werden solle (Standard-Trockenfracht, Spezial-Trockenfracht, Tanks und gekühlte Fracht).⁴⁶ Die meldenden Parteien sind der Meinung, dass ein Markt für Containerherstellung, der alle Containertypen umfasse, zu definieren sei.

113. In ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben grenzt die Europäische Kommission die Märkte im Bereich der Containerherstellung sachlich nach Standard-Trockenfracht, Spezial-Trockenfracht, Tanks und gekühlter Fracht ab.⁴⁷

114. Dieser sachlichen Marktabgrenzung wird auch vorliegend gefolgt.

115. Letztlich stellte die Europäische Kommission im vorliegenden Fall aber fest, dass es nicht nötig sei, eine genaue Marktdefinition des relevanten Produktemarktes vorzunehmen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevanten Marktes/Märkte im Bereich der Containerherstellung keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammen-

schlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.⁴⁸

116. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden; wie in Abschnitt B.4.2.8 nachfolgend gezeigt wird, liegen unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Containerherstellung keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.1.2.1. Bereich Hochsee-Container-Linienschiffahrtsdienste

118. Im Einklang mit dem Entscheid der Europäischen Kommission zum vorliegenden Zusammenschlussverfahren bringen die Parteien vor, dass der Bereich Hochsee-Container-Linienschiffahrtsdienste individuelle Handelsrouten umfasse, welche durch die Häfen, welche an beiden Enden der Handelsroute bedient würden, definiert werde.

119. Die beteiligten Unternehmen sind der Ansicht, dass es für den Zweck des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht nötig sei, eine exakte geografische Abgrenzung vorzunehmen, zumal unabhängig von der präzisen Marktdefinition keine Wettbewerbsbedenken aufkommen würden.

120. Im Entscheid der Europäischen Kommission zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kommt diese aufgrund von ihrer Marktbefragung zum Schluss, dass die Handelsrouten im Bereich der Hochsee-Container-Linienschiffahrtsdienste nach Handelsrichtungen gegliedert werden sollen.⁴⁹

121. Als relevante Handelsrichtungen werden jene von und nach Nordeuropa (nachfolgend: NE) und jene von und zum Mittelmeerraum (nachfolgend: MED) zu nicht-europäischen Gebieten und zurück betrachtet.⁵⁰

122. Die beteiligten Unternehmen sind der Ansicht, dass NE und MED als einziger geografischer Markt betrachtet werden sollten, da Dienstleistungen, welche an nordeuropäischen Häfen typischerweise erbracht werden, auch an Mittelmeerhäfen erbracht würden.

⁴² Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 42 m.w.H.

⁴³ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 236 ff.

⁴⁴ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 44.

⁴⁵ Vgl. Meldung, und COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 45.

⁴⁶ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 46 m.w.H.

⁴⁷ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 254 ff.

⁴⁸ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 48.

⁴⁹ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 16.

⁵⁰ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 17 m.w.H.

123. Es ist allerdings fraglich, ob die Dienstleistungen von und nach bzw. zum NE bzw. MED aus Sicht des Nachfragers tatsächlich substituierbar sind. Im Sinne einer engst möglichen Abgrenzung wird daher im Folgenden davon ausgegangen, ein Nachfrager eine Route bewusst von NE oder MED nachfragt.

124. Die Destinationen des europäischen Handels, welche für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens relevant seien, bzw. im Tätigkeitsgebiet der beteiligten Unternehmen liegen würden, seien die folgenden:⁵¹

- Nordamerika (inklusive Kanada, USA [einschliesslich der Golfküste] und Mexiko): NAM;
- Ostküste Südamerika: ECSA;
- Westküste Südamerika: WCSA;
- Zentralamerika und Karibik: CAM/CAR;
- Ostasien: FEA;
- Indischer Subkontinent: ISC;
- Mittlerer Osten: MEA;
- Australien/Neuseeland (Ozeanien): OCE;
- Südafrika: SAF.

125. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben werden analog zum Entscheid der Europäischen Kommission vom 10. April 2017 die folgenden 36 räumlichen Märkte nach Handelsrouten in beide Richtungen abgegrenzt:⁵²

- NE – NAM und MED – NAM
- NE – CAM/CAR und MED – CAM/CAR
- NE – WCSA und MED – WCSA
- NE – ECSA und MED – ECSA
- NE – FEA und MED – FEA
- NE – ISC und MED – ISC
- NE – MEA und MED – MEA
- NE – OCE und MED – OCE
- NE – SAF und MED – SAF.

B.4.1.2.2. Bereich Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt

126. Die Europäische Kommission folgt in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben dem Vorschlag der beteiligten Unternehmen, den Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt im Rahmen der engst möglichen Abgrenzung in folgende Handelsrouten zu segmentieren:⁵³

- NE – Nordöstliches Mittelmeer: NEM;
- NE – Südöstliches Mittelmeer: SEM;
- NE – Westliches Mittelmeer: WME;
- Inneröstliches Mittelmeer: EME;
- Inner-Mittelmeer; und
- Innerwestliches Mittelmeer.

127. Eine weitere Segmentierung nach Handelsrichtungen wurde von der Europäischen Kommission im Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben zwar ebenfalls in Erwägung gezogen, schliesslich wurde diese Frage aber offen gelassen.⁵⁴ Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird daher auf eine Differenzierung nach Handelsrichtungen verzichtet.

128. Diese Gliederung stimme mit den Dienstleistungen der 100%-Tochtergesellschaft der SeaGo Line A/S (nachfolgend: SeaGo) der Maersk Line überein. Mit der SeaGo sei die Maersk Line im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt innerhalb des EWR tätig. SeaGo biete vorwiegend Hafen-zu-Hafen-Lieferdienste an. In beschränktem Ausmass biete sie auch Tür-zu-Tür-Lieferdienste an.⁵⁵

129. Die HSDG biete grossmehrheitlich Hochsee-Container-Linienschiffahrtsdienste an und besitze keine eigene zur SeaGo vergleichbare Tochtergesellschaft, die im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrtsdienste tätig sei. Die kürzeste Strecke mit Europabezug, auf welcher die HSDG tätig sei, sei eine zwischen Nordeuropa und dem östlichen Mittelmeer (vorwiegend Ägypten, Israel, Libanon, Syrien und Türkei). HSDG sei ein [...] Wettbewerber im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt und biete im Wesentlichen nur [...] Intra-EWR-Dienstleistungen an.

130. In ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben stellt die Europäische Kommission fest, dass die exakte Definition des räumlich relevanten Marktes schlussendlich offengelassen werden könne, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevanten Marktes/Märkte im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrtsdienste keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.⁵⁶

131. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden. Wie in Abschnitt B.4.2.2 nachfolgend gezeigt wird, liegen unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrtsdienste keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

⁵¹ Vgl. Meldung und COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 17.

⁵² Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 15 ff.

⁵³ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 21 und Meldung.

⁵⁴ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 20; vgl. ferner COMP/M.7523 vom 29. Juni 2015 – CMA CGM/ OPDR, Rz 53 ff.

⁵⁵ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 196.

⁵⁶ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 22 m.w.H.

B.4.1.2.3. Bereich Produktentanker/Trampdienste

132. Hinsichtlich der geografischen Gliederung des Bereichs für Produktentanker/Trampdienste verweisen die beteiligten Unternehmen in ihrer Meldung auf die beiden von der WEKO beurteilten Zusammenschlussvorhaben *Morgan Stanley/SPI/Heidmar* und *Torm/Projektor S.A.* Dabei hielt die WEKO fest, dass Öltankertransporte von jedem beliebigen Ausgangspunkt und Lieferort auf der ganzen Welt angeboten und nachgefragt würden. Entsprechend wurde von weltweiten Märkten ausgegangen.⁵⁷

133. Die Europäische Kommission grenzte in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben die Märkte sowohl weltweit als auch regional (westliche bzw. östliche Suez-Region) ab.⁵⁸ Dieser räumlichen Marktabgrenzung wird auch vorliegend gefolgt.

134. Letztendlich lässt die Europäische Kommission jedoch die definitive räumliche Marktabgrenzung für den vorliegenden Fall offen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Produktentanker/Trampdienste keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.⁵⁹

135. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden. Wie in Abschnitt B.4.2.3 nachfolgend gezeigt wird, liegen unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Produktentanker/Trampdienste keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.2.4. Bereich Speditionsdienste

136. In ihrem Entscheid in Sachen *Abreden im Speditionsbereich* hielt die WEKO gestützt auf die Praxis der Europäischen Kommission fest, dass der geografische Markt im Bereich der Spedition national oder allenfalls auch grösser als national (z.B. europaweit) abzugrenzen sei.⁶⁰

137. Gestützt auf ihre bisherige Praxis hielt auch die Europäische Kommission in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben fest, dass im Bereich der Spedition zumindest von nationalen Märkten auszugehen sei.⁶¹ Dieser räumlichen Marktabgrenzung wird auch vorliegend gefolgt.

138. Im vorliegenden Fall erwog die Europäische Kommission jedoch, dass es nicht nötig sei, eine genaue Marktdefinition des räumlich relevanten Marktes vorzunehmen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevanten Marktes/Märkte im Bereich der Speditionsdienste keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.⁶²

139. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden; wie in Abschnitt B.4.2.4 nachfolgend gezeigt wird, liegen unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Mark-

tes/Märkte im Bereich der Speditionsdienste keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.2.5. Bereich Containerterminal-Dienste

140. Hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung im Bereich der Containerterminal-Dienste vertreten die Parteien die Ansicht, dass dieser nicht enger als regional abgegrenzt werden sollte. Eine Marktdefinition basierend auf nationalen Häfen oder bestimmten Anzahl an Häfen wäre künstlich und würde der Natur des Container-Linienschiffahrtgeschäfts und den Verkehrsströmen nicht Rechnung tragen. Vielmehr stimme eine regionale Marktdefinition mit dem Ansatz der Europäischen Kommission zur Marktdefinition des nachgelagerten Container-Linienschiffahrtbereichs überein.

141. Die Europäische Kommission referenziert in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ihre frühere Praxis. Im Bereich der Containerterminaldienste für Hochseeschiffe sei der räumliche Markt im Wesentlichen durch die „catchment area“ gegeben, also durch den Einzugsbereich der Hochseeschiffe.⁶³

142. Betrachtet hat die Europäische Kommission im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sowohl regionale als auch nationale Märkte.⁶⁴ Dieser Abgrenzung wird hier auch gefolgt.

143. Letztendlich erwog die Europäische Kommission jedoch, dass es nicht nötig sei, eine genaue Marktdefinition des relevanten räumlichen Marktes vorzunehmen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevanten Marktes/Märkte im Bereich der Containerterminal-Dienste keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.⁶⁵

144. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden. Wie in Abschnitt B.4.2.5 nachfolgend gezeigt wird, liegen unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Speditionsdienste keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

⁵⁷ Vgl. RPW 2008/2, 340 Rz 26, *Morgan Stanley/SPI/Heidmar* und RPW 2008/2, 282 Rz 33, *Torm/Projektor S.A.*

⁵⁸ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 26 und 214 ff.

⁵⁹ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 27.

⁶⁰ Vgl. RPW 2013/2, 184 Rz 201 ff., *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*.

⁶¹ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 39 m.w.H.

⁶² Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 40.

⁶³ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 30 m.w.H.

⁶⁴ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 221 ff.

⁶⁵ Vgl. COMP/M. 8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, Rz 32.

B.4.1.2.6. Bereich Inlandtransporte

145. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO für Dienstleistungen im Güterverkehr das Gebiet der Schweiz als relevant erachtet.⁶⁶

146. Die Europäische Kommission betrachtete in ihrer vergangenen Entscheidungspraxis für den Bereich der Inlandtransportdienste nationale oder weiter gefasste Märkte. Mit dieser Praxis seien die Parteien einverstanden.⁶⁷

147. Vorliegend erwog die Europäische Kommission eine nationale Marktangrenzung, der an dieser Stelle ebenfalls gefolgt wird.⁶⁸

148. Die Europäische Kommission stellte schlussendlich fest, dass es nicht nötig sei, eine genaue Marktdefinition des räumlich relevanten Marktes vorzunehmen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Inlandtransporte keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden (vgl. dazu auch Abschnitt B.4.2.6).⁶⁹

149. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann gefolgt werden. Wie in Abschnitt B.4.2.6 nachfolgend gezeigt wird, liegen unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevante/n Marktes/Märkte im Bereich der Inlandtransporte keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.2.7. Bereich Hafenschleppdienste

150. In ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben zieht die Europäische Kommission ihre vergangene Praxis in Betracht. Die engste geografische Abgrenzung habe sich dabei auf eine Gliederung nach einzelnen Häfen beschränkt.⁷⁰

151. Im vorliegenden Entscheid betrachtete die Europäische Kommission dagegen lediglich national abgegrenzte Märkte.⁷¹ Diesem Vorgehen wird hier gefolgt.

152. Letztlich stellte die Europäische Kommission im vorliegenden Fall jedoch fest, dass es nicht nötig sei, eine genaue Marktdefinition des räumlich relevanten Marktes vorzunehmen, da unter jeder plausiblen Definition des/der sachlich und geografisch relevanten Marktes/Märkte im Bereich der Inlandtransporte keine seriösen Zweifel an der Kompatibilität des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt aufkommen würden.⁷²

153. Dieser Feststellung der Europäischen Kommission kann im Ergebnis gefolgt werden; wie in Abschnitt B.4.2.7 nachfolgend gezeigt wird, liegen im Bereich der Hafenschleppdienste keine betroffenen Märkte vor, auf welchen sich Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.2.8. Bereich Containerherstellung

154. In Übereinstimmung mit der Praxis der Europäischen Kommission⁷³ würden die Parteien den Bereich der Containerherstellung global abgrenzen. Die Kunden der Containerhersteller seien grosse Transportunternehmen, welche Container weltweit bestellen würden und nicht spezifisch für bestimmte Handelsrouten. Der Herstellungsprozess für Kühl- und Trockencontainer sei auf der ganzen Welt derselbe. So produziere die MCI beispielsweise alle Container in China und Chile und beliefe die Maersk Line sowie Drittkunden weltweit von diesen Standorten aus. Alle anderen Hersteller hätten ihren Sitz in China.

155. Im Entscheid der Europäischen Kommission zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben hielt diese fest, dass es vorliegend keinen Grund gebe, von ihrer Praxis der globalen Abgrenzung des Bereichs der Containerherstellung abzuweichen und auch die meldenden Parteien diese Ansicht teilten.⁷⁴

156. Vorliegend wird der Bereich der Containerherstellung ebenfalls global abgegrenzt.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

B.4.2.1 Bereich Hochsee-Container-Linienschiffahrtsdienste

B.4.2.1.1. Generelle Bemerkungen zu den Märkten für Hochsee-Container-Linienschiffahrtsdiensten

158. In ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben stellt die Europäische Kommission fest, dass die Container-Linienschiffahrtsindustrie trotz einer jüngeren Konsolidierungswelle noch immer ziemlich fragmentiert sei. So hätten sogar die grössten

⁶⁶ Vgl. RPW 2008/4, 710 Rz 72 ff., BLS AG/Railion Deutschland AG; RPW 2013/4, 679 Rz 53, BLS AG/BLS Cargo AG.

⁶⁷ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 35 m.w.H.

⁶⁸ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 260 ff.

⁶⁹ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 36.

⁷⁰ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 43 m.w.H.

⁷¹ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 236 ff.

⁷² Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 44.

⁷³ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 47 m.w.H.

⁷⁴ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 47 m.w.H.

Transportunternehmen wie die Maersk Line, die MSC, die CMA CGM, die COSCO und die Hapag-Lloyd einen individuellen Marktanteil von nicht mehr als [10-20] % der weltweiten Flottenkapazität und weniger als [50-60] % zusammen. Für einzelne Handelsrouten könnten diese Anteile allerdings substantiell höher sein.⁷⁵

B.4.2.1.2. Vorbemerkungen zu den Marktanteilspositionen

159. Gestützt auf die Gruppenfreistellungsverordnung für Schifffahrtskonsortien⁷⁶ und in Übereinstimmung mit ihrer vergangenen Praxis, hat die Europäische Kommission in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht nur die individuellen Marktanteile berücksichtigt, sondern auch eine Beurteilung unter Berücksichtigung der aggregierten Marktanteile der Konsortien, in welchen die Parteien Mitglieder sind, vorgenommen.

160. In diesem Zusammenhang hielt die Europäische Kommission fest, dass Schifffahrtsunternehmen ihre Dienstleistungen entweder individuell, d.h. mittels unabhängiger Dienstleistungen, durch sogenannte „vessel sharing agreements“ (nachfolgend: VSA) oder Allianzen (gemeinsam als Konsortien bezeichnet), oder durch sogenannte „slot charter agreements“⁷⁷ (nachfolgend: SCA) anbieten würden.⁷⁸

161. Im Falle von VSA würden alle VSA-Parteien einige Schiffe zur Bereitstellung von gemeinsamen Dienstleistungen zur Verfügung stellen und als Gegenleistung eine bestimmte Anzahl an slots (Raum- oder Gewichtsallokationen) über alle in das VSA eingebrachten Schiffe verteilt erhalten.⁷⁹

162. Die Schifffahrtsunternehmen hätten kein Anrecht auf Kompensation, falls sie die slots nicht nutzen würden. Deshalb würden diese einen starken Anreiz haben, die slots zu einem kompetitiven Preis an ihre individuellen Kunden anzubieten.⁸⁰

163. Die Kosten der Schifffahrtsleistungen selbst würden durch die jeweiligen Bereitsteller der Schiffe getragen. Es gebe keine Kostenaufteilung oder keine Gespräche hinsichtlich der Aufteilung der tatsächlich realisierten Kosten zwischen den Teilnehmern in den einzelnen VSA.⁸¹

164. Da jede VSA-Partei Schiffskapazität beisteure, würden die Fahrpläne gemeinsam bestimmt. Ebenso würden Hafenterminals gemeinsam ausgewählt, wenngleich jede VSA-Partei typischerweise separate Verträge mit den Betreibern der Hafenterminals habe.⁸²

165. Nebst diesen Aktivitäten würden keine weiteren Kooperationen zwischen den VSA-Parteien stattfinden; so würden die meisten der VSA auch festhalten, dass keine Preiskoordinierung, kein gemeinsames Marketing, keine Aufteilung der Erträge und typischerweise keine gemeinsame Einkäufe stattfinden dürften.⁸³

166. Konsortien, in welchen auch die beteiligten Unternehmen Mitglied sind, umfassen mehrere Handelsrouten und eine Matrix an VSA.⁸⁴

167. Im Gegensatz zu VSA bzw. Konsortien würden SCA keine Kooperationen darstellen sondern vielmehr Handels- bzw. Tauschvereinbarungen von slots.⁸⁵

168. Die Europäische Kommission gelangte in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben zum Schluss, dass die Marktanteile der Zusammenschlussparteien unter Berücksichtigung der Konsortien zum Teil erheblich höher ausfallen würden, als aufgrund der Addition der individuellen Marktanteile der Parteien. Dies betreffe die Routen NE – CAM/CAR, NE – WCSA, NE – MEA, MED – WCSA und MED – ECSA.⁸⁶ Um die daraus resultierenden Zweifel der Europäischen Kommission an der Zulässigkeit des Zusammenschlussvorhabens auszuräumen, machte die Maersk Line Verpflichtungszusagen, die im Wesentlichen beinhalten, dass HSDG aus insgesamt vier Konsortien austreten werde.⁸⁷ Dadurch könne verhindert werden, dass zwischen der bisher unabhängigen Maersk Line und den Konsortialpartnern von HSDG auf den genannten Strecken eine Verbindung entstehe.⁸⁸

169. Die Parteien machen in diesem Zusammenhang geltend, dass das Zusammenschlussvorhaben von der WEKO einzig aufgrund der individuellen Marktanteilspositionen der beteiligten Unternehmen zu beurteilen sei. Dies mit der Begründung, dass zwischen den Konsortialmitgliedern ein effektiver Wettbewerb (insbesondere bezüglich des Preises und des Kundenservices) bestehe und dass es für die wichtigsten Wettbewerbsparameter keine Transparenz gäbe. Schliesslich spiele die Mitgliedschaft in einem Konsortium bei der Wahl der Kunden auch keine grosse Rolle. Jedes Unternehmen bleibe gegenüber den Kunden unabhängig und bietet entsprechend unabhängig Preise, Konditionen, Kundenservice, Marketing etc. an. Oft würden Kunden bei verschiedenen Unternehmen aus demselben Konsortium Offerten einholen. Der Preis sei oft ausschlaggebend und meist auch der einzige relevante Parameter für den Entscheid des Kunden betreffend die Wahl des Unternehmens. Die Konsortialmitglieder seien bei ihrer Preisgestaltung absolut frei. Dies zeige deutlich, dass Konsortialmitglieder erheblichen Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben würden. Der Wettbewerb im Zusammenhang mit Container-Linienschifffahrdienstleistungen müsse in diesem Licht betrachtet werden, weshalb die Marktanteilsberechnungsmethode nach Konsortien nicht als gerechtfertigt erscheine. Eine Betrachtung der individuellen Marktanteile sei auch deshalb vorzunehmen, weil die Maersk

⁷⁵ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 49 m.w.H.

⁷⁶ Verordnung der Kommission (EG) Nr. 906/2009 vom 28. September 2009 über die Anwendung des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschifffahrtsunternehmen (Konsortien), OJ (2009) L 256/31.

⁷⁷ Verträge zwischen Partnern, die eine definierte Allokation (Raum oder Gewicht) zu einem abgemachten Preis und für eine minimale Zeitperiode kaufen bzw. verkaufen (vgl. <https://www.cma-cgm.com/help/glossary/S>, zuletzt besucht am 3. August 2017).

⁷⁸ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 51.

⁷⁹ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 52.

⁸⁰ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 53.

⁸¹ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 52.

⁸² Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 52.

⁸³ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 52.

⁸⁴ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 53.

⁸⁵ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 54.

⁸⁶ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 76, 89, 103, 115 und 126.

⁸⁷ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 272.

⁸⁸ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 273.

Line gegenüber der Europäischen Kommission die genannten Verpflichtungszusagen (vgl. oben Rz 168) abgegeben habe und als Resultat das kombinierte Unternehmen auf den relevanten Europa-Südamerika-Handelsrouten nur noch unabhängig, d.h. ausserhalb eines Konsortiums Dienstleistungen anbieten werde.

170. Das schweizerische Recht kennt keine zur Gruppenfreistellungsverordnung für Schifffahrtskonsortien analogen Bestimmungen. Vereinbarungen, wie sie Konsortien darstellen, und die von ihnen ausgehenden wettbewerblichen Auswirkungen sind insofern wettbewerbsrechtlich einzig nach dem KG zu beurteilen.

171. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist gestützt auf die Ausführungen der Parteien von effektivem Wettbewerb zwischen den Konsortialmitgliedern auszugehen. Allfällige Wettbewerbsabreden zwischen Konsortialmitgliedern wären demgegenüber alleine gestützt auf Art. 5 KG zu beurteilen und sind nicht Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens. Daraus erhellt, dass vorliegend einzig eine Beurteilung gestützt auf die individuellen Marktanteile der Zusammenschlussparteien vorgenommen werden kann und eine Konsortialbetrachtung ausser Acht bleibt.

B.4.2.1.3. Eruiierung der betroffenen Märkte anhand aktueller Marktanteile

172. Die beteiligten Unternehmen machen geltend, dass im Lichte der von der Maersk Group eingegangenen Verpflichtungen gegenüber der Europäischen Kommission, jegliche potenziellen Wettbewerbsbedenken im Bereich der Container-Linienschifffahrtsdienste eliminiert worden seien.

173. Zudem bringen die beteiligten Unternehmen vor, dass sie auf globaler Ebene einen gemeinsamen Marktanteil von ca. 18 % hätten, wobei jener der HSDG weniger als 3 % der globalen Kapazität ausmache und der grösste Teil der Schiffe der Parteien gechartert sei (63 % im Fall der HSDG) und damit nicht in ihrem Eigentum stehe.

174. Auf der Ebene der Handelsrouten sei der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen meist unter [30-40] %. Auf 13 der 17 Handelsrouten mit Bezug zur Europäischen Union (nachfolgend: EU), auf welchen sich die Tätigkeiten der Parteien überschneiden, weise die HSDG einen Marktanteil von weniger als [0-10] % auf, manchmal [...] %.

175. Die beteiligten Unternehmen machen ferner geltend, dass die relevanten Handelsrouten keinen geografischen Bezug zur Schweiz aufweisen würden. Zudem seien die Volumen der transportierten Container in und von der Schweiz auf diesen Routen sehr gering. So weisen die Maersk Line und HSDG für das Jahr 2015 im NE-Handel ein kombiniertes Exportvolumen an Containern mit Ursprung aus der Schweiz von [...] Euro (Maersk Line: [...] Euro, HSDG: [...] Euro) auf und ein kombiniertes Importvolumen mit Destination Schweiz von [...] Euro (Maersk Line: [...] Euro, HSDG: [...] Euro). Das gesamte Exportvolumen an Containern mit Ursprung aus der Schweiz habe für das Jahr 2015 [...] Euro betragen, während das gesamte Importvolumen an Containern mit Destination Schweiz [...] Euro ausgemacht

habe. Im MED-Handel habe im Jahr 2015 das kombinierte Exportvolumen an Containern mit Ursprung aus der Schweiz [...] Euro (Maersk Line: [...] Euro, HSDG: [...] Euro) und das kombinierte Importvolumen [...] Euro (Maersk Line) betragen. Das entsprechende totale Exportvolumen an Containern habe [...] Euro und das gesamte Importvolumen [...] Euro betragen.

176. Vorliegend ist jedoch nicht der geografische Bezug einer Handelsroute zur Schweiz relevant, sondern ob eine Dienstleistung auf einer bestimmten Handelsroute auf eine Nachfrage aus der Schweiz trifft und sich damit der Wettbewerb auf dieser Handelsroute auf die Schweiz auswirkt.

177. Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf den Handelsrouten mit Bezug zur EU sind nachfolgend aufgelistet. Sie basieren gemäss Meldung auf der Statistik des Unternehmens Container Trades Statistics Ltd.⁸⁹ (nachfolgend: CTS), welche auf der Grundlage der jeweiligen Volumen der 20 wichtigsten Unternehmen in der Containerschifffahrt erstellt worden sei. Die Darstellung der Zahlen basiere auf den Zahlen für das Jahr 2015, wie sie auch die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben zugrunde gelegt habe. CTS publiziere bisher auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen keine neueren Daten.

178. Dazu führen die Parteien weiter aus, dass neuere Marktanteilsdaten auf der Basis von CTS zum Jahr 2016 bisher nicht verfügbar seien. Die Maersk Line schätze, dass die Marktanteile im Jahr 2016 nicht wesentlich von den Zahlen zu 2015 abweichen würden. Die Marktanteile von Wettbewerbern hätten sich wegen anderen, vollzogenen Zusammenschlüssen (NOL/APL mit CMA CGM im Jahr 2016; Hapag-Lloyd und UASC im Jahr 2017) leicht verändert. Dies treffe nicht auf die Parteien zu. So hätten weder die Maersk Line noch die HSDG im Jahr 2016 in der Containerschifffahrt aktive Unternehmen erworben.

179. Infolgedessen, werden nachfolgend die Marktanteile auf Grundlage der Zahlen von CTS zu Handelsvolumina (gemessen in TEU⁹⁰) für das Jahr 2015 in den relevanten Märkten betrachtet. Letztere orientieren sich an Handelsrouten, gegliedert in Richtungen und Frachtyp. Als Frachtypen werden (i) Trockentransporte bzw. Fracht in nicht-gekühlten Containern, (ii) Fracht in gekühlten Containern oder auf gekühlten Schiffen (Kühltransporte) sowie (iii) Fracht (nur) in gekühlten Containern qualifiziert (vgl. Rz 62 f.).

180. Betreffend die Handelsroute NE – SAF führen die Parteien aus, dass sich ihre Dienste auf dieser Route zwar formal überlappen würden, die Aktivitäten der HSDG auf dieser Handelsroute jedoch mit einem Volumen von [...] TEU im Jahr 2015 unbedeutend seien. Dies entspräche einem Marktanteil von [0-10] %. Entsprechend sei diese Handelsroute auch im Meldeformular der Europäischen Kommission nicht weiter erläutert. Basierend auf individuellen Marktanteilsdaten wurde die Handelsroute NE – SAF auch von der Europäischen

⁸⁹ <https://www.containerstatistics.com/#/>, zuletzt besucht am 3. August 2017.

⁹⁰ TEU steht für "twenty-foot equivalent unit".

Kommission im Entscheid zum vorliegenden Zusammenschluss nicht als betroffen erwähnt.⁹¹ Demzufolge kann davon ausgegangen werden, dass der gemeinsame Marktanteil die 20 %-Schwelle nicht überschreitet.

Handelsroute	Handel nordwärts: ML Anteil (%)	Handel nordwärts: HSDG Anteil (%)	Handel nordwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition	Handel südwärts: ML Anteil (%)	Handel südwärts: HSDG Anteil (%)	Handel südwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition
NE – CAM/CAR	[20-30] %	[20-30] %	[50-60] %	ja	ja	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja
NE – WCSA	[20-30] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja	[10-20] %	[20-30] %	[30-40] %	ja	ja
NE – ECSA	[10-20] %	[20-30] %	[40-50] %	ja	ja	[10-20] %	[20-30] %	[40-50] %	ja	ja
NE – OCE	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja
MED – CAM/CAR	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
MED – WCSA	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja
MED – ECSA	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja	[20-30] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja
MED – OCE	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
MED – SAF	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja

Tabelle 2: Marktanteile nach Handelsrouten und Handelsrichtungen; Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert (im Jahr 2015).

Handelsroute	Handel nordwärts: ML Anteil (%)	Handel nordwärts: HSDG Anteil (%)	Handel nordwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition	Handel südwärts: ML Anteil (%)	Handel südwärts: HSDG Anteil (%)	Handel südwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition
NE – CAM/CAR	[30-40] %	[20-30] %	[60-70] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja
NE – WCSA	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %	ja	ja	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja
NE – ECSA	[20-30] %	[20-30] %	[40-50] %	ja	ja	[20-30] %	[20-30] %	[50-60] %	ja	ja
NE – OCE	[40-50] %	[0-10] %	[50-60] %	ja	ja	[30-40] %	[10-20] %	[40-50] %	ja	ja
MED – CAM/CAR	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja	[0-10] %	[10-20] %	[20-30] %	ja	ja
MED – WCSA	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	ja	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja
MED – ECSA	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %	ja	ja	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %	ja	ja
MED – OCE	[60-70] %	[0-10] %	[60-70] %	ja	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
MED – SAF	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	ja	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	keine

Tabelle 3: Marktanteile nach Handelsrouten und Handelsrichtungen; gekühlte Container (im Jahr 2015).

Handelsroute	Handel nordwärts: ML Anteil (%)	Handel nordwärts: HSDG Anteil (%)	Handel nordwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition	Handel südwärts: ML Anteil (%)	Handel südwärts: HSDG Anteil (%)	Handel südwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition
NE – CAM/CAR	[10-20] %	[20-30] %	[30-40] %	ja	ja	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja
NE – WCSA	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	ja	ja	[10-20] %	[20-30] %	[30-40] %	ja	ja
NE – ECSA	[10-20] %	[20-30] %	[30-40] %	ja	ja	[10-20] %	[30-40] %	[40-50] %	ja	ja
NE – OCE	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja
MED – CAM/CAR	[0-10] %	[10-20] %	[20-30] %	ja	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
MED – WCSA	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	ja	ja	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja
MED – ECSA	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja	[20-30] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja
MED – OCE	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
MED – SAF	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	keine	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja

Tabelle 4: Marktanteile nach Handelsrouten und Handelsrichtungen; Trockencontainer (im Jahr 2015).

⁹¹ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 72.

Handelsroute	Handel nordwärts: ML Anteil (%)	Handel nordwärts: HSDG Anteil (%)	Handel nordwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition	Handel südwärts: ML Anteil (%)	Handel südwärts: HSDG Anteil (%)	Handel südwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition
NE – CAM/CAR	[20-30] %	[20-30] %	[40-50] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
NE – WCSA	[20-30] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	ja	ja
NE – ECSA	[20-30] %	[20-30] %	[40-50] %	ja	ja	[20-30] %	[20-30] %	[40-50] %	ja	ja
NE – OCE	[40-50] %	[0-10] %	[50-60] %	ja	ja	[30-40] %	[10-20] %	[40-50] %	ja	ja
MED – CAM/CAR	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja	[0-10] %	[10-20] %	[20-30] %	ja	ja
MED – WCSA	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja
MED – ECSA	[20-30] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja	[20-30] %	[10-20] %	[30-40] %	ja	ja
MED – OCE	[60-70] %	[0-10] %	[60-70] %	ja	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
MED – SAF	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	ja	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	keine

Tabelle 5: Marktanteile nach Handelsrouten und Handelsrichtungen; Kühltransporte (gekühlte Container und gekühlte Schiffe; im Jahr 2015).

Handelsroute	Handel westwärts: ML Anteil (%)	Handel westwärts: HSDG Anteil (%)	Handel westwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition	Handel ostwärts: ML Anteil (%)	Handel ostwärts: HSDG Anteil (%)	Handel ostwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition
NE – FEA	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
NE – ISC	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
NE – MEA	[30-40] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
NE – NAM	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
MED – FEA	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
MED – ISC	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
MED – MEA	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	ja	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja
MED – NAM	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja

Tabelle 6: Marktanteile nach Handelsrouten und Handelsrichtungen; Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert (im Jahr 2015).

Handelsroute	Handel westwärts: ML Anteil (%)	Handel westwärts: HSDG Anteil (%)	Handel westwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition	Handel ostwärts: ML Anteil (%)	Handel ostwärts: HSDG Anteil (%)	Handel ostwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteilsaddition
NE – FEA	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
NE – ISC	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja
NE – MEA	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
NE – NAM	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
MED – FEA	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
MED – ISC	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
MED – MEA	[50-60] %	[0-10] %	[50-60] %	ja	ja	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja
MED – NAM	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja

Tabelle 7: Marktanteile nach Handelsrouten und Handelsrichtungen; gekühlte Container (im Jahr 2015).

Handelsroute	Handel westwärts: ML Anteil (%)	Handel westwärts: HSDG Anteil (%)	Handel westwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteils- addition	Handel ostwärts: ML Anteil (%)	Handel ostwärts: HSDG Anteil (%)	Handel ostwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteils- addition
NE – FEA	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
NE – ISC	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
NE – MEA	[30-40] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
NE – NAM	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
MED – FEA	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
MED – ISC	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja	ja
MED – MEA	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	ja	ja	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja
MED – NAM	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja

Tabelle 8: Marktanteile nach Handelsrouten und Handelsrichtungen; Trockencontainer (im Jahr 2015).

Handelsroute	Handel westwärts: ML Anteil (%)	Handel westwärts: HSDG Anteil (%)	Handel westwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteils- addition	Handel ostwärts: ML Anteil (%)	Handel ostwärts: HSDG Anteil (%)	Handel ostwärts: gemeinsamer Anteil (%)	Betroffen	Marktanteils- addition
NE – FEA	N.A.*	N.A.	-	-	-	N.A.	N.A.	-	-	-
NE – ISC	N.A.	N.A.	-	-	-	N.A.	N.A.	-	-	-
NE – MEA	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein	ja
NE – NAM	N.A.	N.A.	-	-	-	N.A.	N.A.	-	-	-
MED – FEA	N.A.	N.A.	-	-	-	N.A.	N.A.	-	-	-
MED – ISC	N.A.	N.A.	-	-	-	N.A.	N.A.	-	-	-
MED – MEA	[50-60] %	[0-10] %	[50-60] %	ja	ja	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja	ja
MED – NAM	N.A.	N.A.	-	-	-	N.A.	N.A.	-	-	-

Tabelle 9: Marktanteile nach Handelsrouten und Handelsrichtungen; Kühltransporte (gekühlte Container und gekühlte Schiffe; im Jahr 2015).

* N.A. steht für keine Angaben vorhanden.

181. Auf den Handelsrouten NE – FEA, NE – ISC, NE – NAM, MED – ISC, MED – FEA und MED – NAM liegt der Anteil der Transporte von Kühlcontainern in beide Richtungen im Jahr 2015 jeweils unter 10 % der gesamten Transporte, sodass auf diesen Routen auf eine Unterteilung nach Trocken- und Kühlcontainern und Kühltransporten verzichtet werden kann (vgl. oben Rz 60).⁹²

182. Damit liegen je Handelsroute folgende betroffenen Märkte vor:

- Nordeuropa – Zentralamerika/Karibik (NE – CAM/CAR)

Betroffen sind acht Märkte: Beide Richtungen nordwärts und südwärts, für alle Frachttypen (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert, gekühlte Container, Trockentransporte und Kühltransporte).

- Nordeuropa – Westküste Südamerika (NE – WCSA)

Betroffen sind acht Märkte: Beide Richtungen nordwärts und südwärts, für alle Frachttypen (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert, gekühlte Container, Trockentransporte und Kühltransporte).

- Nordeuropa – Ostküste Südamerika (NE – ECSA)
Betroffen sind acht Märkte: Beide Richtungen nordwärts und südwärts, für alle Frachttypen (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert, gekühlte Container, Trockentransporte und Kühltransporte).
- Nordeuropa – Ferner Osten (NE – FEA)
Betroffen sind zwei Märkte. In Richtung Westen: Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert. In Richtung Osten: Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert.
- Nordeuropa – Indischer Subkontinent (NE – ISC)
Betroffen sind zwei Märkte. In Richtung Westen: Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert. In Richtung Osten: Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert.
- Nordeuropa – Mittlerer Osten (NE – MEA)

⁹² Der Vollständigkeit halber werden die entsprechenden Marktanteile in den Marktanteilstabellen trotzdem ausgewiesen.

Betroffen sind sechs Märkte: Beide Richtungen westwärts und ostwärts, für die Frachttypen Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert und Trockentransporte. Für Kühlcontainer und Kühltransporte ist die Richtung westwärts betroffen.

- Nordeuropa – Australien/Neuseeland (NE – OCE)

Betroffen sind acht Märkte: Beide Richtungen nordwärts und südwärts, für alle Frachttypen (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert, gekühlte Container, Trockentransporte und Kühltransporte).

- Mittelmeer – Zentralamerika/Karibik (MED – CAM/CAR)

Betroffen sind fünf Märkte: Nordwärts für die Frachttypen Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert, Trockentransporte und gekühlte Container. Südwärts für die Frachttypen gekühlte Container und Kühltransporte.

- Mittelmeer – Westküste Südamerika (MED – WCSA)

Betroffen sind acht Märkte: Beide Richtungen nordwärts und südwärts, für alle Frachttypen (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert, gekühlte Container, Trockentransporte und Kühltransporte).

- Mittelmeer – Ostküste Südamerika (MED – ECSA)

Betroffen sind acht Märkte: Beide Richtungen nordwärts und südwärts, für alle Frachttypen (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert, gekühlte Container, Trockentransporte und Kühltransporte).

- Mittelmeer – Indischer Subkontinent (MED – ISC)

Betroffen sind zwei Märkte. In Richtung Westen: Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert. In Richtung Osten: Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert.

- Mittelmeer – Mittlerer Osten (MED – MEA)

Betroffen sind acht Märkte: Beide Richtungen ostwärts und westwärts, für alle Frachttypen (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert, gekühlte Container, Trockentransporte und Kühltransporte).

- Mittelmeer – Australien/Neuseeland (MED – OCE)

Betroffen sind vier Märkte: Richtung Norden, für alle Frachttypen (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert, gekühlte Container, Trockentransporte und Kühltransporte).

- Mittelmeer – Südafrika (MED – SAF)

Betroffen sind acht Märkte: Beide Richtungen nordwärts und südwärts, für alle Frachttypen (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert, gekühlte Container, Trockentransporte und Kühltransporte).

183. Nachfolgend werden die einzelnen Handelsrouten, auf welchen betroffene Märkte vorliegen, genauer betrachtet.

B.4.2.1.4. Handelsroute Nordeuropa – Zentralamerika/Karibik (NE – CAM/CAR)

Aktueller Wettbewerb

184. Auf der Handelsroute NE – CAM/CAR beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwischen [20-30] % (Kühltransporte südwärts) und [60-70] % (gekühlte Container nordwärts). Die Marktanteilsadditionen variieren dabei zwischen [0-10] % und [20-30] %.

185. Die drei wichtigsten Konkurrenten der beteiligten Unternehmen auf den Märkten dieser Handelsroute sind CMA CGM, Hapag-Lloyd und MSC. Auf dem Markt mit dem höchsten gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen ([60-70] % für gekühlte Container nordwärts) betragen die Marktanteile dieser Konkurrenten [20-30] %, [0-10] % bzw. [0-10] % und auf dem Markt mit den zweithöchsten gemeinsamen Marktanteilen ([50-60] % für Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert nordwärts) betragen sie [20-30] %, [10-20] % bzw. [0-10] %. Auch auf den übrigen Märkten ist von genügender aktueller Konkurrenz auszugehen. Zudem sind auf dieser Route Kühlschiffe unterwegs, welche ungefähr [20-30] % am Gesamtvolumen gekühlter Fracht auf der Nordroute und [0-10] % auf der Südroute transportieren.

186. Es ist davon auszugehen, dass insb. die Hapag-Lloyd und die CMA CGM sowie die MSC auf dieser Handelsroute weiterhin spürbaren Wettbewerbsdruck ausüben werden.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

187. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute NE – CAM/CAR Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.5. Handelsroute Nordeuropa – Westküste Südamerika (NE – WCSA)

Aktueller Wettbewerb

188. Auf der NE – WCSA beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwischen [20-30] % (Kühltransporte südwärts) und [40-50] % (gekühlte Container nordwärts). Die Marktanteilsadditionen variieren dabei zwischen [10-20] % und [20-30] %.

189. Die drei wichtigsten Konkurrenten der beteiligten Unternehmen auf den Märkten dieser Handelsroute sind MSC, Hapag-Lloyd und CMA CGM. Auf dem Markt mit dem höchsten gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen ([40-50] % für gekühlte Container nordwärts) betragen die Marktanteile der genannten Konkur-

renten [20-30] %, [10-20] % bzw. [0-10] % und auf dem Markt mit den zweithöchsten gemeinsamen Marktanteilen ([30-40] % für Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert nordwärts) betragen sie [20-30] %, [20-30] % bzw. [0-10] %. Auch auf den übrigen Märkten ist von genügender aktueller Konkurrenz auszugehen. Zudem sind auf dieser Route Kühlschiffe unterwegs, welche ungefähr [20-30] % am Gesamtvolumen gekühlter Fracht auf der Nordroute und [0-10] % auf der Südroute transportieren.

190. Es ist davon auszugehen, dass insb. die Hapag-Lloyd und die CMA CGM sowie die MSC auf dieser Handelsroute weiterhin spürbaren Wettbewerbsdruck ausüben werden.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

191. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute NE – WCSA Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.6. Handelsroute Nordeuropa – Ostküste Südamerika (NE – ECSA)

Aktueller Wettbewerb

192. Auf der Handelsroute NE – ECSA beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwischen [30-40] % (Trockentransporte nordwärts) und [50-60] % (gekühlte Container südwärts). Die Marktanteilsadditionen variieren dabei zwischen [10-20] % und [30-40] %.

193. Sowohl für den Transport von gekühlten Containern als auch für Trockentransporte werden nach dem Zusammenschluss weitere Anbieter auf den Märkten dieser Handelsroute tätig sein, darunter auch MSC, CMA CGM und Hapag-Lloyd. Deren gemeinsamer Marktanteil variiert für alle Märkte auf dieser Route um [40-50] %. Damit ist von genügender aktueller Konkurrenz auszugehen.

194. Zudem sind auf dieser Route Kühlschiffe unterwegs, welche ungefähr [0-10] % am Gesamtvolumen gekühlter Fracht auf der Nordroute und [0-10] % auf der Südroute transportieren.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

195. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute NE – ECSA Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.7. Handelsroute Nordeuropa – Australien/Neuseeland (NE – OCE)

Aktueller Wettbewerb

196. Auf der Handelsroute NE – OCE beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwischen [20-30] % (Trockentransporte nordwärts) und [50-60] % (gekühlte Container südwärts). Die Marktanteilsadditionen variieren dabei zwischen [0-10] % und [10-20] %.

197. Auf dieser Handelsroute sind keine gekühlten Schiffe unterwegs.

198. Sowohl für den Transport von gekühlten Containern als auch für Trockentransporte werden nach dem Zusammenschluss weitere Anbieter auf den Märkten dieser Handelsroute tätig sein, darunter auch MSC, CMA CGM und Hapag-Lloyd. Deren individuellen Marktanteile betragen jeweils zwischen [20-30] % und [0-10] %. Auf dem Markt mit dem höchsten gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen ([50-60] % für gekühlte Container nordwärts) betragen die Marktanteile der genannten Konkurrenten [10-20] %, [10-20] % bzw. [0-10] % und auf dem Markt mit den zweithöchsten gemeinsamen Marktanteilen ([40-50] % für gekühlte Container südwärts) betragen sie [10-20] %, [10-20] % bzw. [10-20] %. Auch auf den übrigen Märkten ist von genügender aktueller Konkurrenz auszugehen. Es ist zu erwarten, dass diese genügend spürbaren Wettbewerbsdruck auf das geplante Unternehmen ausüben werden.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

199. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute NE – OCE Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.8. Handelsroute Nordeuropa – Ferner Osten (NE – FEA)

Aktueller Wettbewerb

200. Auf der Handelsroute NE – FEA haben die beteiligten Unternehmen auf allen betroffenen Märkten einen gemeinsamen Marktanteil von jeweils unter [20-30] %. Die Marktanteilsadditionen durch den Zusammenschluss liegen zudem für alle betroffenen Märkte auf dieser Route unterhalb [0-10] % (wegen der limitierten Präsenz der HSDG).

201. Weitere Wettbewerber, darunter die CMA CGM, die Hapag-Lloyd und die Evergreen mit gemeinsamen Marktanteilen zwischen [20-30] % und [20-30] %, werden auch nach dem Zusammenschluss auf dieser Handelsroute aktiv sein.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

202. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute NE – FEA Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.9. Handelsroute Nordeuropa – Indischer Subkontinent (NE – ISC)

Aktueller Wettbewerb

203. Auf der Handelsroute NE – ISC beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwischen [20-30] % (Trockentransporte ostwärts und Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert ostwärts) und [30-40] % (gekühlte Container westwärts). Die Marktanteilsadditionen variieren dabei zwischen [0-10] % und [0-10] %.

204. Weitere Wettbewerber, darunter MSC, CMA CGM und Hapag-Lloyd mit kombinierten gemeinsamen Marktanteilen um die [40-50] % für alle Märkte auf dieser Route⁹³ werden auch nach dem Zusammenschluss auf dieser Handelsroute aktiv sein.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

205. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute NE – ISC Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.10. Handelsroute Nordeuropa – Mittlerer Osten (NE – MEA)

Aktueller Wettbewerb

206. Auf der NE – MEA beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwischen [20-30] % (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert ostwärts) mit einer Marktanteilsaddition von weniger als [0-10] % und [40-50] % (Trockencontainer und gekühlte Container Richtung Westen und Trockencontainern Richtung Westen) mit einer Marktanteilsaddition von weniger als [0-10] %.

207. Die drei wichtigsten Konkurrenten der beteiligten Unternehmen auf den Märkten dieser Handelsroute sind MSC, CMA CGM und UASC. Auf den beiden Märkten mit den höchsten gemeinsamen Marktanteilen der beteiligten Unternehmen ([40-50] % für Trockencontainer und gekühlte Container Richtung Westen und Trockencontainern Richtung Westen) sind die Marktanteile der genannten Konkurrenten nahezu identisch⁹⁴ und betragen jeweils [10-20] %, [10-20] % ([10-20] %) bzw. [10-20] %.

208. Es ist davon auszugehen, dass insb. die MSC und die CMA CGM sowie die UASC auf dieser Handelsroute weiterhin spürbaren Wettbewerbsdruck ausüben werden.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

209. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute NE – MEA Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.11. Handelsroute Mittelmeer – Zentralamerika/Karibik (MED – CAM/CAR)

Aktueller Wettbewerb

210. Auf der Handelsroute MED – CAM/CAR haben die Parteien gemeinsame Marktanteile, die unter [20-30] % liegen. Die Marktanteilsadditionen betragen dabei zwischen unter [0-10] % (Transport von gekühlten Containern nordwärts) und [0-10] % (Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert südwärts).

211. Wichtige Wettbewerber auf dieser Handelsroute sind die CMA CGM mit Marktanteilen zwischen [20-30] % (Trockencontainer nordwärts) und [60-70] % (gekühlte Container nordwärts), die MSC mit Marktanteilen zwischen [0-10] % (Kühltransporte nordwärts) und [20-30] % (Trockencontainer südwärts) und die Hapag-Lloyd mit Marktanteilen zwischen [0-10] % (Kühltransporte nordwärts) und [10-20] % (Trockencontainer nordwärts).

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

212. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute MED – CAM/CAR Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.12. Handelsroute Mittelmeer – Westküste Südamerika (MED – WCSA)

Aktueller Wettbewerb

213. Auf der Handelsroute MED – WCSA beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwischen [20-30] % (Trockencontainer Richtung Norden) mit einer Marktanteilsaddition von [10-20] % und [40-50] % (gekühlte Container Richtung Norden) mit einer Marktanteilsaddition von weniger als [0-10] %.

⁹³ Ausser jener für den Transport von gekühlten Containern Richtung Westen, welcher bei [30-40] % liegt (vgl. Meldung, Beilage 12).

⁹⁴ Die Marktanteile der Unternehmen sind deshalb nahezu identisch, weil die Transporte mit Trockencontainern und gekühlten Containern kombiniert fast ausschliesslich aus Trockencontainern bestehen bzw. der Anteil an gekühlten Containern vergleichsweise marginal ist.

214. Die drei wichtigsten Konkurrenten der beteiligten Unternehmen auf den Märkten dieser Handelsroute sind MSC, Hapag-Lloyd und CMA CGM. Auf dem Markt mit dem höchsten gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen ([40-50] % für gekühlte Container nordwärts) betragen die Marktanteile der genannten Konkurrenten [40-50] %, [0-10] % bzw. [0-10] % und auf dem Markt mit den zweithöchsten gemeinsamen Marktanteilen ([30-40] % für Trockencontainer und gekühlte Container kombiniert nordwärts) betragen sie [40-50] %, [0-10] % bzw. [0-10] %. Auch auf den übrigen Märkten ist von genügender aktueller Konkurrenz auszugehen.

215. Es ist davon auszugehen, dass insb. die MSC und die Hapag-Lloyd sowie die CMA CGM auf dieser Handelsroute weiterhin spürbaren Wettbewerbsdruck ausüben werden.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

216. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute MED – WCSA Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.13. Handelsroute Mittelmeer – Ostküste Südamerika (MED – ECSA)

Aktueller Wettbewerb

217. Auf der Handelsroute MED – ESCA beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwischen [30-40] % (Trockencontainer Richtung Norden) mit einer Marktanteilsaddition von [10-20] % und [40-50] % (gekühlte Container Richtung Norden) mit einer Marktanteilsaddition von weniger als [10-20] %.

218. Die drei wichtigsten Konkurrenten der beteiligten Unternehmen auf den Märkten dieser Handelsroute sind MSC, Hapag-Lloyd und CMA CGM. Auf dem Markt mit dem höchsten gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen ([40-50] % für gekühlte Container nordwärts) betragen die Marktanteile der genannten Konkurrenten [20-30] %, [0-10] % bzw. [10-20] % und auf dem Markt mit den zweithöchsten gemeinsamen Marktanteilen ([40-50] % für gekühlte Container südwärts) betragen sie [30-40] %, [0-10] % bzw. [10-20] %. Auch auf den übrigen Märkten ist von genügender aktueller Konkurrenz auszugehen. Zudem sind auf dieser Route Kühlschiffe unterwegs, welche ungefähr [0-10] % am Gesamtvolumen gekühlter Fracht auf der Nordroute und [0-10] % auf der Südroute transportieren.

219. Es ist davon auszugehen, dass insb. die MSC und die Hapag-Lloyd sowie die CMA CGM auf dieser Handelsroute weiterhin spürbaren Wettbewerbsdruck ausüben werden.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

220. In Anbetracht der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum

Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute MED – ECSA Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.14. Handelsroute Mittelmeer – Indischer Subkontinent (MED – ISC)

Aktueller Wettbewerb

221. Auf der Handelsroute MED – ISC haben die Parteien Marktanteile, die unter [30-40] % liegen. Die Marktanteilsadditionen liegen bei höchstens [0-10] %.

222. Die wichtigsten Wettbewerber auf dieser Handelsroute sind die MSC mit Marktanteilen von zwischen [0-10] % (Kühltransporte ostwärts) und [20-30] % (Trockencontainer westwärts), die CMA CGM mit Marktanteilen von zwischen [10-20] % (Trockencontainer ostwärts) und [30-40] % (gekühlte Container ostwärts) und die ZIM mit Marktanteilen von zwischen [0-10] % (gekühlte Container westwärts) und [0-10] % (Trockencontainer westwärts).

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

223. Aufgrund dieser Feststellungen, insb. aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks, kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute MED – ISC Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.15. Handelsroute Mittelmeer – Mittlerer Osten (MED – MEA)

Aktueller Wettbewerb

224. Auf der Handelsroute MED – MEA beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwischen [30-40] % (Trockencontainer Richtung Osten) und [50-60] % (gekühlten Container Richtung Westen). Die Marktanteilsadditionen liegen dabei bei maximal [0-10] %.

225. Die wichtigsten Wettbewerber auf dieser Handelsroute sind die MSC, die UASC und die CMA CGM mit Marktanteilen von zwischen [0-10] % und [20-30] %. Auf dem Markt mit dem höchsten gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen ([50-60] % für gekühlte Container Richtung Westen) betragen die Marktanteile der genannten Konkurrenten beispielsweise [0-10] %, [10-20] % bzw. [10-20] %.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

226. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute MED – ISC Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.16. Handelsroute Mittelmeer – Australien/Neuseeland (MED – OCE)

Aktueller Wettbewerb

227. Auf der Handelsroute MED – OCE beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwischen [30-40] % (für den Transport von Trockencontainern Richtung Norden) und [60-70] % (für den Transport von gekühlten Containern und für Kühltransporte, jeweils Richtung Norden). Die Marktanteilsadditionen liegen dabei bei maximal [0-10] %.

228. Weitere Wettbewerber, darunter MSC mit Marktanteilen zwischen [10-20] % (Kühlcontainer und Kühltransporte nordwärts) und [30-40] % (Kühlcontainer und Kühltransporte südwärts), sowie CMA CGM mit Marktanteilen zwischen [0-10] % (Kühlcontainer und Kühltransporte nordwärts) und [20-30] % (Kühlcontainer und Kühltransporte südwärts) und Hapag-Lloyd mit Marktanteilen mit Marktanteilen zwischen [0-10] % (Kühlcontainer und Kühltransporte nordwärts) und [20-30] % (Kühlcontainer und Kühltransporte südwärts) werden auch nach dem Zusammenschluss auf dieser Handelsroute aktiv sein. Auf den Märkten mit den höchsten gemeinsamen Marktanteilen der beteiligten Unternehmen ([60-70] % für den Transport von gekühlten Containern und für Kühltransporte, jeweils Richtung Norden) betragen die Marktanteile der genannten Konkurrenten beispielsweise [10-20] %, [0-10] % bzw. [0-10] %.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

229. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute MED – OCE Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.17. Handelsroute Mittelmeer – Südafrika (MED – SAF)

Aktueller Wettbewerb

230. Auf der Handelsroute MED – SAF beträgt der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen zwi-

schen [20-30] % (Trockencontainer Richtung Süden) und [40-50] % (gekühlte Container und Kühltransporte, jeweils Richtung Norden). Die Marktanteilsadditionen liegen bei maximal [0-10] %.

231. Weitere Wettbewerber, darunter MSC, DAL und Messina mit kombinierten Marktanteilen zwischen [40-50] % und knapp [0-10] % werden auch nach dem Zusammenschluss auf dieser Handelsroute aktiv sein. Auf den Märkten mit den höchsten gemeinsamen Marktanteilen der beteiligten Unternehmen ([40-50] % für den Transport von gekühlten Containern und für Kühltransporte, jeweils Richtung Norden) betragen die Marktanteile von MSC und DAL beispielsweise [30-40] % bzw. [0-10] %.

Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

232. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz und des von dieser ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich in keinem betroffenen Markt der Handelsroute MED – ISC Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.1.18. Zwischenergebnis

233. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass sich in den vorliegend betroffenen Märkte im Bereich der Hochsee-Container-Linienschiffahrtsdienste keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.2 Bereich Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrtsdienst

B.4.2.2.1. Wettbewerb auf Intra-EWR-Ebene

234. Basierend auf Daten der CTS (vgl. Rz 177 ff.), melden die beteiligten Unternehmen diverse Volumen und Marktanteile. In der folgenden Tabelle 10 sind die Volumen und entsprechenden Marktanteile auf Intra-EWR-Ebene aufgeführt:

Intra-EWR		
Name	Volumen (TEU)	Anteil in %
SeaGo	[...]	[10-20] %
HSDG	[...]	[0-10] %
Gemeinsam	[...]	[10-20] %
CMA CGM/APL	[...]	[0-10] %
MSC	[...]	[20-30] %
Hapag-Lloyd	[...]	[0-10] %

Evergreen	[...]	[0-10] %
ZIM	[...]	[0-10] %
Andere	[...]	[30-40] %
Total	[...]	100 %

Tabelle 10: Volumen und Marktanteile für die wichtigsten Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrtstleister auf Intra-EWR-Ebene (im Jahr 2015).

235. Auf Intra-EWR-Ebene weisen die HSDG und die Maersk Line (bzw. ihre Tochtergesellschaft SeaGo) einen kombinierten Marktanteil von [10-20] % aus. Damit liegt auf Intra-EWR-Ebene kein betroffener Markt vor.

B.4.2.2.2. Wettbewerb auf der Ebene von Handelsrouten

236. Nach Handelsrouten gegliedert weist einzig die Route NE – SEM einen gemeinsamen Marktanteil der Parteien von mehr als 20 % auf:

Handelsroute	Marktanteil SeaGo	Marktanteil HSDG	Kombinierter Marktanteil in %
NE - NEM	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %
NE - SEM	[20-30] %	[10-20] %	[30-40] %
NE - WME	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %
EME	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %
MED	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %
WME	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %

Tabelle 11: Marktanteile der beteiligten Unternehmen nach Handelsrouten (im Jahr 2015).

237. Die Parteien bringen vor, dass die Zahlen im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt zur Route NE – SEM die bestmöglichen Schätzungen der Parteien darstellen würden und sie davon ausgehen würden, dass sich an diesen Schätzungen für das Jahr 2016 keine Änderungen ergeben hätten.

238. Der kombinierte Marktanteil der Parteien auf der NE – SEM - Handelsroute beträgt [30-40] % ([...] TEU von Total [...] TEU). Damit liegt auf der Ebene von Handelsrouten mit der Route NE – SEM ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 2 Bst. d VKU vor. Die MSC hat auf dieser Handelsroute einen Marktanteil von [30-40] %, die ZIM einen von [0-10] % und die CMA einen von [0-10] %. Die anderen Wettbewerber auf dieser Handelsroute (inkl. Evergreen und Borchard) haben einen kombinierten Marktanteil von nahezu [10-20] %.

239. Aufgrund des moderaten kombinierten Marktanteils von [30-40] % und der aktiven Konkurrenz auf der Handelsroute NE – SEM, ergeben sich auf diesem betroffenen Markt jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.2.3. Wettbewerb auf der Ebene von Handelsrouten mit gekühlten Containern

240. Gliedert man die Handelsrouten weiter nach gekühlten Containern und Trockencontainern, so würden die beteiligten Unternehmen auf den drei Handelsrouten NE – NEM, NE – WME und NE – SEM Überlappungen in ihren Aktivitäten haben. Auf den Routen NE – NEM und NE – WME sei der Anteil an gekühlten Containern unter 10 %. Auf diesen Routen ist demnach eine Unterteilung nach Trocken- und Kühlcontainern und Kühltransporten für die Bestimmung der betroffenen Märkte nicht relevant.⁹⁵

241. Auf der Handelsroute NE – SEM haben die Parteien einen kombinierten Marktanteil mit gekühlten Containern von [40-50] % (SeaGo: [30-40] %; HSDG: [10-20] %). Die Anteile der anderen Wettbewerber sind ebenfalls aus folgender Tabelle ersichtlich:

⁹⁵ Vgl. dazu die Erläuterungen unter Rz 56 ff. und 181.

Unternehmen	Marktanteil in %
SeaGo	[30-40] %
HSDG	[10-20] %
Gemeinsam	[40-50] %
MSC	[20-30] %
ZIM	[0-10] %
CMA CGM/APL	[0-10] %
Andere	[10-20] %
Total	100 %

Tabelle 12: Marktanteile mit gekühlten Containern auf der Handelsroute NE-SEM (im Jahr 2016).

242. Damit liegt auf der Ebene von Handelsrouten mit der Route NE – SEM ein betroffener Markt für den Transport von gekühlten Containern im Sinne von Art. 11 Abs. 2 Bst. d VKU vor.

243. Trotz des höheren kombinierten Marktanteils für den Transport von gekühlten Containern auf der Handelsroute NE – SEM als jener für gekühlte Container und Trockencontainer kombiniert ergeben sich in Anbetracht der aktiven Konkurrenz und deren Marktanteile auf diesem betroffenen Markt jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

244. Dem Entscheid der Europäischen Kommission zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann zudem entnommen werden, dass aus der von der Kommission bestätigten früheren Praxis hervorgeht, dass Eintrittshürden in Intra-Europa Kurzstreckenschiffahrtmärkte eher tief seien, dass Markteintritte relativ kurzfristig möglich seien und dass häufige Anbieterwechsel oft und innerhalb relativ kurzer Zeitfenster vorkämen.⁹⁶

245. Weiter wären Kapazitätserweiterungen bei existierenden Anbietern relativ einfach möglich.⁹⁷

246. Zudem könnten, ebenfalls gemäss der von der Kommission bestätigten früheren Praxis, andere Transportmittel und Hochseeschiffe einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrt ausüben. So sei es möglich, dass, bei angestrebten Preiserhöhungen im Bereich der Kurzstrecken-Schiffahrt, Hochseeschiffahrtssdienstleister auch Kurzstreckendienste in Betracht ziehen würden – so auch für die Handelsroute NE – SEM.⁹⁸

B.4.2.2.4. Zwischenergebnis

247. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass sich in den vorliegend betroffenen Märkte im Bereich der Kurzstrecken-Container-Linienschiffahrtssdienste keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch

das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.3 Bereich Produktentanker/Trampdienste

248. Die beteiligten Unternehmen weisen nur im Bereich der Flüssiglادungen auf Produktentankern horizontale Überlappungen auf (gereinigte und nicht-gereinigte Petroleum-Produkte, siehe auch Abschnitt B.4.1.1.3).

249. In Bezug auf Frachtgrössen sei die Maersk Tankers im Bereich von 5 000-80 000 DWT aktiv und die HSDG im Bereich von 37 000-60 000 DWT. Damit würde das Zusammenschlussvorhaben nur im Bereich 25 000-60 000 DWT für Flüssiglادungen horizontale Überlappungen aufweisen.

⁹⁶ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 208 mit Verweis auf COMP/M.7523 vom 29. Juni 2015 – CMA CGM/ OPDR, Rz 109, 113 und 132.

⁹⁷ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 208 mit Verweis auf COMP/M.7523 vom 29. Juni 2015 – CMA CGM/ OPDR, Rz 108 (Fn 95).

⁹⁸ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 208 mit Verweis auf COMP/M.7523 vom 29. Juni 2015 – CMA CGM/ OPDR, Rz 62, 103 und 104.

	Segment (DWT)	Maersk Tankers		HSDG		Andere	
		Anzahl Schiffe	Marktanteil in %	Anzahl Schiffe	Marktanteil in %	Anzahl Schiffe	Marktanteil in %
Weltweit	25 000- 60 000	[...]	[0-10] %	[...]	[0-10] %	[...]	[90-100] %

Tabelle 13: Marktanteile auf Märkten mit Flüssiglادungen auf Produktentankern (im Jahr 2016)

250. Wie Tabelle 13 aufzeigt, liegen selbst bei einer Segmentierung eines Marktes für Produktentanker/Trampdienste nach Ladungstyp (hier Flüssiglادung) und Frachtgrößen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

251. Auch bei einer weiteren Segmentierung nach Regionen (getrennt in Ost-Suez mit [60-70] % des Weltmarktes und West-Suez mit [30-40] % des Weltmarktes) würde die Maersk Tankers nach bestmöglichen Schätzungen der beteiligten Unternehmen lediglich einen Marktanteil von [0-10] % in der Region Ost-Suez und [0-10] % in der Region West-Suez haben. Da die Schiffe von HSDG gleichmässig auf beide Regionen verteilt seien, würde die Marktanteilsaddition in beiden Regionen jeweils unter [0-10] % liegen und somit die kombinierten Marktanteile unter [0-10] % zu liegen kommen. Damit würde auch durch diese Marktsegmentierung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

B.4.2.4 Bereich Speditionsdienste

252. Im Bereich der Speditionsdienste ist von den meldenden Unternehmen nur die Maersk Group mit Damco als Tochtergesellschaft in verschiedenen Ländern tätig und bietet sowohl Luft- als auch Seespeditionsdienstleistungen an (vgl. Abschnitt B.4.1.1.4)

253. Die Marktanteile von Damco im Jahr 2015 seien in sämtlichen einzelnen Ländern, in welchen sie aktiv ist, jeweils nicht grösser als [0-10] %

254. Damit liegen im Bereich Speditionsdienste keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.5 Bereich Containerterminal-Dienste

B.4.2.5.1. Betroffene Märkte

255. Von den beiden Zusammenschlussparteien ist nur die Maersk Line via ihre Tochtergesellschaft im Bereich der Containerterminal-Dienste aktiv (vgl. Rz 92). Im Vordergrund der Betrachtung der Wettbewerbswirkungen stehen daher mögliche vertikale Effekte durch das Zusammenschlussvorhaben im Zusammenhang mit dem nachgelagerten Container-Linienschiffahrtbereich.

256. Die Parteien bringen vor, dass die Europäische Kommission in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben zum Schluss kam, dass es viele Akteure gäbe, welche Containerterminal-Dienste an den Häfen anbieten. Es beständen indessen keine

Bedenken hinsichtlich einer Kundenabschottung, da viele Akteure mit erheblichem Bedarf an Containerterminal-Diensten im nachgelagerten Container-Linienschiffahrtbereich vorhanden seien.

257. Die Europäische Kommission stellt in Ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben fest, dass der für die Parteien kombinierte Marktanteil in allen in Betracht gezogenen regionalen Märkten für Containerterminal-Dienstleistungen unter [10-20] % liegt. Diese Anteile sind in nachfolgender Tabelle wiedergegeben:

Region	APMTs Marktanteil auf regionaler Ebene (in ~ %)
Nordeuropa	[0-10] %
Mittelmeerraum	[10-20] %
Östlicher Mittelmeerraum/Schwarzes Meer (Osteuropa)	[0-10] %
Südamerika (inkl. Westküste und Ostküste)	[0-10] %
Indischer Subkontinent (Südasien)	[0-10] %
Mittlerer Osten	[0-10] %
Fernost (Nordasien und Südostasien)	[0-10] % (Nordasien) und [0-10] % (Südostasien)
Nordamerika	[0-10] %

Tabelle 14: Marktanteile der APMT auf regionaler Ebene (im Jahr 2015).

258. Nach dieser regionalen Marktabgrenzung, würde kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

259. Die Europäische Kommission hat in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ebenfalls nationale Märkte betrachtet. Auf diesen würde APMTs Marktanteile in Dänemark (mit [60-70] %-[70-80] %), in Spanien (mit [30-40] %-[30-40] %) und Schweden (mit [40-50] %-[40-50] %) grösser als 30 % sein. Ausserhalb des EWR liegt der Marktanteil von APMT in Bahrain, Jordanien und Liberia mit jeweils [90-100] %; in Ghana und im Oman mit [70-80] %-[70-80] %; in Georgien mit [60-70] %-[60-70] %; in Ägypten mit [40-50] %-[40-50] % und in Angola mit [30-40] %-[30-40] % über 30 %.

260. Damit liegen einzig nach dieser länderweisen Marktabgrenzung, für die in Rz 259 erwähnten Länder betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.5.2. Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

261. Die Europäische Kommission kommt in ihrer Bewertung zum Schluss, dass das zusammengeschlossene Unternehmen weder die Fähigkeit noch den Anreiz dazu hätte, die Märkte nach einer länderweisen Gliederung in vertikaler Hinsicht abzuschotten bzw. Geschäftsbeziehungen zu Nachfragern zu verweigern.⁹⁹ Sie argumentiert mit vier Gründen.

262. Zunächst seien selbst auf den nationalen Märkten im EWR (Dänemark, Spanien und Schweden), auf welchen APMT einen Marktanteil von mehr als 30 % habe, die Terminaldienstleistungen von APMT zu einem substantziellen Teil unternehmenseigenen, d.h., sie würden primär für die Maersk Group getätigt. Insofern seien die Marktanteile wahrscheinlich substantziell tiefer, falls man diese unternehmensinternen Dienstleistungen nicht miteinberechnen würde.¹⁰⁰

263. Ebenfalls sei die vertikale Wettbewerbswirkung innerhalb dieser Länder limitiert. Die Marktposition von HSDG auf den Ost-West-Container-Linienschifffahrtrouten nach/von Nordeuropa und in den/vom Mittelmeerraum sei marginal mit entsprechenden Marktanteilen, die zwischen [0-10] % und [0-10] % liegen würden. HSDG würde auch keine Häfen in Dänemark und Schweden bedienen. Betreffend Spanien wären die Wettbewerbswirkungen ebenfalls begrenzt, da rund [60-70] % von APMTs Dienstleistungen unternehmensintern und die Handelsvolumen von HSDG sehr klein seien (ca. [0-10] %).¹⁰¹

264. Was die Häfen ausserhalb des EWR anbelange, so würde entweder die HSDG diese nicht ansteuern (Georgien, Ghana, Jordanien, Liberia und Oman), oder der Marktanteil von APMT liege nur geringfügig über [20-30] % (Angola) bzw. liege unter [40-50] % (Ägypten). [...] In Ägypten wären zudem ca. [40-50] % der Umsätze unternehmensintern und die HSDG würde nur ungefähr [0-10] % an Extravolumen bringen.¹⁰²

265. Weiter sei eine Marktabschottungsstrategie im Sinne der Verweigerung einer Inputdienstleistung unwahrscheinlich, da Terminaldienstleistungen auch von anderen Anbietern bezogen werden könnten und, in den meisten Fällen, signifikante Überkapazitäten auf der Angebotsseite vorhanden seien und auch auf alternative, nahe liegende Häfen ausgewichen werden könne.¹⁰³ Zudem seien in einigen Ländern, so bspw. in Ländern in Südamerika, Terminalbetreiber regulatorisch verpflichtet, ihre Dienstleistungen in nicht-diskriminierender und offener Art und Weise den Schifffahrtsunternehmen anzubieten.¹⁰⁴

⁹⁹ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 227.

¹⁰⁰ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 228.

¹⁰¹ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 229.

¹⁰² Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 230.

¹⁰³ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 231.

¹⁰⁴ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 232.

266. Drittens sei auch eine Marktabschottungsstrategie als Nachfrager von Terminaldienstleistungen (HSDG würde nur noch Dienstleistungen von APMT nachfragen) unwahrscheinlich, zumal andere Linienschiffahrtsserviceanbieter wie MSC, CMA CGM und Hapag-Lloyd ebenfalls als Nachfrager von Terminaldienstleistungen fungieren und die nachgefragten Mengen an Terminaldienstleistungen von HSDG auf den Ost-West-Routen begrenzt seien.¹⁰⁵

267. Viertens würden sich auch aus der Befragung der Kunden und Wettbewerber im Bereich der Terminaldienstleistungen keine Hinweise darauf ergeben, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einem erhöhten Anreiz für das resultierende Unternehmen führen könnte, den Zugang von anderen Wettbewerbern zur Nachfrageseite zu beschränken und/oder den Zugang der Nachfrageseite zu den Terminaldienstleistungen von Wettbewerbern zu beschränken.¹⁰⁶

268. Aus diesen Gründen schliesst die Europäische Kommission, dass das Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Containerterminal-Dienste mit dem Binnenmarkt kompatibel sei.¹⁰⁷

269. Dieser Begründung kann aus Sicht der Wettbewerbskommission auch in Bezug auf mögliche Wettbewerbswirkungen auf die Schweiz gefolgt werden. Daraus ergibt sich, dass es im Bereich der Containerterminal-Dienste keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.6 Bereich Inlandtransporte

270. Die Parteien bringen vor, dass kein Risiko einer Abschottung von Vorprodukten zur Linienschiffahrt bestünde. Aufgrund der geringen Marktanteile der APMT in der Schweiz und anderswo von weniger als [0-10] % werde das kombinierte Unternehmen nicht in der Lage sein oder den Anreiz haben, andere Schiffahrtsunternehmen von Inlandtransportdiensten auszuschliessen. Dies gelte auch dann, wenn zwischen dem Transport via Lastwagen und jenem via Bahn segmentiert würde. Der Markt sei sehr fragmentiert und viele Unternehmen würden Inlandtransportdienste anbieten. Grosse Unternehmen, welche Inlandtransportdienste erbringen würden, seien Kühne & Nagel, DB Schenker und HUPAC. Des Weiteren würde das Zusammenschlussvorhaben keinen Einfluss auf die Wettbewerbssituation im vorgelagerten Markt ausüben, da [...]

271. Somit liegen im Bereich Inlandtransporte keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.7 Bereich Hafenschleppdienste

B.4.2.7.1. Betroffene Märkte

272. Die HSDG sei nicht im Bereich der Hafenschleppdienste tätig. Die Maersk Group würde via ihre Tochtergesellschaft Svitzer entsprechende Dienstleistungen erbringen (vgl. Rz 105). Im Vordergrund der Betrachtung der Wettbewerbswirkungen stehen daher mögliche vertikale Effekte durch das Zusammenschlussvorhaben – primär im Zusammenhang mit dem zu den Hafenschleppdiensten

schleppdiensten vertikal in Beziehung stehenden Container-Linienschiffahrtbereich.

273. Innerhalb des EWR würde Svitzer in Dänemark (mit einem Marktanteil von [70-80] % an der Anzahl Schleppdienste), in Deutschland ([0-10] %), in Holland ([0-10] %), in Portugal ([20-30] %), in Schweden ([60-70] %) und im Vereinigten Königreich ([20-30] %) aktiv sein. Ausserhalb des EWR sei Svitzer vorwiegend in verschiedenen Joint Ventures aktiv. So in Australien (mit einem Marktanteil von [10-20] % an der Anzahl Schleppdienste), in Kanada (weniger als [10-20] %), in der Dominikanischen Republik ([80-90] %), in Mexiko (weniger als [0-10] %) sowie individuell bzw. nicht in einem Joint Venture in Brasilien ([0-10] %) und auf den Bahamas ([30-40] %-[30-40] %).

274. Damit würden nach dieser länderweisen Marktbegrenzung, für Dänemark, Portugal, Schweden, die Dominikanische Republik und für die Bahamas betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

B.4.2.7.2. Mögliche Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen

275. Gemäss Parteien bestünde unter keiner Betrachtungsweise ein Risiko, dass das Zusammenschlussvorhaben wettbewerbsrechtliche Bedenken in vertikaler Hinsicht hervorrufen würde – auch nicht in der Schweiz.

276. In ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben stellt die Europäische Kommission fest, dass die meisten Ländern, in welchen die Maersk Group bzw. Svitzer Hafenschleppdienste anbiete, die Marktanteile moderat seien und dass selbst in jenen Ländern, in welchen Svitzer hohe Marktanteile hätte, das Risiko der Marktabschottung gering sei.¹⁰⁸ Dies aus folgenden Gründen:

277. Selbst in Dänemark und in Schweden, wo die Marktanteile von Svitzer sehr hoch seien, sei die HSDG im Bereich der Container-Linienschiffahrt nicht tätig und somit würde das Zusammenschlussvorhaben dort zu keinen Änderungen führen.¹⁰⁹

278. Zudem wäre Svitzer in allen EWR-Ländern, in welchen sie gegenwärtig aktiv sei, durch eine regulatorische Bestimmung dazu verpflichtet, allen Kunden einen nicht-diskriminierenden Zugang zu ihren Hafenschleppdiensten zu gewähren. Die einzige Ausnahme sei Schweden, wo am 24. März 2019 die Regulation (EU) 2017/352¹¹⁰ in Kraft treten werde.¹¹¹

279. Zudem seien in allen Ländern genügend alternative Anbieter von vergleichbarer Grösse vorhanden.¹¹²

¹⁰⁵ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 233.

¹⁰⁶ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 234.

¹⁰⁷ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 235.

¹⁰⁸ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 239.

¹⁰⁹ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 240.

¹¹⁰ Verordnung (EU) 2017/352 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Februar 2017 zur Schaffung eines Rahmens für die Erbringung von Hafendiensten und zur Festlegung von gemeinsamen Bestimmungen für die finanzielle Transparenz der Häfen.

¹¹¹ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 241.

¹¹² Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 242.

280. Auch bestünde kein Risiko zur Kundenabschottung, da weitere grössere Nachfrager von Hafenschleppdiensten existierten und die fusionierte Gesellschaft nur einen kleinen Teil der Gesamtnachfrage nach Hafenschleppdiensten ausmachen würde.¹¹³

281. Zudem hätten die meisten befragten Marktteilnehmer keine Bedenken hinsichtlich der vertikalen Integration der Parteien im Bereich der Hafenschleppdienste geäussert.¹¹⁴

282. In den Ländern ausserhalb des EWR, in welchen Svitzer im Rahmen von Joint Ventures Hafenschleppdienste anbiete, würden entsprechend alle strategischen Entscheide durch einen dritten Partner mitgetroffen, sodass – selbst bei einem relativ hohen Marktanteil – ein Marktabschottungsszenario unwahrscheinlich sei.¹¹⁵

283. Zusammenfassend kann daher in Übereinstimmung mit der Europäischen Kommission festgestellt werden, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Hafenschleppdienste eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 1 KG).

B.4.2.8 Bereich Containerherstellung

284. Von den Zusammenschlussparteien ist nur die Maersk Group mit ihrem Tochterunternehmen MCI im Bereich der Containerherstellung tätig (vgl. Rz 111). Im Vordergrund der Betrachtung der Wettbewerbswirkungen stehen daher mögliche vertikale Effekte durch das Zusammenschlussvorhaben – primär im Zusammenhang mit dem zur Containerherstellung vertikal in Beziehung stehenden Container-Linienschiffahrtbereich.

285. Bei einer Betrachtung von Trocken- und Kühlcontainern kombiniert und Trockencontainern separat liegen keine betroffenen Märkte vor. Beschränkt man sich hingegen auf eine Betrachtung von Kühlcontainern separat, liegt ein betroffener Markt vor (Marktanteil der MCI von [30-40] % in Jahr 2016).

286. Die Parteien machen geltend, dass weder im Bereich der Containerherstellung noch in potenziell relevanten Segmenten oder im nachgelagerten Markt ein Risiko vertikaler Wettbewerbsbedenken bestünde. Dies sei auch von der Europäischen Kommission in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben bestätigt worden.

287. Diese Beurteilung würde auch auf die Schweiz Anwendung finden, da der Markt der Containerherstellung global sei.

288. Weltweit könne das Zusammenschlussvorhaben kein Abschottungsrisiko für Container-Linienschiffahrtsunternehmen schaffen, da die Konkurrenten der Parteien Container von mehreren alternativen grossen Anbietern kaufen könnten. Andere Anbieter sind die CIMC mit einem Marktanteil von [40-50] % und die Singamas mit einem Marktanteil von [10-20] %.

289. Darüber hinaus bestünde überschüssige Kapazität auf dem Markt. Würde das kombinierte Unternehmen das Volumen von HSDG in die Eigenproduktion verschieben, hätten die anderen Containerhersteller entsprechend genügend freie Kapazität, um anderen Nachfragen nachzukommen.

290. Es bestünde auch kein Risiko der Kundenabschottung, da die MCI nur einem Bruchteil der Nachfrage in der Containerherstellung nachkommen könne und es auch nach dem Zusammenschlussvorhaben weiterhin einige grosse Unternehmen wie MSC, CMA CGM, COSCO, Evergreen und Hapag-Lloyd mit signifikanter Containernachfrage geben würde. Des Weiteren würden Meercontainerleasinganbieter wie z.B. Saeco, Triton International, Textainer und Florens weiterhin eine signifikante Nachfrage generieren.

291. Diese Ausführungen sind mit jenen der Europäischen Kommission in ihrem Entscheid zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben konsistent.¹¹⁶

292. Aufgrund dieser Ausführungen kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass sich auf dem Markt für Containerherstellung für Kühlcontainer keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.9 Zwischenergebnis

293. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den betroffenen Märkten in eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 1 KG).

B.4.3 Nebenabreden

294. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.¹¹⁷

Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.¹¹⁸

¹¹³ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 243.

¹¹⁴ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 245.

¹¹⁵ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 246.

¹¹⁶ Vgl. COMP/M. 8330 – MAERSK LINE / HSDG, Rz 254 ff.

¹¹⁷ RPW 2016/1, 283 Rz 159, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹¹⁸ RPW 2016/1, 283 Rz 160, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

295. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.

296. Gemäss Meldung [...]

297. Ausserdem ist gemäss Meldung die Nebenabrede notwendig, um den Wert der Zielgesellschaft angemessen zu schützen, da die Verkäuferin und ihre Gruppe ansonsten durch direkte Konkurrenzierung die Unternehmensbewertung der Gesellschaft, die sie verkaufen, erodieren.

298. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an der entsprechenden Bekanntmachung der EU-Kommission¹¹⁹ orientiert.¹²⁰

299. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, bzw. zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.¹²¹

300. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.¹²²

301. In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren — einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle — und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unter-

nehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig erachtet.¹²³

302. Klauseln, die das Recht des Veräusserers einschränken, Anteile an einem Unternehmen zu erwerben oder zu halten, das mit dem übertragenen Unternehmen im Wettbewerb steht, gelten unter denselben Bedingungen wie bei den zuvor genannten Wettbewerbsverboten als mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, es sei denn, sie hindern den Veräusserer daran, Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit direkt oder indirekt Leitungsfunktionen oder ein materieller Einfluss im Konkurrenzunternehmen verbunden sind.¹²⁴

303. Die in der Meldung genannten [...] entsprechen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission und können daher als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

B.4.4 Ergebnis

304. 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.

¹¹⁹ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

¹²⁰ Vgl. RPW 2010/3 504 Rz 63 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2006/4 689 Rz 35 ff., *ISS/Edelweissfm*; RPW 2012/1, 150 Rz 63, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹²¹ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

¹²² Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22.

¹²³ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23.

¹²⁴ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 25.

B 2.3

6. BuyIn S.A.

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. März 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. März 2017

A Sachverhalt und Verfahren

1. Am 28. Februar 2017 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt das von der Deutschen Telekom AG (nachfolgend: DTAG) und von Orange S. A. (nachfolgend: Orange) im Jahr 2011 gegründete und gemeinsam kontrollierte Gemeinschaftsunternehmen BuyIn S. A. (nachfolgend: BuyIn) einen eigenständigen Marktauftritt zu lancieren.¹ Durch den Marktauftritt würde BuyIn daher neu über die Eigenschaften eines Vollfunktionsunternehmens verfügen, weshalb die Strategieänderung als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 9 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) meldepflichtig ist.

2. Gemäss Artikel 20 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) begann die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am 1. März 2017 und endet grundsätzlich am 1. April 2017. Da der 1. April 2017 ein Samstag ist, verlängert sich die Frist gemäss Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) bis zum Montag, den 3. April 2017.

3. Mit Schreiben vom 28. Februar 2017 bestätigte das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) den Eingang der Meldung.

4. Mit Schreiben vom 10. März 2017 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.

5. Per E-Mail vom 10. März 2017 reichten die Zusammenschlussparteien die Vorabentscheidung der EU-Kommission ein.

A.1 Beteiligte Unternehmen**A.1.1 Orange S. A.**

6. Unter der Firma Orange besteht ein an der Euronext Börse Paris sowie an der New Yorker Börse notiertes Unternehmen nach französischem Recht mit Hauptsitz in Paris, Frankreich. Hauptaktionär von Orange ist der Staat Frankreich mittels „Agence des Participations de l'État et Banque Publique d'Investissement“ (nachfolgend: BPI) mit rund 23.1 % der Aktien.² Die restlichen

Aktien befinden sich nach Kenntnis der Zusammenschlussparteien im Streubesitz. Orange ist eine weltweit tätige Telekommunikations- und Informationstechnologiedienstleisterin, deren Hauptaktivitäten die Bereitstellung von öffentlichen Fest- und Mobilnetzkommunikationsdiensten, Standleitungen und Datenübertragungsdiensten, der Verkauf und die Vermietung von Telekommunikationsgeräten, Internetdiensten, Fernsehübertragungen und Informationsdienstleistungen sind.³ Ihr Angebot deckt sowohl die private als auch die geschäftliche Nutzung in weltweit 30 Ländern ab. In der Schweiz tritt einzig die Tochterfirma Orange Business Switzerland AG (nachfolgend: OBS) am Markt auf.⁴ Orange Global International Mobility S. A. ist in der Schweiz lediglich in der orangeinternen Personalvermittlung tätig, die Equant Integration Services SA in Liquidation, wird derzeit liquidiert.

7. Das Portfolio von OBS umfasst die folgenden Kommunikationsdienstleistungen: Internet der Dinge, Enterprise Mobility, Cloud Computing, M2M (Machine-to-Machine), Unified Communications, Videokonferenzen, Cyber Defence, Sicherheitsmassnahmen und Breiband.⁵ Während ca. [...] % WAN-Dienstleistungen betreffen, verteilen sich die restlichen Dienstleistungen auf die übrigen Bereiche. [...].

A.1.2 Deutsche Telekom AG

8. DTAG ist eine weltweit tätige Telekommunikations- und Informationstechnologiedienstleisterin mit Sitz in Deutschland und ist in über 50 Ländern aktiv.⁶ Sie ist eine an allen deutschen Börsen gehandelte Aktiengesellschaft mit Sitz in Bonn, Deutschland.⁷ 14.3 % der Aktien an DTAG werden von der Bundesrepublik Deutschland und weitere 17.5 % von der Staatsbank KfW gehalten. Die restlichen 68.2 % befinden sich im Streubesitz.

9. Das Portfolio von DTAG umfasst Festnetz-/Breitband- und mobile Telekommunikationsdienstleistungen sowie Internet IPTV-Produkte.⁸ Zusätzlich ist sie als Service Anbieterin für andere Anbieter und ISP auf der Grosshandelsstufe aktiv. Sie bietet weltweit ICT für mittlere und Grosskunden an.

10. In der Schweiz erzielt DTAG mit den drei Unternehmen T-Systems Schweiz AG (nachfolgend: TSS), T-Systems Data Migration Consulting AG (nachfolgend: TSD) und Detecon (Schweiz) AG (nachfolgend: Detecon) Umsätze.⁹ TSS entwickelt, realisiert und betreibt

¹ Meldung Rz 17 f.

² Meldung Rz 24 f.

³ Meldung Rz 27.

⁴ Meldung Rz 28.

⁵ Meldung Rz 29.

⁶ Meldung Rz 31.

⁷ Meldung Rz 26.

⁸ Meldung Rz 31.

⁹ Meldung Rz 32.

als Generalunternehmen für Informationssysteme IT-Lösungen.¹⁰ Ihre Tätigkeit umfasst die Bereiche Big Data, Digitalisierung und Dienstleistungen in der Industrie 4.0. TDS agiert für Unternehmen und Organisationen verschiedener Grössen und Branchen als Systemintegratorin und Full-Service Provider, wobei ein Schwerpunkt auf das SAP-Umfeld, die Systemintegration, Software-Entwicklung und Systemstilllegung gelegt wird. Besondere Erfahrung besteht beim Data Migration Consulting in den Segmenten Fertigungsindustrie, Handel, Travel & Logistics und öffentliche Verwaltung. TSS und TSD bieten ebenfalls ICT-Dienstleistungen wie Enterprise Mobility, Cloud Computing, M2M, Unified Communications und Videokonferenzen an.¹¹ Detecon bietet Managementberatung mit Fokus auf ICT und Financial Management an und unterstützt Unternehmen dabei, ihre Wettbewerbs- und Leistungsfähigkeit über die gesamte Wertschöpfungskette mit Hilfe innovativer Technologien zu verbessern.¹²

A.1.3 BuyIn S. A.

11. BuyIn ist im Bereich der gemeinsamen Beschaffung von Produkten, die Orange und DTAG für ihr jeweiliges Telekommunikationsgeschäft benötigen, tätig.¹³ Die Beschaffungstätigkeiten umfassen ein ausgewähltes Sortiment in den Bereichen Netzwerktechnik (Ausrüstung und Dienstleistung), Serviceplattformen (Digital Home & Plattform, Produkt(service)plattformen, Festnetz-Kundengeräte, die Zusatzleistungen transportieren oder den Transport zu den Kunden ermöglichen), Kundengeräte (insbesondere mobile Endgeräte wie Mobilfunktelefone und PC-Tablets) und Informationstechnologie (Hardware und Standardsoftware für die interne Nachfrage von Orange und DTAG sowie das IT Drittkundengeschäft von TSS und OBS).¹⁴ BuyIn verhandelt weltweit hauptsächlich die [...] für die Muttergesellschaften. Die jeweiligen Bestellvorgänge werden jedoch von den Muttergesellschaften abgeschlossen.¹⁵ Diese Dienstleistungen sollen in Zukunft auch Dritten angeboten werden.¹⁶

12. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien überschneiden sich die Geschäftstätigkeiten von DTAG und Orange in der Schweiz nur in geringem Umfang, da sich DTAG vorwiegend auf IT-Dienstleistungen, SAP und Consulting konzentriert, während Orange hauptsächlich Kommunikationslösungen für multinationale Unternehmen anbietet.¹⁷

13. [...], wobei der Bereich Network Capacity nicht im Umfang der Geschäftstätigkeit von BuyIn liegt.¹⁸

A.1.4 Gründe und Ziele für das Zusammenschlussvorhaben

14. Bei Lieferanten der Telekommunikationsindustrie kommt es zu immer mehr Zusammenschlüssen.¹⁹ [...].

15. [...]

16. Die geplante Öffnung von BuyIn bezweckt eine Vergrößerung der Beschaffungsaktivitäten, um ein Gegengewicht gegenüber den Zusammenschlüssen auf der Seite der Lieferanten und dem [...] schaffen.²⁰

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

17. 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

18. 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 DTAG und Orange sind als solche Unternehmen zu qualifizieren. BuyIn ist als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren, wenn es dauerhaft alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) erbringt (vgl. Rz 16).²¹

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

19. Beim vorliegend zu meldenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um die Aufnahme einer Vollfunktionstätigkeit eines gemeinsam von DTAG und Orange je zur Hälfte gehaltenes Gemeinschaftsunternehmens, welches bis anhin noch keine Vollfunktionstätigkeit entfaltet hat.²² Daher sind nachfolgend die Vollfunktionseigenschaften des Gemeinschaftsunternehmens zu prüfen.

B.1.2.1 Vollfunktionsunternehmen

20. Ein Vollfunktionsunternehmen liegt i. S. v. Art. 2 Abs. 1 VKU liegt gemäss Praxis der WEKO unter folgenden Voraussetzungen vor:²³

- a. Das Gemeinschaftsunternehmen hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es tritt als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt auf, wobei es dabei mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.
- b. Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.

¹⁰ Meldung Rz 33 f.

¹¹ Meldung Rz 35.

¹² Meldung Rz 36.

¹³ Meldung Rz 42.

¹⁴ Meldung Rz 43.

¹⁵ Meldung Rz 7 und 46.

¹⁶ Meldung Rz 6.

¹⁷ Meldung Rz 37.

¹⁸ Meldung Rz 37.

¹⁹ Meldung Rz 68 f.

²⁰ Meldung Rz 70.

²¹ Vgl. RPW 2016/3 790 Rz 7, *Goldman Sachs/Altor/Navico/C-MAP*.

²² Meldung Rz 52 und 53.

²³ RPW 2016/4 1066 Rz 34, *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.

- c. Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeit zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- d. Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

a. Eigene Marktpräsenz

21. Bisher verfügte BuyIn über keine eigene Marktpräsenz sondern war lediglich für die beiden Mutterhäuser und die mit ihnen verbundenen Unternehmen tätig. Inskünftig wird BuyIn auch Beschaffungsdienstleistungen sowie mit Beschaffungen zusammenhängende Dienstleistungen an Dritte erbringen.²⁴ Hierbei strebt BuyIn einen Dritturnsatz von [...] % im Jahr 2017, [...] % im Jahr 2018 und [...] % im Jahr 2019 an. Für diese Dienstleistungen wird BuyIn Dritten eine Dienstleistungsgebühr in Rechnung stellen. Damit wird BuyIn gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien in Zukunft über eine eigene Marktpräsenz verfügen.

b. Selbständige wirtschaftliche Einheit

22. BuyIn verfügt über ein eigenständiges Management, welches die Geschäftspolitik festlegt, und verhandelt mit ihren Nachfragern (Mutterunternehmen und Dritte) marktübliche Bedingungen, welche dem Drittvergleich standhalten sollen.²⁵ Damit kann BuyIn als selbständige wirtschaftliche Einheit qualifiziert werden.

c. Auf Dauer angelegt

23. BuyIn wurde als Aktiengesellschaft im Jahr 2011 gegründet und ist seither im Markt tätig. [...] Gemäss Art. 19.3.1 des Master Agreements kann die Bestandsdauer des Unternehmens verlängert werden. Da BuyIn Geschäftstätigkeiten mit Drittkunden aufbauen wird, gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass BuyIn länger [...] bestehen wird. BuyIn ist somit auf langfristige Dauer angelegt.

d. Management und ausreichende Ressourcen

24. BuyIn verfügt über ein aus sieben Mitgliedern bestehendes Management. Es beschäftigt 370 Mitarbeiter und hat Geschäftsaktivitäten in 40 Ländern.²⁶ [...] Damit verfügt BuyIn über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen für eine eigenständige Tätigkeit.

e. Fazit

25. Mit der Umsetzung eines eigenständigen Marktauftritts verfügt BuyIn über sämtliche Eigenschaften eines Vollfunktionsunternehmens und ist als solchen zu qualifizieren.

B.1.2.2 Gemeinsame Kontrolle

26. Eine gemeinsame Kontrolle gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen

über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.²⁷ Die Praxis der WEKO nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission. Eine gemeinsame Kontrolle liegt insofern dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.

27. An BuyIn sind die DTAG mit einem Stimmrechtsanteil von [...] % und Orange mit einem Stimmrechtsanteil von [...] % beteiligt.²⁸ [...].

28. Damit liegt eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

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

31. Bei einem zu gründenden Gemeinschaftsunternehmen geltend sowohl das kontrollierte Gemeinschaftsunternehmen als auch die am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Muttergesellschaften als beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG. Auch wenn aufgrund einer Konzernrechnung die Umsätze des kontrollierten Gemeinschaftsunternehmens bei einem oder bei beiden Mutterhäuser in der Konzernrechnung ausgewiesen werden, sind aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG die Umsätze im Rahmen der Meldepflicht dennoch für das Gemeinschaftsunternehmen separat auszuweisen, sofern dieses bereits einen Umsatz erzielt.

32. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht sind.

²⁴ Meldung Rz 60 f.

²⁵ Meldung Rz 62 f.

²⁶ www.buyin.be, zuletzt besucht am 20. Februar 2017.

²⁷ RPW 2016/4 1066 Rz 32, *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.

²⁸ Meldung Rz 53.

Beteiligtes Unternehmen	Umsatz in CHF weltweit	Umsatz in CHF in der Schweiz
DTAG	73.9 Mrd. CHF	[...] CHF
Orange	43 Mrd. CHF	[...] CHF
BuyIn	[...] CHF	[...] CHF

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015

33. Die Umsatzschwellen sind sowohl weltweit als auch in der Schweiz erreicht. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

34. 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).

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

36. 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).

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

37. 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.4.2 Märkte in denen BuyIn eine Geschäftstätigkeit aufweist

38. Die Geschäftstätigkeit von BuyIn beschränkt sich auf die internationale Beschaffung im Telekommunikations- und IT-Bereich.²⁹ [...] BuyIn übt aber keine Tätigkeit auf den nachgelagerten Telekommunikationsmärkten aus [...].

39. [...].

40. [...].

41. Im Rahmen der internationalen Beschaffungsmärkte ist BuyIn in den nachfolgenden Märkten aktiv.

B.4.2.1 Märkte im Bereich Netzwerktechnik

42. Die Märkte im Bereich Netzwerktechnik umfassen Produkte und Dienstleistungen, welche zum Aufbau und

Betrieb eines Computernetzwerks notwendig sind. Die Parteien unterscheiden hierbei Produkte und Dienstleistungen für Zugangsnetzwerke, Ausrüstung zum Datentransport, Kernnetzwerkkomponenten und Netzwerkdienstleistungen.³⁰

a. Zugangsnetzwerke

43. Die Produkte in der Kategorie der Zugangsnetzwerke lässt sich grob in Gerätschaften und Dienstleistungen für Funknetzwerkkomponenten und Festnetzwerkkomponenten unterteilen.

44. Mittels Gerätschaften im Bereich Funknetzwerkkomponenten (Radio Access Networks; RAN) lassen sich Sprach- und sonstige Daten mit Kundengeräten über eine Luftschnittstelle austauschen.³¹ Hierzu gehören Gerätschaften, welche verschiedene Übertragungsstandards, wie 2/2.5G (GSM/GPRS/EDGE), 3G (WCDMA) und 4G (LTE) unterstützen. BuyIn vermittelt die Beschaffung von RAN Equipment für Systeme 2/2.5G, 3G und 4G.

45. Netzwerkkomponenten für Festnetzinstallationen (Fixed Access Networks; FAN) umfassen eine Reihe von Netzwerkausrüstungsgegenständen. Hierzu gehört Kabelnetzwerkausrüstung, mittels welcher das Netzwerk eines Fernmeldediensteanbieters mit den Endkundengeräten physisch verbunden wird.³² Hierunter fallen insbesondere DSL Multiplexer (Digital Subscriber Line Access Multiplexers; DSLAM).

b. Ausrüstung zum Datentransport

46. Für den Transport von Daten vom Zugangsnetz ins Kernnetzwerk werden Gerätschaften gebraucht, mittels welchen Datensignale erzeugt werden können. Diese lassen sich in Synchrone Digitale Hierarchie-Technologie (SDH), Wave Division Multiplexing-Technologie (WDM) sowie Mikrowellentechnik unterteilen. Die ersten beiden Technologien werden dazu eingesetzt in einem optischen Leiter (Glasfasernetzwerk) Datensignale zu senden und zu empfangen. Mittels Mikrowellentechnik erfolgt der Datentransport über die Luft, wobei Mikrowellensignale zur Datenübertragung genutzt werden.

²⁹ Meldung Rz 83 f.

³⁰ Meldung Beilage 1 Rz 93.

³¹ Meldung Rz 96.

³² Meldung Rz 98 sowie Meldung Beilage 1 Rz 100 ff.

c. Komponenten des Kernnetzwerks

47. Komponenten des Kernnetzwerks (oft auch Backbone) umfassen technische Gerätschaften für Mobilfunknetzwerkübertragungen, Router, mobile Switches, IP Multimedia Subsysteme und Zusatzleistungen (Signalling, Monitoring).³³ Die Produkte dieser Marktkategorie wurden bisher gemäss Praxis der WEKO nicht in separaten Märkten abgegrenzt, obwohl diese unterschiedliche Produkte umfassen.³⁴ Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann ebenfalls von einer separaten Marktabgrenzung abgesehen werden.

d. Netzwerkdienstleistungen

48. Hierunter werden Auslieferungs-, Bereitstellungs- und Installationsdienstleistungen rund um den Betrieb und Unterhalt von Netzwerken verstanden.³⁵

e. Betriebsunterstützungssysteme

49. Hierunter werden Systeme bestehend aus Hard- und Software verstanden mittels welchen der Unterhalt des Netzwerks (Operation Maintenance Center, OMC) und das Management des Netzwerks (Netzwerk- Management System; NMS) gewährleistet wird.³⁶

f. Räumliche Marktabgrenzung

50. In räumlicher Hinsicht machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass der Markt für Netzwerktechnik global abzugrenzen sei. Gründe hierfür seien insbesondere die internationale Standardisierung der Ausrüstung für Telekommunikationsnetzwerke, der Umstand, dass Verträge auf einer globalen Basis ausgehandelt werden, die geringen weltweiten Fracht- und limitierten Transportkosten, die geringen regionalen Variationen der Kosten und Preise sowie der Umstand, dass die nachgelagerten Dienste liberalisiert sind.

51. Im Bereich der Serviceleistungen hat die WEKO die lokale Präsenz als einen wichtigen Faktor betont, sofern der Service vor Ort erbracht werden muss. In den oben genannten Märkten ändern sich die Marktverhältnisse allerdings kaum, wenn von einer engeren räumlichen Marktabgrenzung auszugehen wäre, weshalb die Marktabgrenzung in räumlicher Hinsicht offen gelassen werden kann.³⁷ Zur Marktanteilsberechnung wird sowohl eine weltweite als auch eine europaweite räumliche Marktabgrenzung herangezogen.

B.4.2.2 Produkte und Dienstleistungen in der Kategorie Digital Home und Plattformen

52. Über Digital Home und Plattformen lassen sich Mehrwertdienste an Endkunden ausliefern. Die entsprechenden Märkte umfassen daher die Anbieter und Nachfrager dieser Produkte. Es werden in diesen Märkten insbesondere die nachfolgenden Produkte und Dienstleistungen verkauft:

a. Real Time Services

53. Als Echtzeit-Dienstleistungen werden Dienstleistungen verstanden, mittels welchen die sofortige Verarbeitung von Transaktionen gewährleistet werden kann.³⁸ Hierzu gehören beispielsweise Echtzeit-Bezahlsysteme oder Instant-Messaging-Dienste.

b. Nachrichtendienste

54. Hierunter werden Hard- und Software-Komponenten für Plattformen für die Übertragung von SMS, MMS, Voice-Mail, E-Mail und Push-Mail verstanden.³⁹

c. Data Enablers

55. Hierunter werden Soft- und Hardwarekomponenten verstanden, welche es Telekommunikationsanbietern ermöglichen, Kunden mobile (Internet-)Datenprodukte anzubieten.⁴⁰

d. Multimedia Service Plattformen

56. Diese umfassen Hard- und Softwarekomponenten zum Betrieb von Download-/Streaming-Plattformen, welche den Providern die Erbringung von Diensten wie IPTV, mobile TV und persönliche Cloud Dienste ermöglichen.⁴¹

e. Vertical and Life Services

57. Hierunter werden Hard- und Software für mobile Finanzdienstleistungen und Machine-to-Machine Dienstleistungen verstanden.⁴²

f. SIM-Karten

58. SIM-Karten sind kleine Chipkarten mit einem integrierten Schaltkreis zur Identifikation eines Mobilfunkteilnehmers auf einem Mobilfunkgerät.⁴³

g. Home Gateways

59. Diese umfassen Produkte, welche es dem Endkunden ermöglichen, auf die Daten- und Sprachangebote des Telekommunikationsanbieters zuzugreifen.⁴⁴ Hierunter fallen insbesondere DSL-Modem und Router sowie das jeweilige Zubehör.

h. Set-Top Boxen

60. Dies sind Geräte, die an Fernsehgeräte angeschlossen werden können und dem Zuschauer zusätzliche Nutzungsmöglichkeiten beim Fernsehkonsum eröffnen.⁴⁵

i. Festnetzzubehör

61. Hierunter werden Festnetztelefon, Anrufbeantworter, Fax-Geräte etc. verstanden.⁴⁶

³³ Meldung Rz 102 sowie Meldung Beilage 1 Rz 112 ff.

³⁴ RPW 2015/3 458 Rz 7 ff., *Nokia Corporation/Alcatel-Lucent*.

³⁵ Meldung Rz 103 sowie Beilage 1 Rz 127 f.

³⁶ Meldung Rz 105 ff.

³⁷ Vgl. RPW 2015/3 459 Rz 16, *Nokia Corporation/Alcatel-Lucent*.

³⁸ Meldung Rz 112.

³⁹ Meldung Rz 114.

⁴⁰ Meldung Rz 115.

⁴¹ Meldung Rz 117.

⁴² Meldung Rz 118.

⁴³ Meldung Rz 119.

⁴⁴ Meldung Rz 120.

⁴⁵ Meldung Rz 122.

⁴⁶ Meldung Rz 123.

j. Räumliche Marktabgrenzung

62. Auch im Bereich Digital Home und Plattformen besteht eine internationale Standardisierung. Gemäss Aussagen der Zusammenschlussparteien werden Verträge auf globaler Basis verhandelt.⁴⁷ Daher kann grundsätzlich auf die Ausführungen in Rz 47 f. verwiesen werden. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann daher die räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden. Zur Marktanteilsberechnung wird sowohl ein weltweiter als auch ein europaweiter räumlicher Markt zu Grunde gelegt.

B.4.2.3 Märkte für Kundengeräte

63. Unter Kundengeräte werden sämtliche technischen Geräte verstanden, mittels welchen Endkunden in eine Kommunikationsbeziehung mit Dritten treten können. Hierunter fallen grundsätzlich auch Festnetztelefone und Faxgeräte. Aufgrund der Kauflogik von BuyIn wurden diese Märkte allerdings bereits unter der Kategorie Digital Home und Plattformen behandelt. Auf eine nochmalige Behandlung dieser Märkte unter der Kategorie Kundengeräte wird daher vorliegend verzichtet. BuyIn ist im Bereich Kundengeräte auf den nachfolgenden Märkten tätig:

a. Markt für Mobiltelefone (insbesondere Smartphones und Featurephones)

64. Der Markt für Mobiltelefone umfasst heute insbesondere Smartphones und Featurephones. Die EU-Kommission hat für Featurephones einen eigenständigen Markt abgegrenzt. Unter Featurephones werden Telefone mit besonderen Eigenschaften verstanden. Dies sind insbesondere Mobiltelefone, mittels welchen mehr als nur telefoniert werden kann, die aber weniger zu leisten vermögen als Smartphones. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann für den Einkauf von BuyIn die Marktabgrenzung im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Smartphones und Featurephones offen gelassen werden.

b. Markt für Tablet-PCs

65. Es ist fraglich ob im Hinblick auf die Beschaffung von Tablet-PCs ein eigenständiger Markt abzugrenzen ist. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann dies grundsätzlich offen gelassen werden.

c. Räumliche Marktabgrenzung

66. In räumlicher Hinsicht kann auf die Ausführungen in Rz 47 f. verwiesen werden. Für die Marktanteilsberechnungen wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eine weltweite und europaweite Betrachtung vorgenommen.

B.4.2.4 Märkte für IT-Produkte und Dienstleistungen

67. Auf den Märkten für IT-Produkte und Dienstleistungen ist BuyIn hauptsächlich als Einkäufer für die Zusammenschlussparteien im Rahmen deren Eigenbedarf zuständig. Die so von BuyIn vermittelten Einkäufe werden in der Regel nicht an Endkunden weiterverkauft. Hierbei ist BuyIn insbesondere auf den nachfolgenden Märkten tätig.

a. Hardware

68. Im Bereich Hardware (Server, Speichermedien, PCs und Monitore, Drucker, Notebooks, Unterhalt und Support) vermittelt BuyIn deren Beschaffung für den internen Geschäftsgebrauch von Orange und DTAG.⁴⁸

b. Software

69. Hierunter wird die durch BuyIn vermittelte Beschaffung von Softwareprodukten und Softwaresupport verstanden.

c. IT-attendance

70. Im Bereich der extern eingekauften IT-Dienstleistungen vermittelt BuyIn zwischen Drittanbietern und Orange sowie DTAG.

d. Räumliche Marktabgrenzung

71. Aufgrund des von BuyIn vermittelten Beschaffungsvolumens kann mindestens von einer europaweiten wenn nicht weltweiten Nachfrage ausgegangen werden. Ansonsten kann auf die Ausführungen in Rz 47 f. verwiesen werden. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird zur Marktanteilsberechnung eine weltweite und eine europaweite Perspektive eingenommen.

B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.3.1 Marktanteile in den abgegrenzten Märkten

72. In den einzelnen Geschäftsfeldern von BuyIn, welche jeweils als eigenständige Märkte angesehen werden können, haben die Zusammenschlussparteien die nachfolgenden Marktanteile:

⁴⁷ Meldung Rz 124.

⁴⁸ Meldung Rz 129 ff.

	Markt	DTAG		Orange		MA DTAG + Orange	MA DTAG + Orange + [...] ⁴⁹
		Umsatz (in Mio. EUR)	MA in %	Umsatz (in Mio. EUR)	MA in %		
Radio Access Network (RAN)	29'997	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
GSM/GPRS/EDGE	1'823.7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
UMTS/HSPA	8'556.6	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
LTE-eNodeB	19'616.7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Festnetz-Zugangs-ausrüstung (FAN)	20'159.4	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Breitband (MASN/xDSL)	1'691.7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Ausrüstung für passive optische Netzwerke (PON)	1'109.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Optical Network Termination (ONT)	3'546.4	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Kupferkabel	2'508	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Glasfaserkabel	11'304	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Übertragungsmedien	14'971	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
SDH	2'161.6	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
WDM	9'293	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Mikrowellen	3'517.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Kernnetzwerk	21'667.9	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Mobile paketvermittelnde Kerne gesamt (WPC)	3'572.8	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Traditional Packet Core	1'258.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Evolved Packet Core (EPC)	2'314.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Router	11'952.9	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%

⁴⁹[...].

Mobile Schaltsysteme (MSS)	1'444.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
IP-Multimedia-Subsysteme (IMS)	4'697.9	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Kern-Netzwerk Zu- behör	n/a	[...]	n/a	[...]	n/a	n/a	n/a
Service Dienstleistungen für Telekommunikationsnetzwerke	57'708	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
DHP	59'765.9	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Echtzeit Dienstleistungen	3'278.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Messagingdienste	n/a	[...]	n/a	[...]	n/a	n/a	n/a
Data Enabler	630.9	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Multimedia Serviceplattformen	1'092.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Vertical and Life Service	1'990.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
SIM-Karten	1'995	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Home Gateways	11'633.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Set-Top-Boxen	17'245.9	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Festnetz-Telefongeräte	3'185.1	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Service-Gebühren für Push Mail	1'222.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Mobiltelefone	183'560.7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Smartphones	174'113.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Featurephones	9'447.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Tablet-PCs	27'297.8	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Hardware (exkl. Wartung)	237'932.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Server	53'428.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Datenspeicher	21'276.1	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
PCs (inkl. Bildschirme)	53'732.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Drucker	43'465	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Notebooks	66'031	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Hardwarewartung und	66'625.7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%

–support							
Software	282'362.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Infrastruktursoftware	107'854.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Unternehmensanwendungssoftware	128'571	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Middleware	21'546.8	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Betriebs- und Browsersoftware	24'389.9	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
IT-Dienstleistungen	575'132.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
IT-Outsourcing	246'805	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
IT-Beratung	116'714	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Softwareentwicklung	211'613	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%

	Markt	DTAG		Orange		MA DTAG + Orange	MA DTAG + Orange + [...] ⁵⁰
		Umsatz (in Mio. EUR)	MA in %	Umsatz (in Mio. EUR)	MA in %		
Radio Access Network (RAN)	3'796.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
GSM/GPRS/EDGE	282.4	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
UMTS/HSPA	1'226.6	[...]	[0-10]%	[...]	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
LTE-eNodeB	2'287.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Festnetz-Zugangs-ausrüstung (FAN)	4'095.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Breitband (MASN/xDSL)	931.7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Ausrüstung für passive optische Netzwerke (PON)	1'109.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Optical Network Termination (ONT)	218.5	[...]	[0-10]%	[...]	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Kupferkabel	467	[...]	[0-10]%	[...]	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Glasfaserkabel	1'369	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Übertragungsmedien	2'314.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%

⁵⁰ [...].

SDH	261	[...]	[10-20]%	[...]	[0-10]%	[20-30]%	[20-30]%
WDM	1'237.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Mikrowellen	815.8	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Kernnetzwerk	3'720.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Mobile paketvermittelnde Kerne gesamt (WPC)	605.8	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Traditional Packet Core	299.6	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
Evolved Packet Core (EPC)	306.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Router	1'949.8	[...]	10.78%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Mobile Schaltsysteme (MSS)	266.6	[...]	[0-10]%	[...]	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
IP-Multimedia-Subsysteme (IMS)	898.1	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Kern-Netzwerk Zu- behör	n/a	[...]	n/a	[...]	n/a	n/a	n/a
Service Dienstleistungen für Telekommunikationsnetzwerke	14'943.7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
DHP	12'039.1	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Echtzeit Dienstleistungen	283	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Messagingdienste	n/a	[...]	n/a	[...]	n/a	n/a	n/a
Data Enabler	630.9	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Multimedia Serviceplattformen	1'092.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Vertical and Life Service	1'990.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
SIM-Karten	239.9	[...]	[0-10]%	[...]	[10-20]%	[10-20]%	[20-30]%
Home Gateways	2'496.6	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Set-Top-Boxen	4'223.2	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Festnetz-Telefongeräte	1'083	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Service-Gebühren für Push Mail	n/a	[...]	n/a	[...]	n/a	n/a	n/a

Mobiltelefone	37'826.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	11%
Smartphones	36'853.9	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	10.9%
Featurephones	972.6	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Tablet-PCs	5'338.6	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Hardware (exkl. Wartung)	50'573.7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Server	10'385.3	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Datenspeicher	4'875.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
PCs (inkl. Bildschirme)	9'879.7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Drucker	9'925.7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Notebooks	15'507.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Hardwarewartung und -support	16'562.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Software	69'922.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Infrastruktursoftware	26'329.8	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Unternehmensanwendungssoftware	33'319.4	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Middleware	5'058.8	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Betriebs- und Browsersoftware	5'214.5	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
IT-Dienstleistungen	169'337	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
IT-Outsourcing	75'188	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
IT-Beratung	36'372	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Softwareentwicklung	57'777	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%

73. 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.

74. Die Zusammenschlussparteien erreichen im Markt für SDH sowie im Markt für SIM-Karten bei einer europaweiten Marktabgrenzung einen gemeinsamen Markt-

anteil von über 20 % (gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Da BuyIn für die Zusammenschlussparteien in der Schweiz allerdings lediglich Beschaffungen im Wert von weniger als [...] CHF tätigt und keine Produkte in den Bereichen SDH und SIM-Karten nachfragt, liegt der gemeinsame Marktanteil in jedem Fall unter den oben berechneten [20-30] %. Der Vollständigkeit halber werden dennoch diese beiden Märkte näher betrachtet.

B.4.3.2 Beschaffungsmarkt für SDH

75. Im Bereich der Hardwareausrüstung zum Datentransport im Bereich optischer Datenübermittlung haben die Zusammenschlussparteien in den letzten drei Jahren bei einer europaweiten Betrachtung die nachfolgenden Marktanteile erzielt:

SDH		DTAG		Orange		MA DTAG + Orange	MA DTAG + Orange + [...]
	Europaweit (in Mio. EUR)	Umsatz (in Mio. EUR)	MA in %	Umsatz (in Mio. EUR)	MA in %		
2013	378.8	[...]	[10-20]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	n/a
2014	258.8	[...]	[20-30]%	[...]	[0-10]%	[20-30]%	[20-30]%
2015	261	[...]	[10-20]%	[...]	[0-10]%	[20-30]%	[20-30]%

76. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass die im Markt für SDH vertriebene Technologie ihr „Lebensende“ erreicht hat.⁵¹ [...] Ansonsten habe der gemeinsame Marktanteil in den Jahren davor jeweils bei ca. [10-20] % pro Jahr gelegen. Die drei wichtigsten Konkurrenten im europaweiten Beschaffungsmarkt für SDH sehen die Zusammenschlussparteien in den drei grössten Festnetzbetreibern. Diese sind Telefónica TIM und die BT-Gruppe.

77. Aufgrund der Marktanteile und der Marktanteilsentwicklung sowie aufgrund der allgemeinen Marktsituation ist nicht davon auszugehen, dass durch das Zusam-

menschlussvorhaben auf dem Markt für SDH Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG bestehen.

B.4.3.3 Beschaffungsmarkt für SIM-Karten

78. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass die Marktanteile nur auf den SIM-Karten für Telekommunikationsdienstleistungen berechnet werden und daher ihr Marktanteil tendenziell zu hoch ausfällt.⁵² Basierend auf ihren Angaben erreichten die Zusammenschlussparteien in den letzten drei Jahren europaweit betrachtet die nachfolgenden Marktanteile:

SIM-Karten		DTAG		Orange		MA DTAG + Orange	MA DTAG + Orange + [...]
	Europaweit (in Mio. EUR)	Umsatz (in Mio. EUR)	MA in %	Umsatz (in Mio. EUR)	MA in %		
2013	191.9	[...]	[0-10]%	[...]	[10-20]%	[10-20]%	n/a
2014	199.8	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[10-20]%	[20-30]%
2015	239.9	[...]	[0-10]%	[...]	[10-20]%	[10-20]%	[20-30]%

79. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass die tatsächlichen Marktanteile aufgrund der Nachfrage von Banken, Versicherungen etc. deutlich tiefer liegen.⁵³ Zudem sei der Markt für SIM-Karten in Bewegung seit die eSIM-Technologie in den Markt eingeführt wurde und daher weniger physische SIM-Karten gebraucht würden.⁵⁴

80. Aufgrund der Marktanteile und der Marktanteilsentwicklung, aufgrund der allgemeinen Marktsituation sowie aufgrund der neu auftretenden eSIM-Technologie ist nicht davon auszugehen, dass durch das Zusammenschlussvorhaben auf Markt für SIM-Karten Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG bestehen.

B.4.4 Ergebnis

81. Die Zusammenschlussparteien verfügen lediglich auf den Märkten für SDH und für SIM-Karten über einen Marktanteil von [20-30] %, wobei auf den jeweiligen

Märkten weitere grosse Abnehmer tätig sind. Da es sich hierbei in der Regel um standardisierte Produkte handelt, sind die jeweiligen Anbieter auch kaum von einem einzelnen Nachfrager abhängig.

82. Die vorläufige Prüfung ergibt daher 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.

⁵¹ Meldung Rz 146.

⁵² Meldung Rz 149.

⁵³ Meldung Rz 149.

⁵⁴ Meldung Rz 152.

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Prise de position du 14 décembre 2015 de la Commission de la concurrence COMCO dans le cadre des procédures 2C_880/2015 et 2C_885/2015

La présente prise de position de la COMCO du 14 décembre 2015 se rapporte à l'arrêt 143 II 120 du 6 mars 2017 du Tribunal dans la cause A. SA. et Municipalité de la Ville de Lausanne contre B. SA (publié dans DPC 2017/3, p. 517).

Prise de position du 14 décembre 2015 de la Commission de la concurrence COMCO dans le cadre des procédures 2C_880/2015 et 2C_885/2015

Résumé

Recevabilité: De l'avis de la COMCO, les recours doivent être déclarés recevables.

Applicabilité de l'article 2 alinéa 7 LMI: Les parties considèrent que l'octroi de la concession litigieuse tombe dans le champ d'application de l'article 2 alinéa 7 LMI et que l'autorité concédante a à juste titre publié un appel d'offres en se référant à cette disposition. De plus, l'application de l'article 2 alinéa 7 LMI aux monopoles de fait correspond à l'avis de la doctrine majoritaire et de la COMCO. Ainsi, le centre du litige se situe au niveau de l'admissibilité des (sous-)critères ayant présidé à l'évaluation des offres et non à celui du champ d'application de l'article 2 alinéa 7 LMI.

Exigence d'une base légale cantonale pour les critères secondaires sociaux: En substance, la COMCO parvient aux mêmes conclusions que l'instance précédente, à savoir que les sous-critères relatifs au critère principal « infrastructure », la création/perte d'emploi et le lieu d'implantation ainsi que ceux relatifs au critère principal « politique sociale », le montant des salaires et le taux de couverture de l'institution de prévoyance professionnelle ne sont – en application de l'ATF 140 I 285, consid. 7.1 – pas admissibles vu l'absence de base légale dans le droit cantonal. S'agissant du sous-critère du nombre d'apprentis il a été appliqué d'une manière protectionniste, discriminatoire et arbitraire.

Application de la LMI aux critères secondaires: La COMCO considère que la transmission de l'exploitation d'un monopole nécessite la publication d'un appel d'offres contenant des (sous-)critères compatibles avec les quatre principes fondamentaux que sont la transparence, la non-discrimination, l'économicité et la concu-

rence. Leur interprétation dans le domaine du droit des marchés publics valent également pour les procédures au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI. Les critères qui violeraient ces principes doivent respecter les conditions de l'article 3 LMI sous peine d'être inadmissibles.

En conclusion, comme l'instance précédente l'a relevé, les critères secondaires du lieu de situation du siège de l'entreprise, de la perte/création d'emplois dans la commune de Lausanne, de la hauteur de la rémunération des employés, du taux de couverture de l'institution de prévoyance professionnelle et du nombre d'apprentis dans l'entreprise sont inadmissibles.

1 En procédure

1. Par ordonnances du 12 novembre 2015, la Chancellerie du Tribunal fédéral a, par ordre du Président de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral, invité la Commission de la concurrence (COMCO) à se déterminer au sujet des procédures nos 2C_880/2015 et 2C_885/2015, dans le délai prolongé par ordonnances du 9 décembre 2015 jusqu'au 4 janvier 2016. Remis au soin de la Poste suisse à la date du cachet postal, la présente prise de position est déposée en temps utile.

2. Dans la mesure où ces procédures relèvent du même état de fait, la COMCO ne prend position que dans un seul document, transmis en douze exemplaires.

2 En fait

3. Dans le cadre de la présente prise de position, tout comme le fait le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), la COMCO se base sur les faits tels qu'ils ont été établis par l'Instance précédente.

3 En droit

3.1 Recevabilité des recours

3.1.1 Qualification de l'attribution d'une concession par rapport à l'art. 83 let. f LTF

4. Les requérantes font toutes deux valoir que la transmission d'une concession d'usage exclusif ou de monopole au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 83 lettre f LTF.

Cet avis est aussi partagé par la doctrine.¹

5. Du point de vue du droit matériel, la transmission de l'exploitation économique d'un monopole au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI ne peut être qualifiée de marché public (cf. ci-dessous). Cela sort de la systématique et de la finalité des articles 2 alinéa 7 LMI et 5 LMI. L'article 2 LMI garantit l'accès libre aux marchés intercantonaux et intercommunaux afin d'y exercer une activité lucrative de manière durable dans un canton ou une commune. En présence d'activités économiques soumises à autorisation dont le nombre n'est pas limité (« marchés ouverts »), l'accès intercantonal au marché a lieu conformément au principe du lieu de provenance et à la présomption d'équivalence des prescriptions d'accès (art. 2 al. 1 à 5 LMI). Ces principes n'empêchent cependant en rien qu'un canton ou une commune restreigne le nombre des offreurs admis sur le marché sur la base d'un monopole de droit ou de fait; la doctrine parle alors de « marchés fermés » (« geschlossener Markt »).² La LMI ne limite pas la *création* de monopoles cantonaux³, respectivement de marchés fermés, mais régit la *procédure* d'accès aux activités monopolistiques.⁴ L'article 2 alinéa 7 LMI prévoit ainsi que l'accès au marché doit se faire par le biais d'un appel d'offres. Cela garantit que tous les offreurs potentiels soient traités de manière égale et que l'offreur le plus efficient – avec le meilleur rapport qualité/prix – ait accès au marché (au sujet de l'interprétation de l'article 2 alinéa 7 LMI, cf. pts 3.3.2 et 3.3.3).

6. Par contre, l'article 5 LMI ne règle pas l'accès intercantonal à une activité économique, mais la fourniture d'une prestation à l'État. Selon le Tribunal fédéral, « on se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que « demandeur » (Nachfrager), acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est « consommatrice » (Konsument) de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le « fournisseur » (Produzent) ». ⁵ L'octroi de concession d'usage de monopoles de droit et de monopoles de fait n'entre en principe pas dans cette définition.⁶

3.1.2 Conditions de l'article 83 let. f LTF

7. À titre préliminaire, la COMCO relève que les parties ne contestent pas l'application de l'article 2 alinéa 7 LMI à la transmission de l'exploitation de la concession en cause (cf. à ce sujet, dans le détail, le pt 3.3, ci-dessous). En outre, comme évoqué ci-dessus (cf. ch. 4), elles considèrent que l'article 83 let. f LTF n'est pas applicable à la transmission d'une concession. Toutefois, si le Tribunal fédéral devait considérer que cette disposition est applicable, alors il convient de se pencher sur les conditions de réalisation de l'exception à l'irrecevabilité du recours, à savoir la présence d'au moins une **question juridique de principe** ainsi que d'une valeur « de marché » dépassant les **seuils** applicables en matière de marchés publics fédéraux/internationaux.

8. En l'espèce, les recourantes ont soulevé les questions suivantes:

a. Pour l'autorité concédante :

- i. « Dès lors que l'article 2 alinéa 7 LMI impose une procédure d'appel d'offres pour la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal, peut-on ou doit-on **appliquer** pour l'octroi des concessions de monopole d'affichage public l'entier de la **réglementation en matière de marchés publics** ? »
- ii. « Dans le cadre de l'octroi d'une concession à un privé d'un monopole public d'affichage, l'autorité concédante est-elle en **droit de fixer des critères sociaux**, ou relevant de la politique sociale, allant **au-delà de ceux admis en droit des marchés publics**, posant de ce fait des exigences sociales plus importantes au futur concessionnaire ? »

b. Pour la recourante 1:

- i. « [...] il s'agit de déterminer la portée de l'art. 2 al. 7 LMI, savoir si cette disposition implique ou non **l'application de la réglementation sur les marchés publics**, soit **non seulement l'exigence d'une procédure d'appel d'offres**, mais **également les autres dispositions en matière de marché public**, question fondamentale soulevée par l'arrêt entrepris. [...] »

¹ NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR/RDS 2014, p. 219 ss, 225 ; MARTIN BEYELER, Zum Beschwerdeverfahren, in: Hubert Stöckli/Martin Beyeler (Eds), Das Vergaberecht der Schweiz; Überblick – Erlasse – Rechtsprechung, 9e éd., 2014, p. 587 ss, no 324 ; selon ces auteurs l'article 83 let. f LTF n'est applicable que si l'objet mis au concours dans son ensemble peut être qualifié de marché public au sens de l'article 5 LMI. C'est notamment le cas lorsque l'octroi d'une concession comporte également l'adjudication d'un marché public (cf. p. ex. ATF 135 II 49, en particulier consid. 4.4) ou si une concession tombe à la fois dans le champ d'application du droit des marchés publics et de l'art. 2 al. 7 LMI, notamment lorsque l'État délègue à un privé l'exécution d'une tâche publique (monopolisée) (cf. dans ce sens : ATF 141 II 113, consid. 1.2.2) voir toutefois l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_857/2012 du 5 mars 2013, consid. 1.4.

² NICOLAS DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, p. 209 ss, 210, 216 ss; BERNHARD RÜTSCHÉ/NICOLAS DIEBOLD, Geschlossene Märkte (Chap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Chap. 6), in: Samuel Rutz/Lukas Schmid (Éds), Avenir Suisse Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, 2014, p. 105 s. (disponible, uniquement en allemand sur <http://www.avenir-suisse.ch>); Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 42.

³ DIEBOLD, Eingriffsdogmatik (note 2), p. 211 ; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd., 2013, LMI 1 no 44 et LMI 2 I à VI no 67; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Éds), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2e éd., 2007, p. 399 ss, no 30; encore sous l'empire de la LMI de 1995, le Tribunal administratif du canton de Berne avait examiné la création d'un monopole pour la révision des études de notaires sous l'angle du respect des conditions de justifications de l'article 3 al. 1 LMI 1995, Jugement du 14 novembre 2001, consid. 4e/cc, in: BVR 2002, 241.

⁴ DIEBOLD, Eingriffsdogmatik (note 2), p. 211, 218.

⁵ ATF 125 I 209 consid. 6b.

⁶ DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, DC 2006, p. 203 ss, nos 10 à 13.

- ii. Cela recouvre en particulier la question de savoir si, comme l'a fait l'autorité intimée, les **critères sociaux** peuvent être écartés de la procédure d'octroi d'une concession faite d'une base légale expresse. »

9. Les questions soulevées sont sémantiquement identiques. Elles se réfèrent, pour la première, à l'étendue de l'application par analogie du droit des marchés publics à la transmission de l'exploitation d'une concession d'usage exclusif à un tiers, et pour la seconde, à l'admissibilité et le cas échéant la marge de manœuvre dont dispose l'autorité lorsqu'elle établit des critères sociaux afin de déterminer l'offreur présentant le meilleur rapport qualité/prix, respectivement la meilleure efficacité.

10. La COMCO remarque que les questions proposées par les recourantes appellent effectivement une réponse de la part de notre Haute Cour. En effet, comme relevé ci-dessous (cf. ch. 12 ss), le Tribunal fédéral a déjà été amené à examiner l'application de l'article 2 alinéa 7 LMI, mais n'a jamais tranché la question de l'applicabilité cette disposition aux monopoles de fait,⁷ ni celle de l'étendue de l'application par analogie du droit des marchés publics, ni, en conséquence, celle des conditions d'admissibilité de critères sociaux dans le cadre de l'octroi d'une concession. En tout état de cause, les questions soulevées contiennent encore un aspect fondamental implicite qui est celui des effets des (quatre) principes cardinaux du droit des marchés publics (économie, concurrence, transparence et non-discrimination) qui sont également contenus dans l'article 2 alinéa 7 LMI (cf. au sujet des principes de l'économie et de la concurrence, cf. pt 3.3.3 en particulier ch. 51 s.).

11. Pour ce qui concerne la condition du dépassement des **valeurs-seuils** applicables (art. 83 let. f ch. 1 LTF qui renvoie à la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1] ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics [RS 0.172.052.68]), la valeur économique de la concession octroyée atteint, comme l'ont indiqué les parties, près de 6 millions de francs. En conséquence, la concession n'étant manifestement pas une prestation de construction, les seuils applicables pour des services ou des fournitures sont largement dépassés (art. 6 al. 1 let. a ou b LMP et art. 3 par. 4 de l'accord du 21 juin 1999).

3.2 Applicabilité de l'article 2 al. 7 LMI

12. Selon le jugement de l'instance précédente, et de l'avis non contradictoire des parties, l'article 2 alinéa 7 LMI s'applique à l'octroi d'une concession pour l'exploitation de l'affichage sur le domaine public et le patrimoine administratif. Ceci implique que cette disposition régit non seulement la transmission des monopoles de droit, mais également ceux de fait. Le Tribunal fédéral n'a à ce jour pas encore tranché la question.⁸

13. Selon la pratique de la COMCO, l'obligation de procéder à un appel d'offres au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI vaut en principe pour le transfert de l'exploitation à des fins commerciales tant de monopoles de droit et de

régales que pour les monopoles de fait.⁹ Cet avis est partagé par une majorité de la doctrine.¹⁰

14. Dans le cadre du projet de révision du droit des marchés publics, le Conseil fédéral considère également que l'article 2 alinéa 7 LMI s'applique aux concessions d'usage exclusif: « Les concessions, qui n'ont pas de lien avec des tâches étatiques (par ex. les concessions de droit exclusif [« Sondernutzungskonzessionen » dans la version allemande]) ne sont pas concernées. À cet

⁷ Le Tribunal fédéral a jusqu'à présent explicitement laissé ouverte la question de l'application de l'article 2 al. 7 LMI aux concessions d'usage exclusif du domaine public, ATF 135 II 49, consid. 4.1 (ville de Genève); arrêt du TF 2C_198/2012 du 16 octobre 2012, consid. 6 (Bâle-Ville); arrêts du Tribunal fédéral 2C_167/2012 et 2C_444/2012 du 1^{er} octobre 2012, consid. 5.1 (ville de Genève); voir aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C_134/2013 du 6 juin 2014, consid. 2.6 (Palexpo); ATF 125 I 209, consid. 6b (ville de Genève).

⁸ Cf. note 7.

⁹ Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 42; Expertise de la COMCO du 27 février 2012 concernant l'accès au marché des services de taxi non-locaux à l'exemple des prescriptions d'accès des cantons BE, BS, BL de même que des villes de Zurich et Winterthur, DPC 2012/2, p. 438, ch. 58; Rapport annuel 2012 de la COMCO, Thème spécial: le marché intérieur suisse, DPC 2013/1, p. 29, p. 32; Expertise de la COMCO du 22 février 2010 concernant le renouvellement des contrats de concession sur l'usage du domaine public, DPC 2011/2, p. 345; Expertise de la COMCO du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schwyz concernant le renouvellement de la concession hydraulique au bénéfice de Elektrizitätswerk des Bezirks Schwyz AG, DPC 2011/2, p. 353, ch. 53.

¹⁰ **Dans ce sens:** FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions ?, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Éds), Marchés publics 2012, 2012, p. 167 ss, ch. 101 ss; MARTIN BEVELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, 2012, ch. 815 s.; DIEBOLD, Ausschreibung (note 1), p. 249; BIANCHI DELLA PORTA (note 3), LMI 2 I à VI no 68; ESSEIVA (note 6), p. 203 s.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3^{ème} éd., 2013, ch. 211; DANIEL KUNZ, Konzessionen – durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Éds), Marchés publics 2012, 2012, p. 205, ch. 26 ss; LE MÊME, Die Konzessionserteilung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Éds), Die Konzession, 2011, p. 27 ss, 36; ANDRÉ MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung: im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, 2011, p. 329 s.; ETIENNE POLTIER, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Terrier (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^{ème} éd., 2013, p. 1879 ss, LMI 2 VII ch. 23; ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTWER, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 2007, p. 585, 590 s.; RÜTSCH/DIEBOLD (note 2), p. 105 s.; KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge der Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4^{ème} éd., 2006, § 5, ch. 136; THOMAS ZWALD, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 2010/3, p. 28 ss, 30.

D'un autre avis: OLIVER GISELA, Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone über die Nutzung des Untergrundes, URP 2014, p. 382, 482; STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung – Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, PJA 2007, p. 1288, 1296 s.; JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, 2011, ch. 950 ss; HANS RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBI 2011, p. 113 ss; RENÉ WIEDERKEHR/ANDREAS ABEGG, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, ZBI 2014, p. 639 ss, 651.

égard, les cantons et les communes demeurent soumis à l'obligation d'une mise au concours publique selon l'art. 2, al. 7, LMI. »¹¹ Par ailleurs, les cantons qui révisent ou créent des lois sur l'usage du sous-sol et y prévoient un appel d'offres au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI pour toute transmission de concession d'usage exclusif et de régle.¹² En outre, les tribunaux cantonaux ont depuis confirmé l'application de l'article 2 alinéa 7 à l'octroi de droit d'usage du domaine public à des fins économiques.¹³

15. En conséquence, les **concessions d'usage exclusif** (« *Sondernutzung* ») du domaine public sont également soumises à l'obligation de publier un appel d'offres au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI, dans la mesure où, pour des questions de disponibilité limitée, un choix doit être fait entre plusieurs offreurs

16. Du point de vue de la COMCO, la qualification juridique administrative d'une concession en tant que concession de monopole, de régle ou d'usage exclusif n'est pas déterminante, mais bien plutôt le fait que plusieurs acteurs du marché s'intéressent à des droits exclusifs, disponibles uniquement en quantité limitée. Que l'État s'appuie sur une base légale (monopole de droit ou clause du besoin), la constitution cantonale (régle) ou son pouvoir de disposition sur le domaine public (monopole de fait) pour limiter le nombre d'acteurs présents sur le marché n'est pas pertinent en regard de l'application de l'article 2 alinéa 7 LMI. En effet, il y a dans tous ces cas un « monopole » au sens de cette disposition; le nombre d'intéressés – un seul ou un nombre restreint – à qui l'on accorde l'accès au marché n'est pas important à cet égard. Si plusieurs acteurs économiques s'intéressent à un marché à l'accès limité, seule une procédure avec un appel d'offres sera en principe à même de respecter les principes de l'égalité de traitement entre concurrents, la neutralité économique de l'État, la transparence et l'unité du marché intérieur.¹⁴ En conséquence, si seule une quantité restreinte d'offres peut se voir octroyer un accès à une activité économique dans un marché déterminé (« marché fermé »¹⁵), alors l'attribution du droit d'accès au marché sous la forme d'une concession d'usage exclusif doit se dérouler conformément à l'article 2 alinéa 7 LMI.

17. L'incohérence de la distinction entre monopole de droit et monopole de fait quant à la portée de l'article 2 alinéa 7 LMI est illustrée par la question de fond de l'ATF 128 I 3 concernant la licéité du monopole de droit de l'affichage sur les domaines public et privé. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion qu'un monopole pouvait être justifié sous l'angle de la liberté économique lorsqu'il portait sur le domaine public (monopole de fait), mais pas s'il s'étend au domaine privé (monopole de droit). Si les monopoles de droit sur le domaine privé étaient aujourd'hui encore admissibles, alors cela n'aurait aucun sens d'imposer qu'un appel d'offres au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI pour octroyer une concession y afférentes, mais de ne pas le faire pour une concession de monopole de fait pour l'affichage sur le domaine public. C'est la transmission de l'exploitation d'un monopole dans son ensemble qui est soumise à l'obligation de publier un appel d'offres; peu importe qu'il s'agisse d'un monopole fondé sur une base légale (monopole de droit) ou fondé sur le droit de

propriété de l'État (monopole de fait). Dans ce contexte se pose également la question de savoir si le monopole de l'affichage sur le domaine public peut encore être considéré comme une atteinte proportionnelle au principe de la liberté économique au sens de l'ATF 128 I 3. Il est dans tous les cas imaginable que les communes, en tant que mesure portant moins atteinte et à l'instar de ce qu'a fait la ville de Zurich,¹⁶ constituent plusieurs lots et

¹¹ Rapport explicatif du DFF du 1^{er} avril 2015, Révision de la loi fédérale sur les marchés publics, p. 29, disponible à l'adresse: https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/fr/dokumente/Oeffentliches_Beschaffungswesen/Revision_Beschaffungsrecht/LMP_Rapport_explicatif.pdf.download.pdf/LMP%20Rapport%20explicatif.pdf.

¹² Cf. pour le canton de Fribourg Rapport explicatif accompagnant l'avant-projet de loi sur l'usage du sous-sol ad art. 15, p. 12, disponible à l'adresse: http://www.fr.ch/cha/files/pdf67/04_fr_RAP_projet_loi_sous-sol.pdf

(dernière consultation le 7 décembre 2015), ainsi que pour le canton de Thurgovie Entwurf für ein Gesetz über die Nutzung des Untergrundes (GNU) – Erläuternder Bericht zum Entwurf für die externe Vernehmlassung, p. 12, disponible à l'adresse: http://www.tg.ch/documents/erlaeuternder_bericht_nutzung_untergrund.pdf; voir aussi pour l'affichage publicitaire: article 11 des Vorschriften der Stadt Zürich über das Anbringen von Reklameanlagen im öffentlichen Grund vom 21. Mai 2008 (VARöG; AS-Nr. 551.240).

¹³ Tribunal cantonal LU, jugement 7H 14 136 du 21 juillet 2014, consid. 3.5 (Stand pour vente de marrons grillés), *in*: DPC 2014/3, p. 650; cf. également l'admission de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI aux concessions cantonales de prospection par le Tribunal cantonal ZH, jugement VB.2013.00439 du 3 octobre 2013, consid. 6.5 et le Tribunal cantonal GL, jugement VG.2013.00061 du 6 novembre 2013, consid. 4b, tous deux *in*: DPC 2013/4, p. 860, sans qu'il y soit question d'une distinction entre régles et concession d'usage exclusif.

¹⁴ Cf. Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et l'Autorité intercantonale pour les marchés publics concernant les effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la loi sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 41 s.

¹⁵ Cf. à ce sujet: RÜTSCH/DIEBOLD (note 2), p. 105 s.; Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 42.

¹⁶ Communiqué de presse du Conseil municipal de la ville de Zurich du 6 juin 2012: Les contrats d'exploitation des surfaces d'affichage sur le domaine public ayant fait l'objet d'un appel d'offres pour la dernière fois en 2006 se termineront à la fin du mois de juin 2013. Par le biais de l'appel d'offres ci-joint pour la période contractuelle de 2013 à 2018, la ville de Zurich met l'affermage de près de 1'800 emplacements publicitaires au concours. Comme lors du dernier appel d'offres de 2006, la procédure a été configurée de manière telle qu'un **cercle** d'entreprise **aussi grand que possible** puisse y prendre part. Dorénavant la ville de Zurich proposera à la location les surfaces d'affichage les plus lucratives **non plus uniquement en lots, mais également individuellement**. Cela devrait permettre, en plus des grandes firmes établies, à de plus petites agences voire aux clients finaux de prendre part aux procédures d'appel d'offres et d'obtenir des lots ou des surfaces d'affichage individuelles. » (traduction libre de: « Die im Jahr 2006 letztmals ausgeschriebenen Verträge für die Bewirtschaftung der Plakatlflächen auf öffentlichem Grund laufen Ende Juni 2013 aus. Mit der anstehenden Ausschreibung der Vertragsperiode 2013–2018 werden rund 1800 Plakatwerbestellen der Stadt Zürich zur Pacht ausgeschrieben. Wie bereits bei der letzten Ausschreibung im Jahre 2006 wurde das Verfahren so angelegt, dass sich ein möglichst **breiter Kreis** von Firmen an der Ausschreibung beteiligen kann. Neu bietet die Stadt Zürich die lukrativsten Plakatlflächen **nicht nur in Losen, sondern auch einzelne Plakatstellen** zur Pacht an. Dies soll es ermöglichen, dass sich neben den grossen, etablierten Firmen auch kleinere Plakatierungsfirmen und allenfalls auch Endkunden an der Ausschreibung beteiligen und den Zuschlag für ein Los oder einzelne Plakatlflächen erhalten können. » [*mise en forme par le rédacteur*], disponible à l'adresse [dernière consultation le 22 décembre 2015]: https://www.stadt-zuerich.ch/hbd/de/index/ueber_das_departement/medien/medienmitteilungen/2012/juni/120606a.html).

les mettent au concours séparément. De cette manière, d'une part, le marché « fermé » serait quelque peu ouvert, passant d'un monopole à un duopole voire un oligopole et, d'autre part, plusieurs offreurs de services de publicité extérieure auraient la possibilité d'exploiter un réseau d'emplacements dans toute la Suisse et d'offrir des campagnes publicitaires sur tout le territoire.¹⁷

18. Par ailleurs, puisque de la même manière que le refus d'une concession pour l'usage exclusif, le refus d'une **autorisation pour l'usage accru du domaine public** aboutit à un marché fermé, l'article 2 alinéa 7 LMI doit également trouver application dans ce cas-là. Du point de vue de cette disposition, l'intensité de l'usage du domaine public n'est pas déterminante (usage exclusif ou accru), contrairement aux rapports de concurrence sur le marché concerné.¹⁸

19. Finalement, l'octroi de concession d'usage exclusif du domaine public et d'autorisation pour l'usage accru du domaine public afin d'exercer une activité économique doit respecter les exigences des principes de la **liberté économique** (art. 27 Cst.) et de l'égalité de traitement des concurrents.¹⁹ Le Tribunal fédéral a déjà jugé que le refus d'une autorisation pour l'usage accru du domaine public constituait une atteinte à la liberté économique qui devait pouvoir être justifiée.²⁰ Lorsque la demande dépasse l'offre, la délivrance d'une autorisation pour l'usage accru – par exemple pour l'exploitation de stand au marché hebdomadaire – doit en principe avoir lieu par le biais d'une procédure ouverte au sens du droit des marchés publics.²¹

20. Le même principe doit également valoir pour les concessions d'usage exclusif de chose publique, même si, contrairement à l'avis de la doctrine majoritaire²², le refus d'une concession d'usage exclusif ne devait pas être considéré comme une atteinte à la liberté économique. Si l'État ne fait pas lui-même usage d'un monopole de fait et en transmet l'exploitation à un privé, alors la procédure doit satisfaire aux principes de l'égalité de traitement des concurrents²³ et à l'obligation de publier un appel d'offres de l'article 2 alinéa 7 LMI. En effet, l'article 2 alinéa 7 LMI transpose la liberté économique au niveau de la loi, de sorte qu'il se justifie désormais d'appliquer l'égalité de traitement des concurrents de l'article 27 Cst. aussi aux concessions d'usage exclusif.²⁴ Malgré la jurisprudence la Tribunal fédéral qui refuse l'application de la liberté économique dans les marchés publics²⁵, cela se justifie néanmoins par le caractère très détaillé de la réglementation en matière de marchés publics, qui codifie et met en œuvre l'égalité des concurrents, de sorte que le principe constitutionnel n'a plus de portée propre additionnelle. Il en va différemment dans le cadre de l'art. 2 al. 7 LMI, qui pose le principe de l'égalité de traitement, mais n'en détaille pas les implications comme le fait le droit des marchés publics. Il se justifie dès lors d'appliquer l'art. 27 Cst. en plus de l'art. 2 al. 7 LMI pour l'octroi de concessions.

21. L'avis selon lequel la transmission de droits d'usage exclusif de choses publiques (ou de régales) constituerait une activité régaliennne et serait donc exclue du champ d'application de la liberté économique et de la LMI n'est pas pertinent. Il ne suffit pas qu'une activité soit fondée sur un monopole de fait ou une régale can-

tonale pour qu'elle puisse être qualifiée de régaliennne au sens de l'article 1 alinéa 3 LMI.²⁶ C'est pour cette raison que les jugements des tribunaux cantonaux des cantons de Zurich et Glaris – selon lesquels une concession aux

¹⁷ Sur ce dernier point, cf. *Surveillant des prix, Affichage sur l'espace public – L'appel d'offres comme instrument de la concurrence*, p. 4.

¹⁸ Tribunal cantonal LU, Jugement 7H 14 136 du 21 juillet 2014, consid. 3.5, *in*: DPC 2014/3, p. 650; DIEBOLD, *Ausschreibung* (note 1), p. 245; RÜTSCHÉ/DIEBOLD (note 2), p. 105 s.

¹⁹ TOBIAS JAAG, *Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien*, *in*: Hans Ulrich Walder/Tobias Jaag/Dieter Zobl (Éds), *Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994*, 1994, p. 477 ss, 485 s.

²⁰ S'agissant du droit conditionnel à la délivrance d'une autorisation d'usage accru du domaine public, cf. notamment ATF 119 la 45, consid. 1a/bb (Cirque Gasser Olympia); Arrêt du TF 2C_61/2009 du 5 octobre 2009, consid. 4.1 (St-Moritz).

²¹ Arrêt du TF 2C_660/2011 du 9 février 2012, consid. 4.2: « Um vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen Bestand zu haben, setzt dies jedoch voraus, dass bei beiden Bewilligungstypen ein offenes Vergabeverfahren zur Anwendung kommt ».

²² DIEBOLD, *Eingriffsdogmatik* (note 2), p. 218; REICH (note 10), no 153; Tobias Jaag, *Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen*, ZBI 1992, p. 145 ss, 159 s.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6ème éd., 2010, nos 2426 s.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8e éd., 2012, no 649; VALLENDER/HETTICH/LEHNE (note 10), § 5, no 25; DANIEL KUNZ, *Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen – Eine Analyse der Anforderungen an eine rechtsstaatliche Verteilungslenkung bei begrenzter wirtschaftlicher Berechtigungen*, 2004, p. 87; BERNHARD WALDMANN, *Die Konzession – Eine Einführung*, *in*: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Éds), *Die Konzession*, 2011, p. 1, 24; plutôt sur la retenue: ATF 129 II 497, consid. 3.1 (Entreprise Électriques Fribourgeoises); laissé ouvert *in*: ATF 119 la 390, consid. 9 (NAGRA).

²³ Le Tribunal fédéral a confirmé que lors de l'octroi d'une concession d'usage exclusif, le principe de l'égalité de traitement des concurrents doit être observé: ATF 132 V 6, consid. 2.3.2 (Clinique X.): « Ebenso wenig ist Art. 6 Ziff. 1 EMRK anwendbar auf die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen für die Benützung des öffentlichen Grundes (...), obwohl solche Entscheide Auswirkungen auf die wirtschaftliche Tätigkeit von Unternehmen haben können und dabei verfassungsmässige Grundsätze wie zum Beispiel die Gleichbehandlung der Gewerbetenossen oder die Wettbewerbsneutralität zu beachten sind (BGE 128 I 145 Erw. 4.1 mit Hinweisen). »; voir également l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_314/2013 du 19 mars 2014, consid. 5.4 et 5.7, commenté par MARKUS SCHOTT, *in*: ZBI 2015, p. 146 ss; dans le principe aussi arrêt du Tribunal fédéral 1P.84/2006 du 5 juillet 2006, consid. 3.3 (Plakanda); arrêt du Tribunal fédéral 2P.159/2001 du 12 février 2003, consid. 1.2 (Stiftung A.); VGer ZH, VB.2007.00105 vom 23. August 2007, consid. 4.1; dans la doctrine: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 22), no 2427; MOSER (note 10), p. 616; JAAG, *Gemeingebrauch* (note 22), p. 159 s.; JAAG, *Wettbewerbsneutralität* (note 19), p. 485; Diebold, *Ausschreibung* (note 1), p. 248; DIEBOLD, *Eingriffsdogmatik* (note 2), p. 218; RÜTSCHÉ/DIEBOLD (note 2), p. 106; BEYELER, *Geltungsanspruch* (note 10), no 813.

²⁴ Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 48; DIEBOLD, *Ausschreibung* (note 1), p. 251.

²⁵ Arrêts du Tribunal fédéral 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 2.2; 2C_634/2008 du 11 mars 2009 consid. 3.3; 2P.254/2004 du 15 mars 2005 consid. 2.4.

²⁶ Le Tribunal administratif du canton des Grisons a nié l'applicabilité de la LMI à l'activité de collecte de cristaux (« Strahlertätigkeit ») au moyen d'explosifs et d'outils de forage, protégeant ainsi l'exigence de domicile sur le territoire de la commune prévue dans loi communal sur la collecte de cristaux (« Strahlergesetz »). Le tribunal a fondé la motivation de sa décision sur la régale cantonale sur la montagne et un renvoi au message relatif à la LMI (dans sa teneur de 1995) selon lequel le champ d'application matériel de cette loi correspondait à la liberté du commerce et de l'industrie, cf. Tribunal administratif GR, U 08 32 du 3 juillet 2007, consid. 5.

fins de prospection d'huile minérale fondée sur la régale des montagnes (« Bergregal ») tombe dans le champ d'application de la LMI – sont corrects.²⁷

22. Le législateur a conçu la LMI en s'inspirant du marché intérieur européen²⁸ ce qui devait entre autres garantir la libre circulation des services et la liberté d'établissement sur tout le territoire suisse. Pour les offreurs externes, le **refus** d'octroi d'une concession d'usage exclusif ou de délivrance d'une autorisation d'usage accru peut en outre être qualifié de restriction d'accès au marché au sens de l'article 3 alinéa 1 LMI, qui doit être justifiée aux conditions de cette même disposition.²⁹ Souvent, les intérêts publics invoqués sont la coordination et la priorisation des différents usages des choses publiques (art. 3 al. 1 let. b LMI). Par ailleurs, les principes de la non-discrimination³⁰ et de la proportionnalité doivent être respectés (art. 3 al. 1 let. a et c LMI).

23. D'un point de vue du droit comparé, la Cour de justice de l'UE a aussi déduit initialement des dispositions du TFUE relatives à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement l'obligation de respecter la non-discrimination, la transparence et l'égalité de traitement dans l'octroi de concession. Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination selon la nationalité impliquent une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant l'ouverture des marchés publics et des concessions de services à la concurrence ainsi que le contrôle juridictionnel de l'impartialité des procédures d'attribution.³¹

24. La jurisprudence européenne (cf. note 31) est désormais codifiée dans la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.³² De plus, il est intéressant de constater que la directive 2006/123/CE³³, à son article 12 alinéa 1, prévoit que le choix entre plusieurs offreurs de service utilisant des ressources naturelles limitées doit faire l'objet d'un appel d'offres: « [I]orsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture. »³⁴

25. En résumé, il apparaît que, tant sur la base de l'article 2 al. 7 LMI que du principe de l'égalité de traitement entre concurrents, l'octroi de droits à l'usage commercial de choses publiques doit faire l'objet d'un appel d'offres chaque fois qu'une disponibilité limitée impose d'opérer un choix entre plusieurs concurrents. Cette disposition concrétise le principe constitutionnel de l'égalité de traitement entre concurrents (art. 27 en lien avec art. 94 al. 1 et 2 Cst.).

3.3 Évaluation des critères secondaires à la lumière de l'article 2 al. 7 LMI

26. Maintenant que les états de fait auxquels l'article 2 alinéa 7 LMI s'applique, il est encore nécessaire de dé-

terminer, en interprétant cette disposition, quelles exigences concrètes elle impose à la procédure d'appel d'offres.

27. Dans le cas qui occupe notre Haute Cour, l'autorité concédante a publié un cahier des charges contenant cinq critères non pondérés entre eux à son ch. 7.2.³⁵ Toutefois, elle a évalué les offres notamment au moyen des sept critères suivants³⁶, pour lesquels des sous-critères étaient définis:

- a. montant de la redevance;
- b. tarifs proposés pour les surfaces d'affichage;
- c. infrastructures et expérience (séparés en deux critères distincts dans le tableau d'évaluation comparatif no 4)³⁷;
- d. développement durable;
- e. politique sociale;
- f. *projets d'évolution du réseau d'affichage (non publié dans l'appel d'offres)*³⁸;
- g. respect du cahier des charges.

28. La COMCO n'étant pas en possession du cahier des charges, il ne lui est pas possible de déterminer si l'autorité concédante a eu recours à un ou plusieurs critères non publiés, ce qui serait une violation de l'obligation de publication de l'article 2 alinéa 7 LMI et

²⁷ Tribunal administratif ZH, VB.2013.00439 du 3 octobre 2013, consid. 3.3; Tribunal administratif GL, VG.2013.00061 du 6 novembre 2013, consid. 5b, tous deux in: DPC 2013/4, p. 860.

²⁸ Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1994 I 1193, p. 1217; Message du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, FF 1993 757, p. 780 s.; THOMAS COTTIER/MANFRED WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 1995, p. 1582 ss, 1584; PAUL RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, AJP 1995, p. 593 ss, 601.

²⁹ DIEBOLD, Ausschreibung (note 1), 226; DIEBOLD, Eingriffsdogmatik (note 2), 218; BIANCHI DELLA PORTA (note 3), LMI 2 I à VI nos 65 et 94; DOMINIK DREYER/BERNARD DUBEY, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, 2003, p. 215 (application de l'article 2 LMI aux concessions d'usage exclusif pour l'affichage publicitaire).

³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2P.191/2004 du 10 août 2005 (Wakeboard Zoug); ATF 132 I 97, consid. 2.2 (Commune de Fleurier).

³¹ Cf. arrêt Parking Brixen, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pts 46 à 50; arrêt Coname, aff. C-231/03, Rec. 2005 p. I-7287, pt 16; arrêt ANAV, aff. C-410/04, Rec. 2006 p. I-3303, pts 16 à 22; arrêt Coditel Brabant du 13 novembre 2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457 pt 25; arrêt Eurawasser du 10 septembre 2009, aff. C-206/08, Rec. 2009 p. I-8337, pt 44; arrêt Telaustria, aff. C-324/98, Rec. 2000 p. I-10745, pt 60; EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd., 2013, LMI 5 no 17.

³² JO 2014 L 94/1 du 28 mars 2014.

³³ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite « directive Services », JO 2006 L 376/36 du 27 décembre 2006.

³⁴ DIEBOLD, Eingriffsdogmatik (note 2), p. 219.

³⁵ Cf. arrêt attaqué, pt A en fait, p. 2 et consid. 3a, p. 7, cf. en particulier les renvois au ch. 7.2 du cahier des charges [CdC] qui y figurent.

³⁶ Cf. tableau d'évaluation comparatif no 1; cf. consid. 3 b de l'arrêt attaqué, p. 8.

³⁷ Cf. arrêt attaqué, consid. 3e, p. 11.

³⁸ Cf. Arrêt attaqué consid. 3a, p. 7, avec renvoi à 7.2 CdC et consid. 4b p. 12 s.

par là une violation du principe de la transparence que cette disposition contient. À la lecture de l'arrêt attaqué, et contrairement aux considérations de l'instance précédente³⁹, la COMCO considère que le(s) critère(s) non publié(s) doi(ven)t être écarté(s).

29. Cela étant, l'instance précédente a jugé que les critères suivants étaient problématiques, notamment en raison des sous-critères qui ont servi à leur évaluation :

- a. Critère « infrastructures » :
 - i. lieu de situation du siège de l'entreprise, respectivement celui depuis lequel elle déploie/rait ses activités dans le cadre de la concession; et
 - ii. perte/création d'emplois dans la commune de Lausanne.
- b. Critère « politique sociale » :
 - i. hauteur de la rémunération des employés;
 - ii. taux de couverture de l'institution de prévoyance professionnelle; et
 - iii. nombre d'apprentis dans l'entreprise.

30. Pour mémoire, l'article 2 alinéa 7 LMI prévoit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Il faut donc examiner si ces critères répondent aux exigences de l'article 2 alinéa 7 LMI et, le cas échéant, si les restrictions aux exigences de l'article 2 alinéa 7 LMI peuvent être justifiées aux conditions de l'article 3 LMI (pt 3.4).⁴⁰ L'obligation de publier un appel d'offres de l'article 2 alinéa 7 LMI doit être interprétée à la lumière des buts de la loi que sont notamment la non-discrimination (art. 1 al. 1 LMI) et l'accroissement de la compétitivité de l'économie suisse (art. 1 al. 2 let. c LMI).

31. Dans le cadre de l'interprétation de l'article 2 alinéa 7 LMI qui suit, il est dans un premier temps nécessaire d'établir la pratique admise par les tribunaux dans le domaine des marchés publics pour ce qui concerne les critères de participation et d'évaluation et de vérifier dans quelle mesure elle peut être transposée à la transmission de concession au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI (pt 3.3.1, ci-dessous). Dans un deuxième temps, il faut établir comment les principes de la transparence et de la non-discrimination (pt 3.3.2, ci-dessous) de même que ceux de l'économicité et de la concurrence (pt 3.3.3, ci-dessous) s'appliquent dans une procédure d'octroi puisque cette dernière, ainsi que les critères de participation et d'évaluation, doit respecter ces quatre principes de base. Toute atteinte à ces principes n'est admissible que si les conditions de l'article 3 LMI sont remplies (pt 3.4, ci-dessous).⁴¹

3.3.1 Pratique et portée du droit des marchés publics pour l'admissibilité des critères secondaires

32. Le Tribunal fédéral a concrétisé sa jurisprudence relative à la question de l'admissibilité des critères secondaires (aussi appelés critères étrangers; p. ex. les critères sociaux) dans un récent arrêt publié: ATF 140 I 285. Selon le Tribunal fédéral, la marge de manœuvre

laissée au pouvoir adjudicateur dans le choix des critères d'adjudication varie selon que ces critères ont une *incidence* sur le marché en cause ou qu'ils sont *étrangers* à celui-ci (con-sid. 5.4).

33. En principe, les critères d'adjudication doivent se rapporter à la prestation à fournir.⁴² Si tel est le cas, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge de manœuvre importante dans la détermination des critères qu'il entend utiliser, sous réserve du respect de l'égalité entre les concurrents.

34. En revanche, la liberté de décision d'utiliser des critères étrangers au marché (ou critères secondaires) est nettement plus restreinte, dès lors que l'applicabilité de tels critères, désormais admise dans son principe, doit être soumise à des limitations. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de marchés publics n'exclut pas le recours à des critères d'adjudication sociaux ou environnementaux qui n'ont pas de lien direct avec les prestations objet du marché en cause, dès lors que ceux-ci sont prévus par une disposition légale (consid. 7.1).

35. L'instance précédente a appliqué cette jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la question de l'admissibilité de critères secondaires dans les marchés publics (art. 5 LMI), à la procédure d'octroi d'une concession au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI. Les critères secondaires tels qu'appliqués dans le cas présent (lieu de situation du siège de l'entreprise, perte/création d'emplois dans la commune de Lausanne, hauteur de la rémunération des employés et taux de couverture de l'institution de prévoyance professionnelle) ne sont pas prévus dans le droit cantonal vaudois. Sur la base de ce constat, l'instance précédente parvient à la conclusion que ces critères secondaires ne peuvent pas non plus être utilisés dans la procédure d'appel d'offres pour la transmission d'une concession (art. 2 al. 7 LMI). S'agissant du critère du nombre d'apprentis dans l'entreprise, celui-ci est prévu dans le droit cantonal (art. 37 al. 2 RLMP-VD; RSV 726.01.1), mais appliqués d'une manière protectionniste, discriminatoire et arbitraire.⁴³

36. La COMCO partage l'avis de l'instance précédente avec toutefois la nuance que les critères secondaires, même lorsqu'ils sont prévus dans le droit cantonal, doivent en outre également être examinés sous l'angle du respect des conditions de l'article 3 LMI, tant pour les

³⁹ Cf. Jugement attaqué consid. 4b *in fine*.

⁴⁰ DIEBOLD, Ausschreibung (note 1), p. 225 s.

⁴¹ S'agissant de l'application de l'article 3 LMI aux violations de l'article 2 al. 7 LMI, DIEBOLD, Ausschreibung (note 1), p. 225; Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 47.

⁴² ATF 129 I 313 consid. 8.1 p. 324, rappelé récemment in ATF 139 II 489 consid. 2.2.1 p. 491; ATF 140 I 285, consid. 5.2.

⁴³ Cf. Jugement attaqué, consid. 5e/bb, p. 16.

marchés publics (art. 5 LMI) que pour les procédures d'octroi de concessions (art. 2 al. 7 LMI). Cette interprétation paraît conforme à l'ATF 140 I 285, consid. 5.2 et 7.1, où le TF a souligné que l'usage de critères secondaires était soumis à des limitations, parmi lesquelles en tous les cas (mais a contrario non exclusivement), l'exigence d'une base légale.

37. Le droit des marchés publics en général et l'article 5 LMI se basent sur quatre principes fondamentaux que sont la transparence, la non-discrimination, l'économicité et la concurrence (cf. art. 1 LMP et art. 1 al. 3 AIMP).⁴⁴ Le droit des marchés publics (art. 5 LMI) et la mise en concurrence des concessions selon l'article 2 al. 7 LMI applique le même instrument de l'appel d'offres. Les deux systèmes mettent en œuvre les mêmes principes de base, notamment la transparence, la non-discrimination, l'économicité et la concurrence (cf. pt 3.3.2 et 3.3.3, ci-dessous).⁴⁵ Même s'il n'est pas question d'appliquer le droit des marchés publics tel quel pour la mise en concurrence des concessions,⁴⁶ il paraît tout à fait admissible, voire même indiqué, d'interpréter ces principes de base en tenant compte de la pratique du droit des marchés publics.⁴⁷

38. Des critères secondaires sont en contradiction avec les principes de la non-discrimination, de l'économicité et de la concurrence ancrés dans l'article 5 LMI (cf. pts 3.3.2 et 3.3.3, ci-dessous) et constituent des restrictions qui doivent donc être justifiés conformément à l'article 3 LMI (pt 3.4, ci-dessous). La doctrine relève donc à juste titre que – même si un critère secondaire se base sur une disposition légale cantonale – elle doit **toujours respecter les conditions de l'article 3 LMI**.⁴⁸

39. Il est encore nécessaire de démontrer que dans la procédure litigieuse les critères utilisés par l'autorité concédante portent atteinte aux principes fondamentaux de l'article 2 alinéa 7 LMI et ne respectent pas les conditions de l'article 3 LMI ainsi que l'égalité entre concurrents de l'article 27 Cst. Même si ces critères étaient prévus dans le droit cantonal ou communal relatif à l'octroi de concession d'usage exclusif, ils ne seraient pas applicables car ils portent atteinte à un droit supérieur, celui du marché intérieur et de la liberté économique.

3.3.2 Évaluation des critères secondaires selon les principes de la transparence et de la non-discrimination

40. Les principes de la transparence et de la non-discrimination découlent tant du texte que du sens et du but de l'article 2 al. 7 LMI. Selon cette disposition, la transmission de l'exploitation d'un monopole doit faire l'objet d'un appel d'offres. Cette obligation de procéder à un appel d'offres transpose le principe de la transparence. En conséquence, l'appel d'offres doit être publié de sorte que l'objet mis au concours, les conditions de participation ainsi que les critères d'attribution soient clairement identifiables.⁴⁹

41. L'article 2 alinéa 7 LMI prévoit que les offreurs ayant leur siège en Suisse ne doivent pas être discriminés. L'égalité de traitement de même que la transparence impliquent que l'appel d'offres soit au moins publié.⁵⁰ Le principe de l'égalité de traitement exige en plus que les

critères de participation et d'attribution n'aboutissent pas à une discrimination directe ou indirecte de certains offreurs. Une discrimination sur la base du lieu de provenance est dans tous les cas illicite (art. 3 al. 2 let. c LMI). Ainsi, tous les critères qui avantagent directement ou indirectement les offreurs locaux sont illicites.

42. Par ailleurs, l'interdiction de discrimination au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI a une portée générale et ne concerne pas uniquement les offreurs externes par rapport aux offreurs indigènes. En effet, cette disposition est très proche de l'article 5 LMI quant à son contenu; les deux prévoient une obligation de publier un appel d'offres et une interdiction de discriminer. Or, le principe de non-discrimination contenu dans l'article 5 alinéa 1 LMI s'applique à toutes les procédures d'appel d'offres dans les marchés publics cantonaux. Selon la doctrine et la jurisprudence⁵¹, et notamment CLERC, « [p]our se prévaloir des droits confédérés par l'article 5 LMI, le soumissionnaire est soumis à une condition personnelle,

⁴⁴ HANS RUDOLF TRÜEB, *in*: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Éds), OFK-Wettbewerbsrecht II, 2011, BöB 1 nos 6 à 15; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht in a nutshell, 2014, p. 3 ss.

⁴⁵ BIANCHI DELLA PORTA (note 3), LMI 2 I à VI no 66.

⁴⁶ Par ses arrêts du TF 2C_167/2012 et 2C_444/2012, du 1^{er} octobre 2012, consid. 5 et ATF 135 II 49, consid. 4.1, le TF a retenu que l'application de l'article 2 al. 7 LMI ne conduisait pas (directement) à l'application des règles du droit des marchés publics, mais, hormis l'obligation de publier un appel d'offres, garantissait plutôt uniquement le droit à des garanties minimales (en particulier celles de l'article 9 al. 1 et 2 LMI); voir aussi DIEBOLD, Ausschreibung (note 1), p. 224; BEYELER, Geltungsanspruch (note 10), no 795; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 10), no 212; Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et l'Autorité intercantonale pour les marchés publics concernant les effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la loi sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 44 ss, ch. 55; Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, FF 2005 421 ss, 441: « Les autorités concernées fixent les modalités d'appel d'offres. Bien entendu, les règles d'attribution des marchés publics peuvent être appliquées par analogie ».

⁴⁷ Dans ce sens, CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht (note 44), p. 32.

⁴⁸ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 10), no 917; EVELYNE CLERC, (note 31), LMI 5 nos 126 *in fine* et 131; cette interprétation paraît conforme à l'ATF 140 I 285, consid. 5.2 et 7.1, dans lequel le TF a souligné que l'usage de critères secondaires était soumis à des limitations, parmi lesquelles en tous les cas (mais a contrario non exclusivement), l'exigence d'une base légale. Il en va de même pour l'obligation de respecter l'égalité entre les concurrents qui, si elle s'applique pour les critères en lien direct avec l'objet du marché, vaut *a fortiori* pour les critères sans relation avec la prestation à acquérir (ATF 140 I 285, consid. 5.2).

⁴⁹ Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 45.

⁵⁰ CLERC (note 48), LMI 5 no 130.

⁵¹ Cf. ATF 125 I 406, consid. 2 (Appenzell Rhodes-Intérieures); Arrêt du TF 2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 1c (Consortium X.); NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ/RSJ 2013, p. 177 ss, 180; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 10), no 1298; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, *in*: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Éds), OFK-Wettbewerbsrecht II, 2011, BGBM 5 no 1; NINA GAMMENTHALER, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, *in*: Jusletter du 26 septembre 2011, ch. 68; ETIENNE POLTIER/EVELYNE CLERC, *in*: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd., 2013, LMI 9 no 104.

celle d'avoir son domicile, son siège ou son établissement en Suisse ([...]). En revanche, il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'il n'est pas nécessaire que le soumissionnaire soit "extérieur" ([...]) ». ⁵² En outre, selon GALLI/MOSER/LANG/STEINER notamment, la portée du principe de non-discrimination est la même pour les procédures d'appel d'offres dans les marchés publics (art. 5 al. 1 LMI) que pour les procédures d'appel d'offres de mise en concurrence des concessions (art. 2 al. 7 LMI). ⁵³ Ainsi, ces dispositions sur les procédures d'appel d'offres contiennent toutes deux une interdiction générale de discriminer au profit de toute personne – et pas uniquement les « externes » – ayant leur domicile ou leur siège en Suisse, de sorte que les offreurs indigènes peuvent également s'en prévaloir. ⁵⁴

43. Il est également question d'une discrimination lorsque les offres sont évaluées sur la base de critères qui ne visent pas à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (meilleur rapport qualité/prix). ⁵⁵ En d'autres termes, non seulement les critères liés au lieu de provenance, mais également ceux qui visent la réalisation de critères secondaires sont contraires au principe de la non-discrimination au sens de l'article 3 LMI. Compte tenu du sens et du but de la LMI, seuls des critères de sélection économiques sont admissibles dans le cadre de l'application de l'article 2 alinéa 7 LMI. Tout autre critère doit pouvoir être justifié au sens de l'article 3 LMI.

44. En comparaison, la jurisprudence et la doctrine en droit des marchés publics (art. 5 LMI) sont d'avis que les critères de participation et d'adjudication étrangers au marché violent le principe de la non-discrimination. ⁵⁶ Selon CLERC, il découle des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence que les critères environnementaux ou sociaux « ne doivent pas donner au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, de sorte qu'ils doivent être objectifs, spécifiques et quantifiables, et qu'ils doivent être assortis de moyens de contrôle effectifs des offres quant au respect desdits critères ». ⁵⁷

45. Maintenant que la signification et la portée des principes de la transparence et de la non-discrimination sont clarifiées, il faut encore les confronter avec les critères secondaires du cas d'espèce que sont les « infrastructures » et la « politique sociale » et en particulier avec leurs sous-critères.

46. L'autorité concédante a recouru aux sous-critères suivants pour évaluer le **critère « infrastructures »** : lieu de l'implantation et la perte/création d'emploi. Le **lieu d'implantation**, respectivement le lieu depuis lequel la concessionnaire exploite sa concession, constitue manifestement une atteinte au principe de la non-discrimination (cf. ch. 42). En effet, la LMI exclut expressément tout critère ou sous-critère qui serait basé sur le lieu de provenance (cf. art. 3 al. 2 let. c LMI). ⁵⁸ S'agissant du risque de **perte d'emplois** ⁵⁹ pour la place lausannoise, il apparaît comme la conséquence du risque entrepreneur lors de l'exploitation d'une concession. Toute concession a une fin, de sorte qu'il peut être attendu d'un concessionnaire qu'il s'y prépare. En tout état de cause, privilégier le maintien de place de travail par rapport à la création d'un même nombre de postes ⁶⁰

constitue une inégalité de traitement, car ce critère favorise le concessionnaire en place. ⁶¹ Cela est d'autant plus discriminant car l'adjudicataire s'est engagé à reprendre tous les salariés qui perdraient leur emploi. ⁶²

47. L'autorité concédante a recouru aux sous-critères suivants pour évaluer le **critère « politique sociale »** : rémunération des employées, taux de couverture de l'institution de prévoyance professionnelle et formation d'apprentis/apprenants. Elle a évalué de manière différente le critère de la rémunération des employés. En effet dans un premier temps elle a retenu que la recourante payait mieux ses employés (tableaux d'évaluation nos 1 et 2), puis a jugé que c'était l'adjudicataire (tableau no 3) pour finalement revenir à sa position de départ (tableau no 4). La **rémunération des employés** est un élément de distinction discriminant. En effet, le salaire est fonction du salaire de départ, de l'âge d'un employé, de sa progression salariale (elle-même conditionnée par la conjoncture et la qualité des prestations de travail). De ce fait, la comparaison abstraite du salaire de base ne peut en aucun cas donner un résultat qui respecte l'égalité de traitement. Toute entreprise définit le salaire de ses salariés en fonction de facteurs externes qu'elle ne maîtrise pas. En conséquence, le recours par l'autorité concédante au sous-critère du salaire n'est pas soutenable en regard du principe de la non-discrimination. Il en va de même pour le critère du **taux de couverture de l'institution de prévoyance professionnelle**. Une entreprise ne peut gérer elle-même une

⁵² CLERC (note 48), LMI 5 no 109.

⁵³ Cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 10), no 212.

⁵⁴ DIEBOLD, Ausschreibung (note 1), p. 225; Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 46; le TF semble cependant nié l'applicabilité de l'art. 2 al. 7 LMI aux personnes indigènes, arrêt du Tribunal fédéral 2C_167/2012 et 2C_444/2012 du 1^{er} octobre 2012, consid. 5.2 (Ville de Genève).

⁵⁵ Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 46.

⁵⁶ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 10), no 917; HANS RUDOLF TRÜEB, Beschaffungsrecht, in: Giovanni Biagini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Éds), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, no 25.19.

⁵⁷ CLERC (note 31), LMI 5 no 131.

⁵⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 31 mai 2000, publié in: DEP 2000, p. 613, consid. 4b et c; CLERC (note 31), LMI 5 no 131.

⁵⁹ Comme le retient l'instance précédente dans son arrêt attaqué (consid. 6d/bb, p. 18), il n'est pas évident de comprendre quel événement – de l'octroi ou du refus – engendrerait quelle conséquence sur les postes de travail. Soit le refus engendre la suppression de dix postes, soit l'octroi permet de créer dix postes. Compte tenu du fait que la recourante 1 est déjà concessionnaire et qu'en conséquence on ne voit pas pour quel motif elle créerait dix postes supplémentaires par la prolongation de sa concession, la conclusion la plus logique est que le refus de la concession engendrerait la perte de dix postes.

⁶⁰ Cf. arrêt attaqué, consid. 3, p. 7 ss, en ce qui concerne l'évolution de l'évaluation des critères et sous-critères.

⁶¹ Les intéressés à l'obtention d'une concession doivent, lors de son octroi et de son renouvellement, être traités de manière égale, cf. POLTIER (note 10), LMI 2 VII, ch. 50.

⁶² Cf. arrêt attaqué, consid. 6 d/bb p. 18.

telle institution. Au mieux a-t-elle pu fonder sa propre institution, au pire est-elle affiliée à une institution indépendante ; mais là encore, les résultats d'une institution de prévoyance ne dépendent pas de l'activité ou des décisions de l'entreprise (éventuellement fondatrice) affiliée, mais bien par le marché sur lequel les avoirs sont placés. L'institution de la recourante, actuellement mieux couverte, n'est pas à l'abri d'un revers du marché ou d'une mauvaise décision qui aurait pour effet de réduire son taux de couverture. En conséquence, ce sous-critère n'est pas admissible car il distingue les offreurs sur la base d'éléments extrinsèques d'une telle variabilité qu'aucune comparaison ne peut être faite sous peine de violation du principe de la discrimination. Ce sous-critère ne saurait donc être admis. Finalement, l'autorité concédante a encore utilisé le sous-critère du nombre de **places d'apprentissage** ou dévolues à la formation. Cet élément, critiqué dans le domaine des marchés publics, est également discriminatoire dans le cas présent. En effet, il ne sert en rien à déterminer le concessionnaire présentant l'offre économique la plus avantageuse, ou à tout le moins ne permet pas de traiter différemment les deux soumissionnaires, vu le faible nombre d'apprentis dans les deux cas.

48. Par ailleurs, il y a lieu de constater que l'autorité concédante dans ses diverses évaluations (tableau nos 1 à 4) n'a pas fait preuve de transparence changeant son évaluation au gré des différentes négociations.⁶³ En effet, d'une part, elle a rajouté le critère de l'évolution du réseau après la publication de l'appel d'offres, et, d'autre part, ce n'est qu'à la fin de la procédure de recours que les véritables motifs de la décision d'octroi de la concession.

49. En conclusion, il apparaît que, sous réserve d'une justification au sens de l'article 3 LMI, les sous-critères susmentionnés doivent être exclus dans la mesure où ils ne respectent pas le principe de l'interdiction de la discrimination ni, dans l'usage de ceux-ci, le principe de la transparence.

3.3.3 Évaluation des critères secondaires selon les principes de concurrence et d'économicité

50. Comme déjà évoqué ci-dessus au ch. 5, la LMI n'empêche pas la création de monopoles, respectivement de marché fermé. Les cantons et les communes peuvent s'appuyer sur une base légale (monopole de droit), sur leur droit de propriété sur les choses publiques (monopole de fait), ou sur un droit régalien pour n'admettre sur un marché déterminé qu'un nombre restreint d'offres. En raison de la restriction faite aux nouvelles entrées sur le marché, la concurrence sur le marché fermé est considérablement réduite.⁶⁴ En effet, sur un marché fermé, il n'y a aucune incitation pour les offreurs à rechercher un rapport qualité/prix optimal, voire même y a-t-il un risque d'abus de position dominante sur le marché.

51. La LMI vise en particulier à accroître la compétitivité de l'économie suisse et à renforcer la cohésion économique de la Suisse (art. 1 al. 2 let. c et d LMI).⁶⁵ En conséquence, il est indispensable d'interpréter l'obligation de publication sous l'angle des principes de concurrence et d'économicité.⁶⁶ L'obligation de publication de l'article 2 alinéa 7 LMI vise à garantir l'accès au marché à

l'offreur présentant le meilleur rapport qualité/prix par le biais d'une procédure d'appel d'offres ouverte.⁶⁷ Puisqu'il n'y pas de concurrence (en aval) sur le marché en raison de la concession (monopole), alors la publication doit permettre de garantir que seul le ou les offreurs les plus efficaces aient accès au marché (concurrence en amont). Par ailleurs, l'application du principe de l'économicité dans une procédure d'appel d'offres en vue de l'octroi d'une concession est justifiée puisque l'article 2 alinéa 7 LMI transpose la liberté économique au niveau de la loi (cf. ch. 20).

52. Selon les principes concurrence et economicité, seul l'offreur le plus efficace doit avoir accès au marché fermé. Les critères doivent permettre l'évaluation de l'efficacité, c'est-à-dire être conçus de sorte à garantir le meilleur rapport qualité/prix sur le marché. Le principe de l'économicité exige qu'il y ait un lien direct entre l'activité concédée et les critères d'évaluation.

53. Maintenant que la signification et la portée des principes de concurrence et economicité sont établies, il faut encore confronter les critères secondaires que sont les « infrastructures » et la « politique sociale » et en particulier avec leurs sous-critères avec ces principes.

54. Pour son évaluation du **critère « infrastructure »** l'autorité concédante a recouru aux sous-critères suivants: lieu de situation du siège de l'entreprise, respectivement celui depuis lequel elle déploie/rait ses activités dans le cadre de la concession et perte/création d'emplois dans la commune de Lausanne. Pour le premier de ces sous-critères, le **lieu de l'établissement de la concessionnaire pour l'exploitation de la concession**, la recourante dispose de bureaux en sur le territoire de l'autorité concédante alors que l'adjudicataire est éloignée d'environ 6 km (bien que l'adresse de la filiale de l'adjudicataire se situe à Lausanne). Ce sous-critère porte atteinte aux principes de la concurrence et de l'économicité, indépendamment de la distance, respectivement de la situation effective de l'adjudicataire; il n'est en conséquence pas admissible, sous réserve d'une justification aux conditions de l'article 3 LMI. Pour ce qui concerne le sous-critère de la **perte/création d'emploi sur le territoire de la municipalité**, cet élément n'est pas pertinent pour évaluer la mise en concurrence et l'économicité des intéressés à la concession. Il convient tout de même de relever que l'adjudicataire

⁶³ Cf. arrêt attaqué, consid. 3g, p. 12.

⁶⁴ Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 54.

⁶⁵ VINCENT MARTENET/PIERRE TERCIER, *in*: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd., 2013, Intro LMI no 60.

⁶⁶ Concernant l'interprétation de la LMI à l'aide des buts de la loi: MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Wettbewerbsrecht (note 51), BGBM 1 no 5.

⁶⁷ Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 54.

n'avait à l'origine besoin de n'engager que huit personnes. À la suite des négociations avec l'autorité concédante, l'adjudicataire s'est déclarée prête à employer deux personnes de plus (soit dix personnes en tout, correspondant au nombre de postes supprimés auprès de la recourante si elle ne se voyait pas accorder à nouveau la concession). En amenant l'adjudicataire à augmenter sa masse salariale (ses charges d'exploitation), l'autorité concédante a fait baisser l'efficacité de l'adjudicataire, donc elle a fait diminuer le rapport qualité/prix et réduit la concurrence entre les offreurs. Il apparaît donc que ce sous-critère et son application sont manifestement contraires aux principes de la concurrence et de l'économicité.

55. S'agissant de l'analyse du **critère « politique sociale »** l'autorité concédante a utilisé les sous-critères suivants: rémunération des employées, taux de couverture de la caisse de pension et le nombre d'apprentis. En ce qui concerne le sous-critère de la **rémunération**, il est évident que celle-ci a un impact sur la masse salariale qui elle-même a une influence sur l'efficacité d'une entreprise. Toutefois comme relevé ci-dessus l'autorité concédante a influencé négativement ce sous-critère chez l'adjudicataire. Ainsi, ce sous-critère et la manière dont l'autorité concédante a cherché à l'influencer ne respectent pas le principe de l'économicité ni de la concurrence. Pour le sous-critère du **taux de couverture**, celui-ci n'a non seulement aucun rapport avec la concession, mais il n'a également aucun effet sur la capacité de concurrence, ni sur l'économicité ; il n'est donc pas admissible. Finalement, le sous-critère des **apprentis** a été comparé pour les deux parties à la procédure et l'autorité concédante est parvenue à la conclusion que la recourante qui emploie 3 % d'apprentis devait être privilégiée par rapport à l'adjudicataire qui emploie 1.5 % d'apprentis. Toutefois, il sied de constater d'une part que le nombre d'apprentis est dans les deux cas très bas, puis que le nombre d'apprentis ne concerne finalement pas l'exploitation efficace et concurrentielle de la concession, de sorte que ce sous-critère est inadmissible, sous réserve d'une justification aux conditions de l'article 3 LMI.

56. En conclusion, il apparaît d'une part que l'autorité concédante par ses exigences au niveau des sous-critères a faussé la concurrence et tenté d'influencer le rapport qualité/prix avec pour conséquence des violations des principes de la concurrence et de l'économicité. En outre, il est douteux que le critère de l'économicité soit respecté lorsque les critères de la redevance et du tarif ne comptent que pour 25 %⁶⁸ dans la pondération des critères d'évaluation.

3.4 Évaluation des critères secondaires sous l'article 3 LMI

57. À ce stade déjà, la COMCO retient que les sous-critères du lieu de l'établissement de la concessionnaire pour l'exploitation de la concession, la perte/création d'emploi, la rémunération des employés, du taux de couverture de l'institution de prévoyance professionnelle et du nombre d'apprentis en formation ne sont pas conformes aux principes de la non-discrimination, de la transparence, de l'économicité et de la concurrence et qu'en conséquence ils restreignent l'accès au marché

d'une manière contraire à l'article 2 alinéa 7 LMI. Cela signifie que ces sous-critères secondaires doivent être justifiés conformément aux conditions prévues à l'article 3 LMI.⁶⁹ Dans le droit des marchés publics également, les critères de participation et d'adjudication secondaires (ou étrangers au marché) sont considérés comme des atteintes à l'article 5 LMI qui ne sont admissibles qu'aux conditions de l'article 3 LMI.⁷⁰

58. Par ailleurs, il convient de remarquer que l'article 3 LMI a une portée propre et indépendante des articles 2, 4 et 5 LMI. En d'autres termes, une mesure étatique peut être soumise à l'obligation de justification de l'article 3 LMI en tant que mesure restreignant l'accès au marché, alors même qu'elle ne transgresse ni ne viole aucun des articles 2, 4 ou 5 LMI.⁷¹ C'est de cette manière que le Tribunal fédéral examine l'octroi d'autorisation pour l'usage accru du domaine public sous l'angle de l'interdiction de discrimination de l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI, sans constater ou vérifier qu'il y ait une violation des articles 2 ou 4 LMI.⁷²

59. L'article 3 LMI prévoit qu'une restriction à l'accès au marché n'est possible que si elle ne viole pas le principe de l'égalité de traitement (al. 1 let. a), est indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants (let. b) et répond au principe de la proportionnalité (let. c). Le deuxième alinéa de cette disposition donne encore quatre cas pour lesquels une restriction ne respectera jamais la proportionnalité. Finalement, son troisième alinéa interdit toute restriction qui constituerait une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux. Les sous-critères litigieux (lieu de l'établissement de la concessionnaire pour l'exploitation de la concession, la perte/création d'emploi, la rémunération des employés, du taux de couverture de l'institution de prévoyance professionnelle et du nombre d'apprentis) peuvent être qualifiés de restrictions de l'accès au marché au sens de l'article 3 LMI et doivent respecter les conditions de l'article 3 alinéas 1 à 3 LMI.

60. Une restriction de l'accès au marché doit être indispensable à la préservation d'**intérêts publics prépondérants** (art. 3 al. 1 let. b LMI). Ainsi il est envisageable de considérer qu'une atteinte à l'article 2 alinéa 7 LMI puisse être justifiable par des motifs tels que ceux du droit des marchés publics (art. XV de l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 [AMP];

⁶⁸ Cf. liste des huit critères, non-pondérés, dans l'arrêt attaqué, consid. 3 e, p. 11, dont deux seulement ont trait à l'aspect économique de la concession (montant de la redevance et tarifs).

⁶⁹ Au sujet de l'applicabilité de l'article 3 LMI aux violations de l'article 2 al. 7, cf. DIEBOLD, *Ausschreibung* (note 1), p. 225; Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 47.

⁷⁰ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 10), no 917.

⁷¹ DIEBOLD, *Eingriffsdogmatik* (note 2), p. 210.

⁷² ATF 132 I 97, consid. 2.2 (Commune de Fleurier); Arrêt du TF 2P.191/2004 du 10 août 2005, consid. 6.4 (Wakeboard Zoug).

RS 0.632.231.422] ou art. XIII AMP révisé [2012]⁷³, art. 13 de l'Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 [OMP; RS 172.056.11] et § 9 des Directives d'exécution [DEMP] de l'accord intercantonal sur les marchés publics [AIMP] du 25 novembre 1994/15 mars 2001⁷⁴). En outre, d'autres cas de figure où une violation de l'article 2 alinéa 7 LMI serait justifiable par un intérêt public prépondérant, seraient envisageables, par exemple lorsque l'activité concédée implique un devoir de protection de l'initiative privée en lien avec de très hauts coûts d'investissement.⁷⁵

61. L'autorité concédante fait valoir qu'en cas d'octroi d'une concession elle dispose d'une plus grande liberté quant à la fixation de critères secondaires que dans le domaine des marchés publics (cf. son recours, p. 15, avec renvoi à POLTIER, note 10, LMI 2 VII nos 71 à 73); ce faisant, l'autorité concédante fait implicitement valoir que lorsque l'État concède un droit d'usage, il est en droit d'exiger une contrepartie d'intérêt public. Dans ce cadre, il est nécessaire de relever que l'obligation de publier un appel d'offres au sens de l'article 2 alinéa 7 LMI s'applique tant aux monopoles en vue de l'accomplissement d'une **tâche publique** qu'à ceux qui permettent une **activité lucrative privée** dans un « marché fermé ».

62. Dans les cas de concessions déléguant une **tâche publique** à un privé (concession de monopole en vue de l'accomplissement d'une tâche publique)⁷⁶, il serait concevable de considérer que l'assurance d'une qualité et d'une disponibilité des services concédés puisse constituer un intérêt public prépondérant au sens de l'article 3 LMI accordant à l'autorité concédante une plus grande marge de manœuvre. En effet, pour assurer un service public de qualité et disponibilité suffisantes de même que garantir des prix abordables, il peut être nécessaire de s'éloigner des principes de l'économicité et de la concurrence de sorte que les aspects qualitatifs et quantitatifs soient pondérés plus fortement que le prix.

63. Dans le cas présent, l'autorité concédante ne cherche pas à remplir une tâche publique par l'octroi de la concession. Au contraire, elle permet à un concessionnaire d'exercer une **activité lucrative privée**. La concession permet à son titulaire d'exploiter les surfaces d'affichage sur le domaine public et privé de la Commune de Lausanne (art. 24 du Règlement sur les procédés de réclame du 8 mars 1994 de la ville de Lausanne)⁷⁷. Il ne s'agit donc pas d'un marché public, ni d'une concession de monopole en vue de l'accomplissement d'une tâche publique.⁷⁸ Ainsi, l'autorité concédante ne dispose pas d'une liberté aussi large qu'elle le prétend de sorte qu'il n'y pas d'intérêt public à l'application des sous-critères secondaires.

64. De plus, comme exposé plus haut (ch. 59), l'atteinte doit non seulement être indispensable à la protection d'un intérêt public, mais en plus ne pas constituer une **discrimination** basée sur le lieu de provenance et être **proportionnelle** (art. 3 al. 1 let. a et c LMI).

65. Dans le cas présent, dans les considérations faites ci-dessus (pt 3.3.2) au sujet du respect du principe de la **non-discrimination** ne peuvent pas être reprises sans autre. En effet, compte tenu de sa formulation l'interdiction de discrimination de l'art. 3 al. 1 let. a LMI

se réfère aux discriminations faites sur la base du lieu de provenance. En conséquence, l'interdiction de discriminer de cette disposition est plus étroite que celle du principe de la non-discrimination de l'article 2 alinéa 7 LMI exposé plus haut. Dans le cas qui occupe notre Haute Cour, les sous-critères du lieu de l'établissement de la concessionnaire pour l'exploitation de la concession et de la protection des emplois sur le territoire communal sont discriminatoires au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LMI. En conséquence, ce sous-critère viole la LMI et n'est pas justifiable.

66. De plus, les restrictions doivent encore pouvoir être justifiables sous l'angle du principe de la **proportionnalité**. Cela signifie que chaque restriction doit être apte, nécessaire et proportionnelle au sens étroit à atteindre le but visé. Dans le cas présent, les sous-critères litigieux ne sont ni aptes, ni nécessaires, ni proportionnels à la réalisation des objectifs de politique, sociale, environnementale et du travail. Ces politiques doivent être mises en application par le biais de la législation topique, mais pas par des critères secondaires dans une procédure d'octroi de concession.

67. Finalement, l'article 3 alinéa 3 LMI interdit de surcroît les **protectionnismes cachés**⁷⁹. En l'espèce, l'autorité concédante a retenu pour le critère « Infrastructure » deux sous-critères problématiques, à savoir le maintien d'un important pôle centralisé à Lausanne ainsi que la sauvegarde d'emplois sur son territoire, en faveur de la recourante. Ces deux sous-critères sont en contradiction avec l'interdiction des protectionnismes cachés. En conséquence, ils ne sont pas admissibles.

68. En résumé, les sous-critères litigieux ne peuvent pas être considérés comme des restrictions de l'accès au marché justifiées au sens de l'article 3 LMI, en particulier sous l'angle de la protection d'un intérêt public prépondérant et du respect du principe de la proportionnalité. Ces deux conditions font d'ailleurs partie du système de justification des restrictions d'un droit fondamental de l'article 36 Cst. Ce lien avec le droit constitutionnel n'est

⁷³ Disponible à l'adresse: https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/rev-gpr-94_01_f.htm.

⁷⁴ Disponible à l'adresse: http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/economie_emploi/march%C3%A9s_publics/DEMP.pdf.

⁷⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_198/2012 du 16 octobre 2012, consid. 6.2 (Bâle-Ville); DIEBOLD, Ausschreibung (note 1), p. 249 s.

⁷⁶ DIEBOLD, Eingriffsdogmatik (note 2), p. 219 ss.

⁷⁷ Disponible à l'adresse: <http://www.lausanne.ch/lausanne-officielle/reglements-et-tarifs/administration/procedes-de-reclame/mainArea/0/links/0/linkBinary/Reglement-sur-les-procedes-reclame.pdf> (dernière consultation: 22 décembre 2015); ce règlement « a pour but d'assurer, sur le territoire de la Commune de Lausanne, l'esthétique de l'environnement urbain, la protection des monuments et des sites, la tranquillité du public ainsi que la sécurité de la circulation routière et des piétons » (art. 1); il est adopté sur la base de l'art. 18 al. 1 de la loi du 6 décembre 1988 sur les procédés de réclame (LPR; RSV 943.11).

⁷⁸ Certes les concessionnaires ont accepté de laisser gratuitement des surfaces d'affichage pour les besoins de l'autorité concédante (affichage politique et communications officielles), mais ces prestations en nature semblent anecdotiques en comparaison du paiement d'une redevance très importante.

⁷⁹ CLERC (note 48), LMI 5 no 131.

pas un hasard, car le législateur a créé la LMI notamment afin de remédier à la défaillance de la fonction de création d'un marché intérieur de la liberté économique en légiférant au niveau fédéral.⁸⁰ C'est pour ce motif qu'il est également indiqué d'interpréter l'article 2 alinéa 7 LMI à la lumière de la liberté économique (art. 27 Cst.). De l'avis de la COMCO, l'article 2 alinéa 7 LMI transpose au niveau de la loi les exigences de la liberté économique à l'octroi de concession.⁸¹

69. Il apparaît que tant la création de monopoles sur le domaine public⁸² que les conditions d'octroi d'une concession d'usage exclusif doivent être conformes avec la **liberté économique** (art. 27 et 36 Cst.).⁸³ Comme exposé ci-dessus (ch. 19 et 20), le principe de l'égalité de traitement des concurrents devrait s'appliquer à l'octroi de concession d'usage exclusif.⁸⁴

70. Si la création d'un monopole de fait est justifiée sous l'angle de l'article 36 Cst., la question de savoir quels principes constitutionnels d'appliquent à la procédure de sélection du concessionnaire reste ouverte. La doctrine retient, à juste titre selon la COMCO, qu'un devoir de publier un appel d'offres pouvait être déduit des critères de l'égalité de traitement des concurrents (art. 27 et 94 Cst.), de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.) et du droit d'être entendu (art. 29 Cst.)⁸⁵, lorsque plusieurs offreurs s'intéressent à des choses du domaine public qui ne sont disponibles que de manière restreinte, respectivement en quantité limitée.⁸⁶ L'article 2 al. 7 LMI concrétise donc ces principes du droit constitutionnel (ch. 68). De plus, la doctrine majoritaire est d'avis que la théorie du « droit conditionnel » (déduit de l'art. 27 Cst.) ne s'applique pas uniquement à l'octroi de l'usage accru du domaine public, mais également pour les cas concernant un usage exclusif.⁸⁷ Ainsi, le refus d'une concession d'usage exclusif doit être considéré comme une atteinte à la liberté économique, justifiable par un intérêt public et pour autant que cette dernière soit proportionnelle au but visé (art. 36 Cst.).

71. Comme l'obligation de publier un appel d'offres peut également être déduite des principes constitutionnels, il doit aussi être garanti que les critères de participation et d'attribution sont compatibles avec la liberté économique et le principe de l'égalité de traitement des concurrents. Les critères « infrastructures » et « politique sociale » appliqués dans le cadre de la présente procédure d'appel d'offres peuvent non seulement être qualifiés de restriction à l'accès au marché portant atteinte à l'article 2 alinéa 7 LMI, mais également d'atteintes aux principes de la liberté économique et de l'égalité de traitement des concurrents nécessitant d'être justifiées.

72. La justification d'une atteinte à un principe constitutionnel se fait aux conditions de l'article 36 Cst. Cette disposition prévoit notamment que toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale – une loi pour les atteintes graves –, justifiée par un intérêt public et proportionnée au but visé. Dans les grandes lignes, les conditions de restriction de l'article 36 Cst. sont les mêmes que celles de l'article 3 LMI (intérêt public et proportionnalité). Ainsi, dans le cas d'espèce, les considérations qui précèdent concernant la

conformité des sous-critères du lieu de l'établissement de la concessionnaire pour l'exploitation de la concession, la perte/création d'emploi, la rémunération des employés, du taux de couverture de l'institution de prévoyance professionnelle et du nombre d'apprentis en formation avec les conditions de restriction de l'article 3 LMI et les principes fondamentaux des marchés publics sont applicables.

73. Ainsi, tant sous l'angle de l'article 3 alinéa 1 LMI que de l'article 36 Cst., les sous-critères litigieux ne sont pas compatibles avec la liberté économique et ne peuvent pas être justifiés aux conditions de cette dernière disposition. En effet, s'agissant des sous-critères relatifs aux critères « infrastructures » et « politique sociale », les concepts d'intérêt public et de proportionnalité sont, sinon identiques, à tout le moins largement similaires. Si, certes d'un point de vue constitutionnel, les intérêts publics sous-jacents au critère « politique sociale » pouvaient éventuellement être justifiés, ils ne sont toutefois pas proportionnels au but visé. Ils ne sont ni aptes, ni nécessaires.

⁸⁰ Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur du 23 novembre 1994 (FF 1994 1193), pp. 1197 ss et 1215 ss.

⁸¹ Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, p. 809, ch. 48; DIEBOLD, Ausschreibung (note 1), p. 251.

⁸² ATF 125 I 209, consid. 10.

⁸³ Le Tribunal fédéral a déjà confirmé que l'utilisation du domaine public à des fins commerciales privées – en particuliers aussi les entreprises de publicité qui jouissent d'un droit d'**usage exclusif** – bénéficiait de la protection de la **liberté économique**, ATF 130 I 26, consid. 4.4: « Aus diesem Grund genießt die Inanspruchnahme des öffentlichen Bodens zu privaten Erwerbszwecken den Schutz der Wirtschaftsfreiheit, wären doch sonst bestimmte private Wirtschaftstätigkeiten praktisch nicht möglich [...] ».

⁸⁴ Voir note 23.

⁸⁵ Cf. Tribunal administratif fédéral, jugement C-4154/2011 du 5 décembre 2013 (contrat de prestations pour la médecine hautement spécialisée), consid. 6, en particulier consid. 6.2.4 au sujet de la signification du droit d'être entendu lors de l'octroi de contrats de prestations.

⁸⁶ DIEBOLD, Ausschreibung (note 1), pp. 221 s. et 247 à 250; dans le même sens: JAAG, Gemeingebrauch (note 22), p. 159 s.; JAAG, Wettbewerbsneutralität (note 19), p. 485 ss.; KUNZ, Konzessionen (note 10) p. 205 ss, no 16; BELLANGER (note 10), p. 167 ss, nos 80 ss; DANIEL KETTIGER, Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, recht 2010, p. 30 ss, 35 ; BEYELER, Geltungsanspruch (note 10), no 813.

⁸⁷ DIEBOLD, Eingriffsdogmatik (note 2), p. 218; REICH (note 10), no 153; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6ème éd., 2010, nos 2426 s.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8ème éd., 2012, no 649; VALLENDER/HETTICH/LEHNE (note 10), § 5 no 25; DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen – Eine Analyse der Anforderungen an eine rechtsstaatliche Verteilunglenkung bei begrenzter wirtschaftlichen Berechtigungen, 2004, p. 87; BERNHARD WALDMANN, Konzession (note 22), p.24; plutôt sur la retenue: ATF 129 II 497, consid. 3.1 (Entreprise Électriques Fribourgeoises); laissé ouvert in: ATF 119 la 390, consid. 9 (NAGRA).

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	1. Urteil B-5911/2014 vom 30. Oktober 2017, A., B. und C. gegen Wettbewerbskommission WEKO, betreffend Publikation der Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht.

Urteil B-5911/2014 vom 30. Oktober 2017, A., B. und C. gegen Wettbewerbskommission WEKO, betreffend Publikation der Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht.

(Hinweis: In der Angelegenheit sind insgesamt neun, über weite Strecken identische Urteile ergangen [B-5858/2014, B-5869/2014, B-5896/2014, B-5903/2014, B-5911/2014, B-5920/2014, B-5927/2014, B-5936/2014 und B-5943/2014]. Aus Platzgründen werden vorliegend nur zwei davon [B-5911/2014 und B-5920/2014] publiziert. Sämtliche Urteile sind auf der Internetseite des Bundesverwaltungsgerichts «www.bvger.ch» abrufbar.)

Sachverhalt:

A.

A.a Am 13. Februar 2006 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO, Vorinstanz) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung betreffend Abreden über Zuschläge im Bereich Luftfracht gemäss Artikel 27 Kartellgesetz (KG, SR 251) (Verfahrens-Nr. 81.21-0014). Die Untersuchung richtete sich schliesslich gegen 14 Luftfahrtunternehmungen, teils zuzüglich ihrer Tochtergesellschaften. Im Laufe des Verfahrens erstatteten die Beschwerdeführerinnen neben weiteren Parteien eine Selbstanzeige (Sanktionsverfügung, Rz. 49 ff. [Tabelle 2]). [...]

A.b In der das Verfahren abschliessenden Verfügung vom 2. Dezember 2013 (vi-act. 11, „Sanktionsverfügung“) untersagte die Vorinstanz den Parteien der Untersuchung, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes bezüglich Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen beziehungsweise entsprechende Informationen auszutauschen, soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt sei oder im Rahmen einer Allianz erfolge, für die eine Freistellung gemäss EU-Luftverkehrsabkommen der zuständigen Behörde vorliege (Sanktionsverfügung, Dispositiv Ziff. 1). Elf der Parteien wurden wegen Beteiligung an einer gemäss Artikel 8 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68, nachstehend „EU-Luftverkehrsabkommen“) in Verbindung mit Artikel 5 Absätze 1 und 3 Buchstabe a KG unzulässigen Preisabrede mit Sanktionen in unterschiedlicher Höhe belegt (Sanktionsverfügung, Dispositiv Ziff. 2). Die Sanktions-

verfügung wurde mit Begleitbrief am 9. Januar 2014 versandt.

Mehrere Parteien [...] haben die Sanktionsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Diese Verfahren sind hängig.

A.c Die Vorinstanz veröffentlichte am 10. Januar 2014 eine Medienmitteilung. Gleichzeitig wurde auf der Website der Vorinstanz ein „Presserohstoff“ von neun Seiten Umfang aufgeschaltet (Wettbewerbskommission: WEKO büsst mehrere Fluggesellschaften, Medienmitteilung und Presserohstoff, 10.01.2014, https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/ns_b-news.msg-id-51605.html, abgerufen am 24. August 2016). Die Parteien hatten vorab Kenntnis von der Medienmitteilung erhalten, nicht aber vom Presserohstoff (vgl. vi-act. 15, 17, 21-23).

B.

B.a Im Begleitschreiben zur Sanktionsverfügung vom 9. Januar 2014 orientierte die Vorinstanz die Parteien über ihre Absicht, die Sanktionsverfügung in der Reihe „Recht und Politik des Wettbewerbs“ (RPW/DPC) zu publizieren. Sie setzte eine Frist an, innert welcher Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht werden konnten, soweit diese nicht schon von der Vorinstanz als solche bezeichnet worden seien. Für den Fall der Nichteinigung zwischen den Parteien und der Vorinstanz skizzierte diese das vorgesehene Bereinigungsverfahren so, dass vorerst eine provisorische Fassung mit allen beantragten Abdeckungen auf der Website der Vorinstanz publiziert würde, erst eine definitiv (ggf. mittels Verfügung) bereinigte Fassung würde in der Reihe RPW/DPC veröffentlicht (vi-act. 11).

B.b Auf Betreiben mehrerer Parteien fand am 24. März 2014 eine allen Parteien zur Teilnahme offen stehende Besprechung mit der Vorinstanz statt; ein Protokoll zu dieser Besprechung ist nicht aktenkundig (Publikationsverfügung, Ziff. 3; vi-act. 62 ff., 89 f.).

B.c Am 31. März 2014 stellten die Beschwerdeführerinnen den Antrag, es sei auf eine Veröffentlichung vor rechtskräftigem Entscheid über die Sanktionsverfügung zu verzichten. Im Sinne eines Eventualantrages unterbreiteten sie der Vorinstanz Vorschlag abzudeckender Passagen, der die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse ausweise (vi-act. 111).

Zur Begründung verwiesen sie darauf, dass die Sanktionsverfügung angefochten sei und damit deren Aufhe-

bung nicht ausgeschlossen werden könne. Eine Veröffentlichung vor dem Entscheid über diese Beschwerde würde den Beschwerdeführerinnen einen Schaden zufügen, dem mit dem blossen Hinweis auf die fehlende Rechtskraft nicht begegnet werden könne. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit sei mit Medienmitteilung und Presserohstoff befriedigt. Die Vorschläge zu Abdeckungen seien provisorisch zu verstehen; angesichts der Umstände (Umfang, Verfahrenssprache) werde eine detaillierte Auseinandersetzung nachgeliefert.

B.d Am 7. April 2014 teilte die Vorinstanz mit, die Parteien hätten in unterschiedlichem Umfang Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht. Die Fragestellung der Publikation sei an der Besprechung vom 24. März 2014 erörtert worden. Die Parteien hätten die Gelegenheit gehabt, „konstruktive konkrete Vorschläge“ vorzubringen, was sie nicht getan hätten. Sie, die Vorinstanz, werde die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse prüfen und eine entsprechend angepasste Version zur letzten Kontrolle zustellen (vi-act. 125).

B.e Mit Schreiben vom 2. Mai 2014 liessen die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz einen detaillierter ausgearbeiteten Vorschlag einer Publikationsversion unterbreiten, der die geltend gemachten Abdeckungen nach juristischer Begründung geordnet und tabellarisch auswies. Für den Fall, dass die Vorinstanz dem Vorschlag nicht folgen möge, wurde der Erlass einer Verfügung beantragt (vi-act. 133, 135).

B.f Am 11. Juni 2014 liess die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen eine Publikationsversion der Sanktionsverfügung zur letzten Kontrolle zukommen (vi-act. 151).

B.g Die Beschwerdeführerinnen erklärten sich mit Schreiben vom 26. Juni 2014 mit dieser Version nicht einverstanden (vi-act. 167). Sie verwiesen auf ihre Eingabe vom 2. Mai 2014 und bemängelten den weitgehenden Verzicht der Vorinstanz auf eine Stellungnahme zu den vorgetragenen Abdeckungsbegehren. Dem Schreiben war eine überarbeitete Fassung der tabellarischen Aufstellung vom 2. Mai 2014 beigelegt, aus der sich im Einzelnen und begründet ergab, inwieweit die Beschwerdeführerinnen an ihren Begehren festhielten. Die Schwärzung der Namen der Selbstanzeigerinnen sei mit Blick auf den vorgeblichen Zweck, das Institut der Selbstanzeige zu schützen, völlig wirkungslos. Die vorgelegte Version könne vom Leser unter Zuhilfenahme des Pressematerials ohne weiteres mit den gestrichenen Namen ergänzt werden. Insbesondere die Schwärzung der Namen nur der Selbstanzeigerinnen lege die von diesen stammenden Angaben offen, umso mehr Gewicht komme den Anliegen der Vertraulichkeit und der Unschuldsvermutung zu.

B.h Am 8. September 2014 erliess die Vorinstanz folgende Verfügung, die an die neun Parteien adressiert war, welche eine Verfügung verlangt hatten (vi-act. 210, „Publikationsverfügung“):

1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Dezember 2013 wird in der Version veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.
2. Die Verfahrenskosten von 7150 Franken werden nachfolgenden Verfügungsadressatinnen zu gleichen Teilen,

je 794,45 Franken, und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt: [...]

3. Die Verfügung ist zu eröffnen an: [...]

Der Anhang besteht in einer bearbeiteten Fassung der Sanktionsverfügung („Publikationsversion“). Die Verfügung wurde am 10. September 2014 mit Begleitbrief versandt und ging den Beschwerdeführerinnen am 12. September 2014 zu (Beschwerde, Ziff. 77; bf-act. 1; kein Nachweis in den Vorakten). Im Begleitbrief wurde gleichzeitig Frist gesetzt, um im Hinblick auf die Publikation der Publikationsverfügung allfällige Geschäftsgeheimnisse geltend zu machen.

Die Vorinstanz begründet die Frage der Publikation im Grundsatz mit dem Verweis auf Art. 48 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KG und der durch das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ, SR 152.3) statuierten Pflicht zu öffentlichem und transparentem Verhalten. Weiter gleiche die Publikation der Begründung die fehlende Publikumsöffentlichkeit des Untersuchungsverfahrens aus und diene so der Generalprävention. Die Publikation erfolge gemäss Art. 21 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission (in der Fassung vom 1. Juli 1996, aGR-WEKO, AS 1996 2870) im Streben nach Transparenz, Nachvollziehbarkeit und einer abschreckenden Wirkung, entspreche langjähriger, vom Bundesverwaltungsgericht gutgeheissener Praxis und dem Vorgehen der europäischen Kartellbehörden.

Ausgehend vom Begriff des Geschäftsgeheimnisses stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, die Publikationsversion enthalte aufgrund der konkreten Vorgehensweise keine Informationen mehr, welche diesen erfüllten, weitere Schwärzungen seien folglich nicht zu berücksichtigen. Der Persönlichkeitsschutz der Parteien sei zwar anerkannt, sei aber mit gegenläufigen Interessen, wie insbesondere der Aufdeckung von Kartellrechtsverstössen und den Interessen an der Publikation, abzuwägen, so dass Reputationsgründe für sich einer Publikation auch bei noch fehlender Rechtskraft der Sanktionsverfügung nicht entgegenstünden. Auch das Interesse möglicher Zivilkläger sei höher zu gewichten als Interessen, die sich aus Persönlichkeitsrechten ergäben. Die allfällige Begründetheit von Zivilklagen hätten die betroffenen Parteien ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung ergebe keine Gründe, vom Grundsatz des Art. 21 aGR-WEKO abzuweichen.

Die Wettbewerbsbehörden hätten im Sinne eines funktionierenden Systems zur Aufdeckung von Kartellen ein Interesse am Schutz des Instituts der Selbstanzeige. Es gelte deshalb zu verhindern, dass den Selbstanzeigerinnen die von ihnen erlangten Informationen zugeordnet werden könnten. Dem werde durch eine (teils kollektive) Anonymisierung der Selbstanzeigerinnen entsprochen.

C.

C.a Mit Eingabe vom 13. Oktober 2014 erheben die Beschwerdeführerinnen Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen:

[Les recourantes] ont l'honneur de conclure à ce qu'il plaise au Tribunal administratif fédéral

Principalement

- Annuler la décision de la Commission de la concurrence du 8 septembre 2014 rendue dans la procédure n° 81.21-0014;
- Laisser les frais de la procédure n° 81.21-0014 à la charge de la Confédération suisse.

Subsidiairement

- Annuler la décision de la Commission de la concurrence du 8 septembre 2014 rendue dans la procédure n° 81.21-0014;

Et cela fait,

- Renvoyer la cause à la Commission de la concurrence en l'invitant à rendre une nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral;
- Laisser les frais de la procédure n° 81.21-0014 à la charge de la Confédération suisse.

Die Beschwerdeführerinnen skizzieren eingangs ihrer Beschwerde den Verfahrensablauf und ihre Position im Rechtsmittelverfahren bezüglich der Sanktionsverfügung. Zum Hergang, der zur Publikationsverfügung führte, streichen sie insbesondere hervor, dass weder Medienmitteilung noch Presserohstoff einen Hinweis auf die fehlende Rechtskraft enthielten und sich die Vorinstanz weigerte, den vorab nicht vorgelegten Presserohstoff (der auch in der Publikationsversion abgedeckte Geschäftsgeheimnisse enthalte) offline zu stellen. Im internationalen Kontext verweisen die Beschwerdeführerinnen auf die erst summarische Publikation durch die Europäische Kommission. Diese entspreche im Umfang in etwa dem Presserohstoff der Vorinstanz, sei jedoch unter Gewährung des rechtlichen Gehörs erfolgt. Die Vorinstanz habe im Publikationsverfahren angekündigt, im Falle der Nichteinigung eine nichtvertrauliche Version zu erstellen, die vorerst alle geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse abdecke. Die Beschwerdeführerinnen hätten – subsidiär zum Antrag, die Publikation zu unterlassen – sowohl im Hinblick auf die Erstellung der zweiten wie auch der letzten Version der Publikationsversion eine erschöpfende Auflistung ihrer Begehren samt Begründung beigebracht gehabt, die nur in der Minderheit berücksichtigt worden seien, ohne dass dies begründet worden wäre.

Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, die Pflicht der Vorinstanz zur Information der Öffentlichkeit müsse sich, wenn in einem Fall wie dem vorliegenden noch keine rechtskräftige Entscheidung vorliege, in allgemeiner Art auf die wesentlichen Schlussfolgerungen beschränken und dürfe nicht alle Details ausführen; negative Auswirkungen zulasten der Beschwerdeführerinnen aus der detaillierten Publikation könnten andernfalls selbst im Falle der Aufhebung der Sanktionsverfügung nicht rückgängig gemacht werden. Die von der Vorinstanz angerufene Rechtsprechung (Zwischenverfügung des BVGer B-6180/2013 vom 12. Dezember 2013, auch publiziert in RPW 2014, 469 ff.) sei nicht einschlägig. Im konkreten stützen sie sich auf sechs Argumentationslinien:

Zum Ersten machen sie geltend, die Unschuldsvermutung sei verletzt. Die Beschwerdeführerinnen seien, da ein Rechtsmittel gegen die Sanktionsverfügung hängig sei, noch nicht durch ein unabhängiges Gericht beurteilt

worden; zufolge der aufschiebenden Wirkung greife die Unschuldsvermutung. Gleichwohl würden die Beschwerdeführerinnen als Schuldige bezüglich Wettbewerbsverstössen im schweizerischen und globalen Umfeld dargestellt. Die Anonymisierung ändere nichts, da mit dem Pressematerial die Namen auch der Selbstanzeigerinnen bekannt seien. Bei diesen insbesondere entstehe unabhängig vom ergriffenen Rechtsmittel der Eindruck, sie seien schuldig, etwa wenn es um die Geltendmachung von Schadenersatz gehe. Dieses Risiko sei irreversibel. Aus dem Prinzip der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlung und Urteil folge für andere als gerichtliche Behörden keine Pflicht zur aktiven Publikation nicht rechtskräftiger Urteile; insbesondere gelte es vorliegend nicht die fehlende Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung zu kompensieren, da ein gerichtliches Verfahren mit dem ergriffenen Rechtsmittel nun stattfinde. Die Unschuldsvermutung verbiete die Darstellung eines Betroffenen als schuldig, bevor die Widerhandlung rechtskräftig beurteilt sei, erst recht gelte dies bei der Vielzahl von legalen Kontakten, welche die Vorinstanz zur ergänzenden Darstellung des Kontextes darstelle.

Zum Zweiten verletze die Vorinstanz das Amts- und Geschäftsgeheimnis, das Gebot von Treu und Glauben, das Willkürverbot und das Gleichheitsgebot. Das Amtsgeheimnis verletze sie, indem sie vor Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils Informationen aus Selbstanzeigen zugänglich mache; das Interesse der Beschwerdeführerinnen an Vertraulichkeit genösse Vorrang vor den Interessen der Zivilkläger. Es habe berechtigtes Vertrauen in die Vertraulichkeit der Angaben der Selbstanzeigen bestanden, andernfalls die Selbstanzeige nicht erstattet worden wäre; ohne diese Angaben hätte das Verfahren nicht geführt werden können. Deren Offenlegung gefährde das Institut als solches. Die Praxis der Europäischen Kommission messe dem einen höheren Stellenwert zu. Das Willkürverbot sei dadurch verletzt, dass die Zuordnung von Informationen zu den Selbstanzeigerinnen in der Publikationsversion weiterhin möglich bleibe. Schliesslich würden die Selbstanzeigerinnen gegenüber den anderen Parteien rechtungleich behandelt. Alle Parteien seien grundsätzlich in derselben Situation; Massnahmen zum Schutz der Selbstanzeige seien kein genügender Grund zur Differenzierung zulasten der Selbstanzeigerinnen. Denn diese würden hier ins Gegenteil verkehrt, sei doch mit der Zuordenbarkeit auch klar, welche Sachverhaltselemente die Selbstanzeigerinnen freiwillig eingestanden hätten.

Zum Dritten sei der Anspruch auf Schutz der Privatsphäre resp. der Persönlichkeitsschutz verletzt: Die Darstellung als Schuldige in einer Kartellrechtsangelegenheit tangiere den Ehrenschatz. Auch hätten die Beschwerdeführerinnen der Publikation ihrer Personendaten nicht zugestimmt.

Viertens verstosse die Publikationsverfügung gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip. Das Interesse der Information, Transparenz und Prävention sei mit Medienmitteilung und Presserohstoff – und damit einer minder schweren Massnahme – erfüllt; insbesondere der Präventiveffekt sei angesichts des Zeitablaufs fraglich. Mit Blick auf den internationalen Charakter der Sache gehe nicht an, konträr zur Europäischen Kommission zu handeln. Die Darstellung der Publikationsversion gehe weit

über die Erhebungen der Europäischen Kommission, aber auch über die von der Vorinstanz letztlich beurteilten Strecken, hinaus. Ein Erfolg der Rechtsmittel gegen die Sanktionsverfügung könne nicht ausgeschlossen werden. Insgesamt überwiegen die geltend gemachten Interessen die privaten Interessen der Beschwerdeführerinnen und das öffentliche Interesse am Schutz der Selbstanzeige als Institut nicht.

Fünftens sei das Recht der Parteien auf einen begründeten Entscheid verletzt. Die Vorinstanz gehe fehl, wenn sie sage, bereits die Sanktionsverfügung stütze sich fast ausnahmslos auf geschäftsgeheimnisbereinigte Dokumente. Sie begründe die Ablehnung der Schwärzungsanträge – die sie zudem pauschal als „nachträglich“ abqualifiziere, obwohl sie zu deren Stellung eingeladen habe – nicht. Die Vorinstanz habe auch nicht begründet, warum sie geltend gemachten Geschäftsgeheimnissen diesen Charakter abspreche. Die Publikation all dieser Details sei zum Verständnis des Entscheides auch nicht notwendig.

Zum Sechsten sei willkürlich, dass nach wie vor auf Aktennummern genannt seien, deren Abdeckung im Laufe des Verfahrens zugesichert worden sei und der Name der Beschwerdeführerin 3 einmalig genannt sei.

C.b Die Vorinstanz übermittelte dem Bundesverwaltungsgericht am 11. November 2014 eine Orientierungskopie eines Serienbriefs an die Parteien. Diesem zufolge werde bis zur rechtskräftigen Erledigung der Beschwerden gegen die Publikationsverfügung auf deren Publikation verzichtet.

C.c In ihrer Vernehmlassung vom 8. Dezember 2014 stellte die Vorinstanz die Anträge,

1. Es sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Alles unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerinnen.

Die Vorgehensweise der Europäischen Kommission, so die Vorinstanz, sei vorliegend nur von rechtsvergleichendem Interesse. Angesichts ihrer Praxis im Allgemeinen und der Ausführungen des Gerichts der Europäischen Union (EuG) in einer Streitsache bezüglich der Einsicht in ihre Verfügung betreffend die Untersuchung in der Luftfrachtbranche (Urteil des EuG vom 7. Oktober 2014 T-534/11 Schenker AG gegen Europäische Kommission, Rz. 17, 41, 116 ff.) im Besonderen sei von einer beabsichtigten Publikation einer nichtvertraulichen Fassung der gesamten Verfügung auszugehen. Die Publikationspraxis der Vorinstanz sei gerichtlich überprüft (neben der zitierten Zwischenverfügung des BVGer B-6180/2013 auch Urteil des BVGer B-3588/2012 „Nikon AG“ vom 15. Oktober 2014, E. 1.1, siehe nachstehend Bst. C.d); im Vergleich zur diskutierten Rechtsprechung (Zwischenverfügung B-6180/2013) sei hier zusätzlich der generalpräventive Zweck zu beachten, der aus dem strafrechtsähnlichen Charakter der Sanktionierung folge. Der aufschiebende Charakter der Rechtsmittelergreifung sei unbestritten, jedoch hindere diese eine Publikation nicht grundsätzlich. Die Interessen, welche für eine Publikation sprächen, seien mit dem Medienmaterial nicht erfüllt.

Die Unschuldsvermutung hindere die Publikation nicht, solange auf die fehlende Rechtskraft hingewiesen werde. Diese sei auch durch die Wiedergabe der Verteidigungsargumente der Beschwerdeführerinnen oder die Ausführungen zum anwendbaren Recht nicht verletzt. Ohne Bedeutung sei, dass die Vorinstanz kein unabhängiges Gericht sei, denn die Prinzipien von Transparenz und Öffentlichkeit gelten auch für ihre Verfahren, analog dem (allerdings nur bedingt vergleichbaren) Strafbefehlsverfahren. Die Veröffentlichung ihres dannzumaligen Entscheides durch die Rechtsmittelinstanz kompensiere die Veröffentlichung durch die Vorinstanz nicht. Die Publikation bezüglich Strecken, auf welchen Tarifabsprachen zulässig seien, verletzte die Unschuldsvermutung nicht, da ja die Unschuld hier explizit ausgewiesen werde.

Die WEKO sei an das Amtsgeheimnis gehalten, doch stehe dies der gesetzlich ebenso gebotenen Publikation nicht entgegen. Die Publikationsversion offenbare keine Geheimnisse; die während der Untersuchung geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse seien berücksichtigt worden, die Parteien hätten entsprechend rechtskonform Akteneinsicht nehmen können – entsprechend dürften nachträglich geltend gemachten Geheimnisse nicht mehr geheim sein. Die Parteien seien auf die Deklarationen während der Untersuchung zu behaften. Der Homepage der Vorinstanz sei hingegen kein vertrauensbildender Inhalt im Hinblick auf einen Verzicht der Publikation bei Selbstanzeigen zu entnehmen. Der Schutz der Selbstanzeige als Institution sei kein privates, sondern ein öffentliches Interesse, das mit dem öffentlichen Publikationsinteresse abgewogen würde – mögen sich diese beiden Sphären auch teils decken. Eine Zuordnung von Informationen der Selbstanzeigerinnen sei nicht möglich. Folglich seien sie Beschwerdeführerinnen (über ihre Eigenschaft als Selbstanzeigerinnen hinaus) nicht besonders exponiert. Eine Zuordenbarkeit von Informationen – und nicht alleine Wissen um die Identität der Selbstanzeigerinnen – dürfte jedoch erforderlich sein, um überhaupt eine erhöhte Gefährdung durch Zivilprozesse zu begründen. Die Anonymisierung erfolge im Interesse des Schutzes der Selbstanzeige als Institut und stelle keine rechtlich relevante Ungleichbehandlung dar. Das private Interesse an der Wahrung der Persönlichkeitsrechte überwiege das öffentliche an der Publikation nicht.

Der Präventiveffekt sei unabhängig von der seit dem beurteilten Verhalten verstrichenen Zeit zu beurteilen, zumal er sich nicht auf die konkrete Branche beschränke. Ebenso wenig sei relevant, dass die Sanktionsverfügung angefochten sei.

Es sei sehr wohl begründet worden, weshalb die beantragten Schwärzungen nicht vorgenommen worden seien. Die während der Untersuchung geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse seien laufend berücksichtigt worden, das Verfahren auf Erlass der Publikationsverfügung habe der Kontrolle gedient. Ein detaillierteres Eingehen auf die Anträge sei nicht erforderlich gewesen – es habe sich mit zwei Ausnahmen nicht um Geschäftsgeheimnisse gehandelt, die die Voraussetzungen erfüllt hätten. Es bleibe somit kein Raum für eine Verhältnismässigkeitsprüfung. Die vereinzelt unterbliebene Anonymisierung

sei zu korrigieren, die Nennung von Aktennummern dagegen unschädlich.

C.d Mit verfahrensleitender Zwischenverfügung vom 27. Januar 2015 sistierte die Instruktionsrichterin mit Einverständnis der Parteien das Verfahren bis zum Vorliegen des bundesgerichtlichen Urteils über eine Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3588/2012 „Nikon AG“ vom 15. Oktober 2014, welches sich mit der Publikationspraxis der Vorinstanz auseinandersetzte.

Nach Eröffnung und Publikation des Bundesgerichtsentscheides 2C_1065/2014 „Nikon AG“ vom 26. Mai 2016 (teilweise publiziert in BGE 142 II 268) wurde die Sistierung am 13. Juli 2016 aufgehoben.

C.e In ihrer Replik vom 22. September 2016 halten die Beschwerdeführerinnen an den Rechtsbegehren ihrer Beschwerde fest.

Eingangs ihrer Begründung verweisen die Beschwerdeführerinnen darauf, dass die Europäische Kommission vorerst eine provisorische, nichtvertrauliche Version veröffentlicht habe, die alle geltend gemachten Geheimnisse berücksichtigt habe. Ihre Sanktionsverfügung sei inzwischen – bei vergleichbarer Ausgangslage – durch das Gericht der Europäischen Union aufgehoben, es werde wohl bei dieser Publikation bleiben. Im Bereich des Wettbewerbsrechts seien internationale Koordination und Zusammenarbeit Anliegen, die zu verfolgen sich die Schweiz im Rahmen der OECD und des Luftverkehrsabkommens mit der EU (welches auch gemäss der Vorinstanz ein Teilintegrationsvertrag sei) verpflichtet habe. Auch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1) sei vom Ziel und der Grundannahme der grundsätzlichen Gleichartigkeit der schweizerischen und der europäischen Wettbewerbsregeln beseelt, wobei unter anderem gerade die vorliegende Untersuchung Auslöser zum Abschluss des Abkommens gewesen sei (vgl. Botschaft, FF 2013 3477 ff. = BBl 2013 3959 ff.). Es bestehe mithin ein Gebot zur international uniformen und homogenen Rechtsanwendung.

Auszugehen sei mit dem Bundesgericht in der Sache Nikon AG (BGE 142 II 268 E. 4.2.2) davon, dass es sich bei der Publikation um einen Ermessensentscheid handle, der nach Massgabe der Verhältnismässigkeit zu fällen sei. Die Beschwerdeführerinnen verweisen auf den Entscheid des Gerichts Erster Instanz der Europäischen Union (heute EuG) i.S. Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH (12. Oktober 2007, Rechtssache T-474/04, „Pergan“), gemäss welchem die privaten Interessen die öffentlichen überwögen, soweit es sich um für den Entscheid nicht relevante Fakten handle. Die hier vorgebrachten Vorwürfe seien verjährt, mithin im Detail irrelevant; es reiche aus, anzugeben, dass eine Untersuchung ergebnislos geführt worden sei. Weiter enthalte die Publikationsversion irrelevante Angaben zu legalen Verhaltensweisen. An der Publikation irrelevanter Angaben, die dem Privatbereich angehörten, Geschäftsgeheimnisse darstellten und unter dem Aspekt des Schutzes der Bonusregelung geschützt gehörten, bestehe

kein Interesse; die Publikation insinuiere eigentlich im Umkehrschluss die Illegalität.

Der alleinige Hinweis auf die fehlende Rechtskraft genüge der Unschuldsvermutung nicht, es sei vielmehr eine Interessenabwägung vorzunehmen. Angesichts der Verjährung und des Interesses am Schutz der Bonusregelung falle das Interesse an der Publikation der nicht rechtskräftigen Sanktionsverfügung im Vergleich zum Fall „Nikon AG“ geringer ins Gewicht. Es sei die Analogie zum Strafbefehl zu ziehen; dieser wie auch die Sanktionsverfügung seien nicht von einem unabhängigen Gericht beurteilt. Der Strafbefehl werde mit Einsprache zur Anklageschrift und somit nicht wie ein Urteil veröffentlicht. Dem entsprechend verletze die Publikation der angefochtenen Sanktionsverfügung die Unschuldsvermutung. Einen Verstoss gegen die Unschuldsvermutung und das Verhältnismässigkeitsprinzip stelle die Publikation von Sachverhalten zu Strecken dar, auf welchen Tarifabsprachen zulässig respektive gar geboten seien – hier bestehe kein Publikationsinteresse.

Als wesentlichen Unterschied zu den Entscheiden i.S. „Nikon AG“ streichen die Beschwerdeführerinnen das dort fehlende Element der Selbstanzeige hervor. Die Frage der Vertraulichkeit respektive die, ob Angaben aus Selbstanzeigen publiziert werden dürfen, sei nach wie vor offen. Diese sei unabhängig von der Frage der Zuordenbarkeit zu verneinen, denn es sei absolute Vertraulichkeit zugesichert worden und das Institut der Bonusregelung zu schützen. Zu fragen sei somit nurmehr, welche Informationen diesem Schutz zuzuordnen seien, was die Vorinstanz nicht begründet habe. Damit verletze sie das Amtsgeheimnis und missbrauche ihr Ermessen. Die selbst von der Vorinstanz im Einzelfall eingeräumte Zuordenbarkeit verletze die zugesicherte Diskretion. Geschäftsgeheimnisse seien nicht nur vor den Konkurrenten, sondern auch vor der Öffentlichkeit zu schützen, massgeblich bliebe die relative Unbekanntheit – die Möglichkeit der Akteneinsicht der anderen Parteien vernichte den Geheimnischarakter entgegen der Vorinstanz nicht. Das Bundesgericht habe sich in der Sache „Nikon AG“ nicht mit den privaten Interessen der Selbstanzeigerinnen befassen müssen, die Vorinstanz gehe fehl, bezüglich der Selbstanzeige nur öffentliche Interessen zu berücksichtigen. Neben den öffentlichen Interessen am Schutz der Selbstanzeige als Institut und dem funktionierenden Wettbewerb seien die privaten Interessen der Beteiligten zu berücksichtigen, namentlich dasjenige, dass die gelieferten Informationen nicht gegen sie selbst verwendet werden, der Reputationsschutz (zumal die „Verurteilung“ nicht rechtskräftig und durch eine unabhängiges Gericht erfolgt sei) und an der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen zu berücksichtigen. In der Summe überwögen die Interessen, die gegen die Publikation sprächen. Die Rücksichtnahme auf die Bonusregelung beeinflusse auch die Verhältnismässigkeitsprüfung; mit dem bereits publizierten Pressmaterial – und damit einer weniger einschneidenden Massnahme – seien dem Publikum für die Gewährleistung der Transparenz der Verwaltung nötigen Informationen bekannt. Unter dem Aspekt der Vertraulichkeit im Rahmen der Bonusregelung sei schliesslich auch die Koordination mit den EU-Behörden wesentlich. Die Vorinstanz handle nun aber genau konträr zur Europäischen Kommission,

welche erst eine um alle behaupteten Geschäftsgeheimnisse bereinigte Fassung publiziert habe. Die einander gegenüberstehenden Interessen seien auch angesichts der noch fehlenden Rechtskraft zugunsten der Beschwerdeführinnen zu gewichten.

Der Vorinstanz sei eine detaillierte Liste der Geschäftsgeheimnisse zugestellt worden; die Ablehnung werde aber nur pauschal begründet. Der blosser Hinweis, dass einzelne Anträge berücksichtigt seien, genüge der Begründungspflicht nicht. Die von der Vorinstanz eingeräumte Streichung sei nicht einfach so, ohne neue Verfügung, vorzunehmen.

C.f Die Vorinstanz ihrerseits verweist in ihrer Duplik vom 10. Oktober 2016 auf die Anträge ihrer Vernehmlassung.

Weiter führt sie aus, das EuG habe die Sanktionsverfügung der Europäischen Kommission aus formalen Gründen aufgehoben, welche nicht auf die hier gegenständliche Sanktionsverfügung übertragen werden könnten. Dessen ungeachtet sei die Frage, wie die Kommission in der Publikationsfrage weiterfahre, irrelevant. Die Publikation der Sanktionsverfügungen sei ungeachtet der bestehenden bilateralen Verträge mit der EU ausschliesslich vom schweizerischen Recht geregelt, so dass auch die Rechtsprechung i.S. „Nikon AG“ anwendbar sei. Insbesondere im Vergleich zum Entscheid des EuG i.S. „Pergan“ gelte hier, dass die Beschwerdeführerinnen die Sanktionsverfügung – wie auch i.S. „Nikon AG“ – an ein unabhängiges Gericht weiterziehen konnten. In der Hauptsache sei die Verjährung nicht eingetreten, das sei vorliegend aber nicht zu klären; auch verletze eine Publikation vor Rechtskraft der Hauptsache die Unschuldsvermutung nicht.

Das öffentliche Interesse am Schutz des Instituts der Selbstanzeige – im Übrigen der einzig wesentliche Unterschied in der Ausgangslage zur Sache „Nikon AG“ – sei in der Publikationsverfügung berücksichtigt. Über das öffentliche Interesse hinaus bestehe kein Raum für eine rechtlich geschütztes Interesse an der Geheimhaltung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen. Ein Anspruch auf Abdeckung von Textstellen, die nicht als Geschäftsgeheimnisse anzuerkennen seien, bestehe weder nach dem Kartell- noch dem Datenschutzgesetz, der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz sei nicht anwendbar. Die einmalige Nennung einer der Beschwerdeführerinnen sei ein offenkundiges Versehen, es erschliesse sich aus der Verfügung, dass die Selbstanzeigerinnen anonymisiert werden sollten; eine neue Verfügung sei deswegen folglich nicht notwendig.

C.g Die Beschwerdeführerinnen reichten am 17. Oktober 2016 eine weitere Eingabe zu den Akten.

Die These, dass die Frage der Publikation von keinem Abkommen erfasst werde, gehe fehl und stütze sich auf nicht einschlägige Stellen des Bundesgerichtsurteils in der Sache „Nikon AG“, welches ebenfalls das vorzitierte Abkommen mit der EU über die Zusammenarbeit im Wettbewerbsrecht (SR 0.251.268.1, siehe vorne, Bst. C.e) zu Unrecht ignoriere. Auch sei der vorliegende Fall (anders als die Sache „Nikon AG“) vom Luftverkehrsabkommen mit der EU mitgeprägt. Die künstliche Trennung der Hauptsache vom Publikationsverfahren sei ein Widerspruch in sich und unterlaufe mit der Nicht-

respektierung der Vertraulichkeit der Selbstanzeige die Anwendung des mit diesen Abkommen abgedeckten Wettbewerbsrechts. Der Entscheid in der Sache „Pergan“ sei wesentlich auch in der Frage der Verhältnismässigkeit; zumal die Sanktionsverfügung im Detail verjährte Sachverhalte umschreibe, könne das öffentliche Interesse an deren Publikation das private der Beschwerdeführerinnen nicht überwiegen. Die Auffassung, eine mögliche Aufhebung der Sanktionsverfügung – die Verjährung sei ja offensichtlich eingetreten – stehe der Publikation nicht entgegen, sei geradezu „choquant“ und bewege sich abseits rechtsstaatlicher Grundsätze, welche das Bundesgericht in der Sache „Nikon AG“ in der Publikationsfrage hervorgestrichen habe (namentlich des Verhältnismässigkeitsprinzips und der Unschuldsvermutung). Die Vorinstanz selber räume im Übrigen ein, dass die Angelegenheit „Nikon AG“ sich im Gesichtspunkt der Selbstanzeige fundamental von der vorliegenden unterscheide.

D. Die Europäische Kommission (Generaldirektion Wettbewerb, „Kommission“) führte ihrerseits eine Untersuchung im Bereich Luftfracht (Verfahrens-Nr. AT.39258). Es wurden mehrere Parteien [...] sanktioniert. Der Entscheid der Kommission vom 9. November 2010 ist seit dem 8. Mai 2015 in einer provisorischen nichtvertraulichen Fassung im Internet publiziert. Diese Publikation erfolgte, während das vorliegende Verfahren sistiert war, davor hatte die Kommission eine Zusammenfassung publiziert. Mehrere Parteien [...] fochten den Sanktionsentscheid an; das Gericht der Europäischen Union hob den Entscheid der Kommission mit Urteil vom 16. Dezember 2015 [bezüglich der beschwerdeführenden Parteien] aus prozeduralen Gründen auf. Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Die Kommission nahm das Verfahren wieder auf und erliess am 17. März 2017 wiederum eine Sanktionsverfügung. Zu dieser hat sie eine Pressemitteilung sowie eine Zusammenfassung publiziert. Soweit erkennbar, haben die [sanktionierten Parteien dieses Verfahrens] die neuerliche Sanktionierung wiederum angefochten, das Verfahren ist hängig (vgl. zum Ganzen bezüglich die Kommission: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39258; sowie seitens des EuG: Medienmitteilung Nr. 147/15 vom 16. Dezember 2015, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-12/cp150147de.pdf>).

E. Auf die rechtserheblichen Vorbringen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerinnen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens wird in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG (SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG (SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG entschieden hat. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

1.2 Die WEKO ist Vorinstanz i.S.v. Art. 33 Bst. f VGG (vgl. Art. 18 Abs. 3 und 39 KG; Urteil des BVGer B-7084/2010 vom 6. Dezember 2010 E. 1.2). Die Erfordernisse an Form und Frist (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 VwVG) sind eingehalten, der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.3 Die Vorinstanz begründet ihren Antrag auf teilweises Nichteintreten mit der Überlegung, die Publikation der Sanktionsverfügung sei grundsätzlich als Realakt kein taugliches Anfechtungsobjekt. Im Sinne von Art. 25a Abs. 2 VwVG ergehe eine Verfügung, wenn sich Partei und WEKO über die Form oder Art der Publikation nicht einig seien. Die Verfügung weiche aber nicht vom Grundsatz ab, dass die Publikation als solche kein taugliches Anfechtungsobjekt sei. Deshalb gebreche es der Beschwerde, soweit sie den Verzicht auf die Publikation überhaupt verlange, am Anfechtungsobjekt (Vernehmlassung Ziff. 9). Der Replik der Beschwerdeführerinnen will die Vorinstanz sodann entnehmen können, sie stellen die Publikation an sich nicht mehr in Frage (Duplik, Ziff. 4), was diese indessen bestreiten (Eingabe, S. 1). Dies zu Recht: Sie bestätigten in der Replik nicht nur, am Rekurs festzuhalten, ohne dass sie die auf vollständige Aufhebung der Publikationsverfügung schliessenden Anträge modifizierten (Replik, S. 30 a.E.), sie bekräftigten diese Stossrichtung auch in ihrer Stellungnahme zur These des fehlenden Anfechtungsobjekts (Replik, Ziff. 18-27) wie auch in der weiteren Begründung (vgl. bspw. Replik, Ziff. 56, 89, 101).

1.3.1 Vom Ausnahmefall der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde (Art. 46a VwVG) abgesehen, werden im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nur Rechtsverhältnisse überprüft, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich in Form einer Verfügung Stellung genommen hat. Das Vorliegen einer Verfügung als Anfechtungsobjekt ist Sachurteilsvoraussetzung (MOSER//BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2013, N 2.1 und 2.6; UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [nachstehend: Praxiskommentar VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 5 VwVG N 5; Art. 31 VGG; Art. 46 VwVG). Unter einer Verfügung versteht sich gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG eine Anordnung der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt und (Bst. a.) die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten, (Bst. b) die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder des Umfanges von Rechten oder Pflichten oder (Bst. c) die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren zum Gegenstand hat.

Sogenannten Realakten kommt kein Verfügungscharakter zu. Es handelt sich um tatsächliches Verwaltungshandeln, welches nicht auf einen rechtlichen, sondern einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist; es begründet keine unmittelbaren Rechte und Pflichten von Privaten, kann aber mittelbare Rechtswirkungen zur Folge haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1408 und 1425; HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 6 zu Art. 25a VwVG). Um den

Rechtsweg zu eröffnen, kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, gestützt auf Art. 25a VwVG von der zuständigen Behörde eine Verfügung über Handlungen verlangen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren.

1.3.2 Die Publikation kartellrechtlicher Sanktionsverfügungen ist ein Realakt (Urteil 2C_1065/2014 „Nikon AG“ E. 1.1, nicht publ. in BGE 142 II 268; Urteile des BVGer B-4221/2008 vom 28. September 2009 E. 6.2 und B-3588/2012 „Nikon AG“ E. 1.1; HÄNER, a.a.O. N 7 und Fn. 20 zu Art. 25a VwVG).

Im Bewusstsein um diese Ausgangslage kündigte die Vorinstanz bereits mit der Zustellung der Sanktionsverfügung am 9. Januar 2014 an, bei Uneinigkeit über die Publikation eine Verfügung zu erlassen, mag in ihren Augen dabei als „Uneinigkeit“ auch die Frage im Vordergrund gestanden sein, in welchem Umfang Abdeckungen vorzunehmen wären. Die Beschwerdeführerinnen stellten den Antrag, auf die Publikation sei an sich zu verzichten. Die Publikationsverfügung sprach sich sodann in ihrer Begründung in mehrfacher Hinsicht auch über die Frage der Publikation im Grundsatz aus, nicht ohne festzuhalten, es gehe vorliegend um „Grundsatzfragen, die einer Klärung durch die Rechtsprechung bedürfen“, weshalb „die Frage der Publikation und die Frage des Umfangs gleichzeitig im Rahmen einer Verfügung zu beantworten“ seien (Ziff. 18; vgl. auch Ziff. 36, 51, 54, 61, 63).

1.3.3 Gegenstand einer Verfügung über Realakte kann nach einhelliger Auffassung eine Handlung wie auch ein Unterlassen sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1433; HÄNER, a.a.O. N 10 f. zu Art. 25a VwVG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 428), sofern es in Anwendung von öffentlichem Recht des Bundes geschieht.

Vorliegend beantragten die Beschwerdeführerinnen in Bezug auf eine Bestimmung des Bundesverwaltungsrechts, welche durch die Einräumung von Ermessen beide Optionen zulässt, eine bestimmte Handlung – die gegenständliche Veröffentlichung – zu unterlassen und die Vorinstanz entschied, diese Handlung vorzunehmen. Dabei bezogen sie sich ausdrücklich darauf, dass gerade auch diese Frage (und nicht nur die Ausführung im Konkreten) eine von der Rechtsprechung zu klärende Grundsatzfrage sei. Die Vorinstanz erklärt weder, dass die Beschwerdeführerinnen (nur) an der Grundsatzfrage kein schutzwürdiges Interesse hätten, noch, weshalb die gestützt auf Art. 25a VwVG (i.V.m. Art. 48 Abs. 1 KG) erlassene Verfügung nur bezüglich der umstrittenen Ausführungsfragen, nicht aber betreffend die ebenso strittige Grundsatzfrage als Anfechtungsobjekt taugen solle. Dergleichen ist auch nicht erkennbar. Das Dispositiv könnte für sich genommen zwar theoretisch so gelesen werden, dass nur die Art der Publikation geregelt würde („[...] wird in der Version veröffentlicht, die sich im Anhang [...] befindet.“), jedoch ist dieses nicht nur nach dem reinen Wortlaut zu verstehen, sondern nach seinem rechtlichen Gehalt, zu dessen Sinnermittlung die Erwägungen beizuziehen sind (ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 51 zu Art. 49 VwVG m.w.H. in Fn. 243; BGE 120 V 496 E. 1a; BVGE 2014/24 E. 1.4.1

m.w.H.) – aufgrund der Verfahrensgeschichte einerseits und der Begründung der Verfügung andererseits verbietet sich diese eingeschränkte Lesart. Die Publikationsverfügung regelt sowohl die Publikation an sich als auch deren konkrete Gestaltung – und beides kann denn auch mit Beschwerde in Frage gestellt werden.

1.4 Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

1.5 Die Beschwerdeführerinnen sind als Adressaten der Publikationsverfügung i.S.v. Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. Urteil B 3588/2012 „Nikon AG“ E. 1.1 al. 4 m.w.H.).

1.6 Auf die Beschwerde ist somit vollumfänglich einzutreten.

1.7 Mit der Beschwerde können gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens; Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (Bst. b) und die Unangemessenheit (Bst. c) gerügt werden.

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, insbesondere ihr Ermessen überschritten (Beschwerde, Ziff. 85).

2.

2.1 Die Beschwerdeführerinnen berufen sich unter anderem darauf, ihr rechtliches Gehör sei verletzt, da die angefochtene Verfügung eine Begründung dafür vermissen lasse, weshalb die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse nicht anerkannt würden.

Angesichts der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist diese Rüge vorab zu behandeln (BGE 141 V 495 E. 2.2; 138 I 232 E. 5.1; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 106 f. zu Art. 29 VwVG). Zu präzisieren ist, dass sich die Rüge der Gehörsverletzung nicht auf den Haupt- sondern den Eventualantrag der Beschwerde bezieht, also nicht auf die Frage, ob die Publikation an sich angehe, sondern auf die Frage der inhaltlichen Ausgestaltung. Die gerügte Gehörsverletzung ist damit nur von Relevanz, wenn die Beschwerdeführerinnen mit dem Begehren auf vollständigen Publikationsverzicht unterliegen – was, wie sich zeigen wird, der Fall ist.

2.2 Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV geregelten Anspruch auf rechtliches Gehör leitet die Rechtsprechung die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen. Das rechtliche Gehör als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht erfordert, dass die Behörde die Vorbringen einer Partei tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Ent-

scheid stützt (BGE 139 V 496 E. 5.1; 129 I 232 E. 3.2, je m.w.H.; Urteil des BGer 1C_33/2016 vom 17. November 2016 E. 3.2; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, S 885 ff.; STEINMANN, St. Galler Kommentar, N 49 zu Art. 29 BV; WALDMANN/BICKEL, a.a.O. Rz. 102 f. zu Art. 29 VwVG).

2.3 Die Beschwerdeführerinnen bemängeln zur Begründung der verneinten Geschäftsgeheimnisse (insb. Publikationsverfügung, Ziff. 35) zweierlei. Zum Ersten sei die Darstellung falsch, die Sanktionsverfügung enthalte nurmehr Angaben, welche im Laufe des Verfahrens bereits geschäftsgeheimnisbereinigt seien. Zum Zweiten begründe die Vorinstanz die Nichtzulassung von Geschäftsgeheimnissen nicht; es sei unverständlich, wenn die Vorinstanz zur Geltendmachung von Geschäftsgeheimnissen einlade, die Anträge aber ablehne, soweit sie nachträglich gestellt seien und „über das Mass der während des Verfahrens geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse hinausgehen“.

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, diese Ablehnung durchaus begründet zu haben. Die Anträge hätten den Begriff des Geschäftsgeheimnisses nicht erfüllt. In der Sanktionsverfügung seien nur im Verfahrensverlauf geschäftsgeheimnisbereinigte Angaben berücksichtigt worden, die Einladung an die Parteien habe darauf gezielt, die Elimination von Geschäftsgeheimnissen zu kontrollieren (nicht aber, um nachträglich Geschäftsgeheimnisse geltend zu machen, welche den Voraussetzungen nicht genügten), dabei habe die Vorinstanz sehr wohl auch Korrekturen vorgenommen.

2.4 Der Publikationsverfügung (neben der zitierten Ziff. 35 v.a. die vorgelagerten Ziff. 32 ff.) lässt sich in der Tat entnehmen, dass die Vorinstanz der Auffassung sei, die Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse habe laufend im Verfahren stattgefunden (Ziff. 34) und den Parteien sei sodann der „um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Publikationstext“ zur Überprüfung vorgelegt und ein Vorgehen zur Bereinigung von Differenzen mitgeteilt worden (Ziff. 32). Das korrespondiert auch mit den Akten: Mit Eröffnung der Sanktionsverfügung war den Beschwerdeführerinnen mitgeteilt worden, die Sanktionsverfügung weise grau hinterlegte Passagen auf, welche als Geschäftsgeheimnisse anerkannt würden; weiter geltend gemachte Geschäftsgeheimnisse seien zu beantragen (vi-act. 11). Im Zeitpunkt des Erlasses der Sanktionsverfügung ging die Vorinstanz somit davon aus, diese enthalte (trotz Bereinigung im Verfahren) noch Geschäftsgeheimnisse – sonst gäbe es keine Passagen grau zu hinterlegen –, wobei nicht auszuschliessen sei, dass einzelne Geheimnisse übersehen worden seien. Isoliert gelesen, steht die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Ziffer 35 (insbesondere im letzten Satz) der Publikationsverfügung hierzu tatsächlich in einem Spannungsverhältnis, indem sie so gelesen werden kann, dass mit dem Abschluss des Hauptverfahrens und dem Text der Sanktionsverfügung der Bestand der Geschäftsgeheimnisse feststehe. Aus dem Kontext ergibt sich jedoch, dass dies nicht der Fall und das Bereinigungsverfahren ergebnisoffen war, also im Bewusstsein durchgeführt wurde, dass noch nicht identifizierte Geschäftsgeheimnisse vorgebracht werden konnten.

2.5 Inhaltlich gesehen begründet die Vorinstanz, die nicht berücksichtigten Schwärzungsanträge hätten den Begriff des Geschäftsgeheimnisses nicht erfüllt. Daneben enthält die Publikationsverfügung gesonderte Ausführungen dazu, weshalb weder der Persönlichkeitsschutz (inkl. Reputationsschutz und Schutz vor Zivilklagen, Ziff. 38 ff.) noch der Schutz der Selbstanzeige als Institut (Ziff. 56 ff.) zu weiteren Schwärzungen führe. Diese Begründungen sind pauschal und allgemein gehalten, wohl im Bestreben, eine für alle gesondert auftretenden Beschwerdeführerinnen gleichermaßen gültige Erklärung abgeben zu können. Für die einzelne Partei bewegt sich die Begründungsdichte so am untersten Rande dessen, was den Anforderungen der Begründungspflicht noch gerecht werden kann. Wie die Beschwerdeführerinnen aufzeigen, bleibt eine sachgerechte Anfechtung aber – wenn auch wohl nur unter Inkaufnahme zusätzlichen Aufwandes – gerade noch möglich. Diesem, sowie insbesondere auch dem Umstand, dass die Vorinstanz zwar von den Beschwerdeführerinnen zusätzliche Erläuterungen verlangte (vgl. vi-act. 125, 151 und folglich vi-act. 167), es aber in der Folge unterliess, in der Begründung ihres Entscheides auf deren sorgfältig abgefasste Äusserungen (vi-act. 167, aber auch vi-act. 135) einzugehen, ist, nicht zuletzt gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV), im Rahmen der Kostenverteilung Rechnung zu tragen.

2.6 Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen erscheint insgesamt als nicht verletzt.

2.7 Die Frage schliesslich, ob einzelne Passagen fälschlich entgegen der Haltung der Beschwerdeführerinnen nicht als Geschäftsgeheimnisse anerkannt wurden, ist eine der materiellen Beurteilung, und nicht eine der Begründungspflicht.

3.

3.1 Die WEKO untersteht als Behördenkommission und damit Teil der dezentralen Bundesverwaltung (BGE 139 I 72 „Publigroupe“ E. 4.3) dem Öffentlichkeitsgesetz (Art. 2 Bst. a BGÖ; STAMM-PFISTER, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz [„BSK BGÖ“], N 2 zu Art. 2 BGÖ). Sie ist folglich dem Öffentlichkeitsprinzip und dem diesem zugeordneten Transparenzgebot verpflichtet; dieses bezweckt, das Vertrauen des Bürgers in die staatlichen Institutionen und ihr Funktionieren zu fördern und soll eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der Verwaltung sein (BSK BGÖ-BLECHTA, N 4-6 zu Art. 1 BGÖ).

Der Verwirklichung dieser Anliegen dient neben dem im Zentrum des Öffentlichkeitsgesetzes (nicht aber dieses Verfahrens) stehenden Informationszugangsrecht (Art. 6 Abs. 1 BGÖ) auch eine aktive Information durch die Behörden. Art. 21 Bst. b und c BGÖ in Verbindung mit Art. 18 f. der Öffentlichkeitsverordnung (VBGÖ, SR 152.31) hält die Verwaltung an, im Internet über wichtige Aufgabenbereiche und Geschäfte zu informieren sowie wichtige Dokumente aktiv verfügbar zu machen (BSK BGÖ-BLECHTA, N 13-17 zu Art. 1 BGÖ). Beide Bestimmungen – die allgemeinere Information über wichtige Aufgabebereiche und wichtige Geschäfte wie

auch die konkrete Zurverfügungstellung von wichtigen Dokumenten – stehen zwar für eine aktive Informationspolitik, funktional aber dennoch in engem Zusammenhang mit dem Informationszugangsrecht, dessen Erleichterung sie letztlich dienen (BSK BGÖ-STEIGER, N 22 f., 34 f. zu Art. 21 BGÖ). Beide Instrumente enthalten keine Pflicht zur lückenlosen Publikation von amtlichen Dokumenten – mit der Einschränkung auf „wichtige“ Geschäfte resp. Dokumente wird der Behörde ein Ermessen eingeräumt (BSK BGÖ-STEIGER, N 25, 36 zu Art. 21 BGÖ) – und beide stehen unter dem Vorbehalt des angemessenen Aufwandes und entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen (BSK BGÖ-STEIGER, N 28 ff., 42 ff. zu Art. 21 BGÖ); insbesondere die Publikation wichtiger Dokumente untersteht einer Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Zugänglichmachung und entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen (BSK BGÖ-STEIGER, N 45 zu Art. 21 BGÖ).

Das Öffentlichkeitsgesetz ist für Verfahren wie das vorliegende insofern von Bedeutung, als es die Philosophie einer transparenten Verwaltungskultur vorgibt. Konkrete Handlungsnormen, welche über die nachstehend geschilderten spezialgesetzlichen Regeln hinausgehen, enthält es dagegen nicht (das Bundesgericht spricht sich aus ähnlichen Überlegungen generell gegen eine Anwendbarkeit des BGÖ für Verfahren wie das vorliegende aus, vgl. BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 4.2.5.2).

3.2 Art. 49 Abs. 1 KG verpflichtet die Vorinstanz und deren Sekretariat, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren. Dem breiten Publikum soll ein hinreichender Überblick über die Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden ermöglicht werden. Art. 49 Abs. 1 KG verankert das vorstehend (E. 3.1) skizzierte Transparenzgebot im Kartellrecht (TERCIER/MARTENET, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, 2e éd., [„CR Concurrence“], N 5 zu Art. 49 KG; NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, [„BK KG“], N 4 zu Art. 49 KG; Urteil des BVer B-506/2010 „Gaba International AG“ vom 19. Dezember 2013, 6.4.2).

Gleichsam als *lex specialis* zu dieser allgemeinen Informationspflicht (BK KG-NYDEGGER/NADIG, N 9 zu Art. 48 KG) hält Art. 48 Abs. 1 fest, die „Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen“. Es handelt sich um eine „Kann-Vorschrift“, es besteht also ein Ermessen; liegt kein hinreichendes Interesse vor, kann von der Veröffentlichung abgesehen werden (HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, a.a.O., N 398; BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 4.2.3; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, N 22 zu Art. 48 KG). Art. 48 Abs. 1 KG unterscheidet sich damit von einzelnen Normen des Kartellgesetzes, welche eine Publikation explizit vorschreiben (Art. 6 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1, Art. 33 Abs. 1 KG). Diese Unterscheidung begründet sich mit dem Adressatenkreis einerseits und dem Zweck der Veröffentlichung andererseits. Die zitierten Bestimmungen richten sich an möglicherweise betroffene respektive interessierte Personen, welche innert Frist über mögliches Tätigwerden in einem Verfahren entscheiden sollen (Art. 28 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 KG) oder aber an Wirtschaftsakteure, welche ihr Verhalten an der ex ante bekanntgemachten Praxis der WEKO sollen ausrichten können (Art. 6 Abs. 3 KG). Die Publika-

tion gemäss Art. 48 Abs. 1 KG demgegenüber hat vorab die Funktion der Information – zuhanden des Publikums, aber auch zuhanden weiterer Behörden, welche das Kartellrecht anwenden (CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, N 1-9 zu Art. 48 KG). Hiervon ausgehend ist das massgebliche Interesse zu bestimmen, welches im Rahmen des gegebenen Ermessens für eine Publikation spricht. Die Publikation von Entscheiden der WEKO hat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 4.2.5 m.w.H.) mehrere Zwecke; konkret dient sie:

- der Rechtssicherheit und Prävention: Indem die Öffentlichkeit die Praxis der Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis nehmen kann, können Unternehmen ihr Wirtschaften an dieser ausrichten;
- der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten: Es gilt das allgemein im Öffentlichkeitsgesetz festgehaltene Transparenzgebot umzusetzen. Gleichzeitig soll das Publikum die Möglichkeit erhalten, die seinerzeit publizierte Verfahrenseröffnung mit dem Resultat abgleichen zu können;
- der Information über die Praxis der Wettbewerbsbehörden: Adressaten der Praxisinformation sind insbesondere die weiteren das Kartellrecht anwendenden Behörden.

Demgegenüber besteht kein öffentliches Interesse an der Publikation in spezialpräventiver Hinsicht oder an einer pönalen Wirkung im Sinne einer Reputationsstrafe (eingehend Urteil B-3588/2012 „Nikon AG“ E. 5.3) – dies im Gegensatz etwa zur Publikation aufsichtsrechtlicher Verfügungen gemäss Art. 34 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG, SR. 956.1) bei schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen (Urteile des BGer 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1; 2C_359/2012 vom 1. November 2012 E. 3.2).

3.3 Das Bundesgericht erkennt angesichts der übereinstimmenden Zwecke eine Parallelität zwischen der Publikation der Entscheide der WEKO einerseits, jener der Gerichte andererseits (BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 4.2.5.4). Diese Parallelität besteht auch aufgrund einer grundsätzlicheren Überlegung.

3.3.1 Die WEKO gilt zwar unbestrittenermassen nicht als Gericht (BGE 139 I 72 „Publigruppe SA“ E. 4.3 m.w.H.), den von ihr erlassenen Sanktionen kommt jedoch strafrechtlicher bzw. strafrechtsähnlicher Charakter zu (BGE 139 I 72 „Publigruppe SA“ E. 2.2.2 mit Hinweisen insb. auf die Rechtsprechung des EGMR und des EuGH; Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 „Colgate Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG)“ E. 2, 9.1). Folgerichtig gelten für das Verfahren im Grundsatz die grundrechtlichen Garantien, welche für ein Strafverfahren gelten (Art. 30 und Art. 32 BV; Art. 6 EMRK; Art. 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 [„UNO-Pakt II“, SR 0.103.2]). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wie auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte lassen zu, dass über Verwaltungssanktionen – und damit auch über solche, wie sie die WEKO ausspricht – in einem Verwaltungsverfahren entschieden wird, sofern die einzelnen Garantien in einem anschliessenden Verwaltungsgerichtsverfahren mit

voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gewahrt sind (BGE 139 I 72 „Publigruppe SA“ E. 4.4 f. m.w.H.; Urteil 2C_1065/2014 „Nikon AG“ E. 8.2, nicht publ. in BGE 142 II 268; eingehend Urteil des BVGer B-7633/2009 „Swisscom ADSL“ vom 14. September 2015 Rz. 58-64; siehe auch Urteil B-506/2010 „Gaba International AG“ E. 6.1.3).

3.3.2 Die für ein Strafverfahren geltenden Grundrechtsgarantien schliessen mit Wirkung auch für das Kartellverfahren die Unschuldsvermutung mit ein (Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 32 Abs. 2 BV; Urteil B-506/2010 „Gaba International AG“, E. 6.1.3; Zwischenverfügung B-6180/2013 E. 4.3 al. 1). Ihr zufolge gilt jede Person als unschuldig, solange sie nicht in einem rechtmässig durchgeführten Verfahren als schuldig befunden wurde, einen gesetzlich umschriebenen Tatbestand erfüllt zu haben. Neben ihren prozessual bedeutenden Funktionen als Beweislast- und Beweiswürdigungsregel verbietet die Unschuldsvermutung staatlichen Behörden insbesondere, einen Tatverdächtigen vor einem Strafurteil im Rahmen ihrer Informationstätigkeit der Öffentlichkeit als schuldig darzustellen (BGE 137 I 31 E. 5.1; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 981, 990). Sie verpflichtet staatliche Organe auch mit Blick auf die Presseberichterstattung zu einer sachlichen und zurückhaltenden Information (Urteil B-506/2010 „Gaba International AG“, E. 6.1.4; BGE 116 IV 31 E. 5.a.aa/bb; Zwischenverfügung B-6180/2013 E. 4.3 al. 2).

3.3.3 Die Partei, über welche die WEKO im Verwaltungsverfahren eine Sanktion ausspricht, hat mit ihrem Entscheid, ob sie diese anfecht oder nicht, in der Hand, in den Genuss der ihr zustehenden Verfahrensgarantien zu kommen. Nun gehört zu den grundrechtlichen Garantien in gerichtlichen Verfahren auch das Prinzip der Justizöffentlichkeit und zu diesem wiederum der Teilgehalt der öffentlichen Urteilsverkündung. Die Justizöffentlichkeit im Allgemeinen dient einerseits dem Schutz der betroffenen Partei, indem ihre korrekte Behandlung und gesetzmässige Beurteilung sichergestellt wird, andererseits ermöglicht sie nicht am Verfahren beteiligten Dritten nachzuvollziehen, wie gerichtliche Verfahren geführt, das Recht verwaltet und die Rechtspflege ausgeführt werden. Der Teilgehalt der öffentlichen Urteilsverkündung im Besonderen garantiert, dass nach dem Verfahrensabschluss vom Urteil als Ergebnis des Verfahrens Kenntnis genommen wird. Sie soll Geheimjustiz ausschliessen, Transparenz der Justiztätigkeit im demokratischen Rechtsstaat fördern und Vertrauen in die Rechtspflege schaffen. Im Ausmass der garantierten Justizöffentlichkeit bilden Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich zugängliche Quellen im Sinne der Informationsfreiheit gemäss Art. 16 Abs. 3 BV. Mit dieser Funktion im Sinne der Publikums- und Medienöffentlichkeit ist die öffentliche Urteilsverkündung primär für nicht direkt am Verfahren beteiligte Dritte von Bedeutung. Öffentliche Urteilsverkündung bedeutet ursprünglich, dass am Schluss eines gerichtlichen Verfahrens das Urteil in Anwesenheit der Parteien sowie von Publikum und Medienvertretern verkündet wird. Dem Verkündungsgebot dienen aber auch andere Formen, wie etwa öffentliche Auflage, Publikation in amtlichen Sammlungen oder Bekanntgabe über das Internet. Sie sind im Einzelnen anhand von Sinn und Zweck des Verkün-

dungsgebots daraufhin zu beurteilen, ob sie die verfassungsrechtlich gebotene Kenntnisnahme gerichtlicher Urteile erlauben (ausführlich BGE 139 I 129 „ARK“ E. 3.3; 137 I 16 „Nef“ E. 2.2; 124 IV 234 E 3e; 143 I 194 „Obergericht Zürich“ E. 3.1 und E. 3.4.3; Urteile des BGer 1C_123/2016 vom 21. Juni 2016 „Skeletonbahn“ E. 3.5.1, auch in: sic! 2016, 517 ff. sowie MediaLex Newsletter 7/8 2016 resp. Jahrbuch 2016, 97 mit Anmerkung STREBEL und BGer 2C_677/2015 vom 31. März 2016 [=Pra 2016 Nr. 96] „Belarus“ E. 4.1; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 976 ff.; KLEY/TOPHINKE, in: Ehrenzeller/Schweizer/Schindler/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N 36 zu Art. 16 BV; STEINMANN, ebenda, N 61 f. zu Art. 30 BV).

3.3.4 Der Anspruch auf Kenntnisnahme erstreckt sich grundsätzlich auf das ganze Urteil mit Sachverhalt, rechtlichen Erwägungen und Dispositiv (Urteil 1C_123/2016 „Skeletonbahn“ E. 3.5.2; siehe auch BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 4.2.6; a.M. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich VB150013 vom 26. April 2016, auch in: Medialex, Newsletter 10/2016 resp. Jahrbuch 2016, 110 mit Anmerkung STREBEL). Spiegelbildlich zu diesem Anspruch erscheint eine Urteilsverkündung, welche sich auf das Verlesen des Urteilspruchs unter Verzicht einer angemessenen Begründung des Dispositives beschränkt, als ungenügend (BGE 143 I 194 „Obergericht Zürich“ E. 3.7). Dieser Anspruch (respektive diese Obliegenheit) gilt indessen nicht absolut, er wird durch den ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Schutz von persönlichen und öffentlichen Interessen begrenzt. Der konkrete Umfang ist im Einzelfall unter Abwägung der entgegenstehenden Interessen zu bestimmen. Insbesondere ist der Persönlichkeitsschutz der Prozessparteien zu wahren, weshalb die Kenntnissgabe von Urteilen unter dem Vorbehalt der Anonymisierung, der Abdeckung einzelner Passagen und allenfalls der Bereitstellung „in geeignet gekürzter Form“ steht (BGE 133 I 106 E. 8.3; vgl. BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 4.2.6; 139 I 129 „ARK“ E. 3.6; 137 I 16 „Nef“ E. 2.3; 134 I 286 „VgT“ E. 6.3); der Aufwand etwa für die Anonymisierung ist kein massgeblicher Gesichtspunkt (Urteil 1C_123/2016 „Skeletonbahn“ E. 3.7). Zu wahren bleibt gleichzeitig die Verständlichkeit des Entscheides, so dass im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann, dass für Personen, die mit den Einzelheiten eines Falles vertraut sind, Rückschlüsse möglich sind und sie insbesondere erkennen können, um wen es geht (BGE 133 I 106 E. 8.3; Urteil 2C_677/2015 „Belarus“ E. 4.2 al. 2, dazu kritisch MÜLLER, Pra 2016, S. 888; vgl. auch Urteil des EGMR Bacchini gegen Schweiz vom 21. Juni 2005, Nr. 62915/00, auch in: VPB 2005/69.133 E. 1). Eine vollständige Geheimhaltung eines Urteilspruchs jedenfalls ist auch bei Vorliegen gewichtigster Interessen mit dem Öffentlichkeitsgebot nicht vereinbar (BGE 143 I 194 „Obergericht Zürich“ E. 3.4.3 m.w.H. insb. auf die Rechtsprechung der Konventionsorgane).

3.3.5 Alternativformen zur öffentlichen Verkündung sind nicht subsidiär, sondern gegenüber dieser gleichwertig. Das gilt unter dem Aspekt der Verkündung insbesondere auch für den Strafbefehl, mag auch Art. 69 Abs. 2 StPO ein Interesse-Erfordernis formulieren (STEINMANN, St. Galler Kommentar, N 64 zu Art. 30 BV; zur konkreten

Gewichtung der Interessen vgl. die zitierten BGE 134 I 286 „VgT“ E. 6.6 f.; 137 I 16 „Nef“ E. 2.4 f). Es gibt keine vor- oder zweitrangige Formen der Urteilspublikation, die verschiedenen Arten können kombiniert werden (Urteil 2C_677/2015 „Belarus“ E. 4.1 al. 2 zit. gem. Pra 2016 Nr. 96).

3.3.6 Nun ist der mündlichen Eröffnung von anfechtbaren Urteilen durch untere Instanzen offenkundig inhärent, dass über Entscheide informiert wird, welche nicht rechtskräftig sind. Sind die Verkündungsformen einander gleichwertig, so folgt daraus, dass die fehlende Rechtskraft einer Publikation auch in einer Alternativform nicht grundsätzlich entgegen steht – jedoch ist gegebenenfalls eine einzelfallspezifische Abwägung (unter Vornahme der Einzelfallabwägung der je im Raume stehenden Interessen und namentlich unter dem Vorbehalt der Anonymisierung) vorzunehmen. Die im Kartellverfahren grundsätzlich geltende Unschuldsumutung steht somit der Publikation eines noch nicht rechtskräftigen Entscheides nicht entgegen, sie gebietet jedoch eine gewisse Zurückhaltung (vorne, E. 3.3.2; Urteile 1C_123/2016 „Skeletonbahn“ E. 3.6 und 2C_1065/2014 „Nikon AG“ E. 8, insb. E. 8.4.1, nicht publ. in BGE 142 II 268; Urteil B-506/2010 „Gaba International AG“, E. 6.1, 6.4.2; Zwischenverfügung B-6180/2013 E. 4.3 al. 3; STEINMANN, St. Galler Kommentar, N 66 zu Art. 30 BV). Zumal unterinstanzliche Urteile stets unter dem Vorbehalt des Erfolgs eines Rechtsmittels stehen, gelten diese Grundsätze nicht nur für nicht rechtskräftige, sondern auch für Urteile, die aufgehoben wurden oder deren Streitgegenstand im Verlauf gegenstandslos wird (Urteile 2C_677/2015 „Belarus“ E. 4.3 al. 2 und 1C_123/2016 „Skeletonbahn“ E. 3.8).

3.4 Liegt eine Ermessensnorm vor, so steht der Behörde zwar ein Spielraum für ihre Entscheidung offen; dabei ist sie aber an die Verfassung gebunden, insbesondere an die Grundrechte und die Grundsätze staatlichen Verhaltens (Art. 5 BV). Staatliches Handeln soll im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV), es soll nicht nur rechtmässig, sondern auch angemessen sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 409; BVGE 2015/2 E. 4.3.1).

Als Ermessensfehler unterscheiden Lehre und Rechtsprechung (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 430 ff. m.w.H.) die Unangemessenheit (bei der sich der Entscheid innerhalb des Spielraums bewegt, zweckmässigerweise aber anders ausgefallen wäre), den Ermessensmissbrauch (bei dem der Spielraum eingehalten wird, der Entscheid aber von unsachlichen, zweckfremden Kriterien geleitet ist oder unter Verstoss gegen allgemeine Rechtsprinzipien wie das Willkürverbot, die Rechtsgleichheit oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit erfolgt), die Ermessensüberschreitung (bei welcher Ermessen wahrgenommen wird, ohne dass ein solches bestünde) und die Ermessensunterschreitung (bei der die Behörde auf ein ihr zustehendes Ermessen von vornherein verzichtet). Mit Ausnahme der Unangemessenheit handelt es sich um Rechtsverletzungen. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt die angefochtene Verfügung mit voller Kognition, kann somit sowohl Rechtsanwendung wie auch die Angemessenheit prüfen (vorne, E. 1.7). Es ist auch verpflichtet, seine Kognition auszuschöpfen, auferlegt sich jedoch bei der Prüfung

der Unangemessenheit je nach der Natur der Streitfrage eine gewisse Zurückhaltung, so insbesondere bei technischen Fragen, für deren Beantwortung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist oder bei Auslegungsfragen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer Nähe zur Angelegenheit sachgerechter zu beantworten vermag (für einen Überblick vgl. RHINOW ET AL, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rz. 1598 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.153 ff.).

3.5 Verstösst die Handhabung des Ermessens gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, so ist einer derjenigen Grundsätze verletzt, welche die Annahme eines Ermessensmissbrauchs rechtfertigen (BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 4.2.3; BGE 137 V 71 E. 5.1). Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gebietet somit insbesondere die Bindung des Verwaltungshandelns an die Zweckbestimmung der Ermessenseinräumung (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, 3e éd 2012, vol. I, S. 743).

Der auf Art. 5 Abs. 2 BV abgestützte Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert in einer allgemeinen Umschreibung, dass eine Verwaltungsmassnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet, notwendig und zumutbar sein soll (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 514 m.w.H.). Das Kriterium der Eignung verpflichtet das Verwaltungshandeln auf die Erreichung des anvisierten öffentlichen Interesses (definiert die „Präzision staatlichen Handelns“ [HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 522]). Die *Erforderlichkeit* gebietet, eine Massnahme so zu bemessen, dass der angestrebte Zweck nicht auch mit einer milderen Massnahme erreicht werden könnte („Intensität staatlichen Handelns“ [HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 522]). Die *Zumutbarkeit* schliesslich ist – in einer wertenden Abwägung – zu bejahen, wenn der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den dem Privaten auferlegten Belastungen oder bewirkten Eingriff steht – die Massnahme muss durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 556 f.).

3.6 Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG). Kein Geschäftsgeheimnis sind von vornherein die Angaben, welche gemäss Art. 28 KG mit der Eröffnung der Untersuchung zwingend zu publizieren sind: die Adressaten der Untersuchung und deren Gegenstand – verstanden als eine Umschreibung des kartellrechtswidrigen Verhaltens, welche Dritten zu entscheiden erlaubt, ob sie sich gestützt auf Art. 43 KG an der Untersuchung beteiligen wollen (BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 5.1).

Für eine positive Begriffsumschreibung kann auf den traditionellen Geheimnisbegriff zurückgegriffen werden, wie er auch zu anderen Normen gebräuchlich ist, welche diesen Begriff enthalten (im Detail BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 5.2.1). Demgemäss gilt als Geschäftsgeheimnis eine (1.) weder offenkundige noch allgemein zugängliche Tatsache (relative Unbekanntheit), die (2.) 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. Die Rechtsprechung hat die kontroverse Frage, ob dies für rechtswidrige Handlungen und Zustände bejaht werden kann, für das Kartellrecht dahingehend beantwortet, dass jene Tatsachen, welche ein kartellrechtswidriges Verhalten belegen, nicht geheimhaltungswürdig seien. Denn aus kartellrechtlicher Optik – so das Bundesgericht – schützt das Geheimhaltungsinteresse die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit einzelner Unternehmen und gleichzeitig den Wettbewerb als solchen. Basiert ein Wettbewerbsvorteil auf kartellrechtswidrigen Handlungen, so kann nicht Sinn einer Regelung des Kartellrechts sein, diese Informationen, welche das Kartellrecht verpönt, gleichzeitig unter Schutz zu stellen (BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 5.2.2 m.w.H.).

3.7 Die Tätigkeit der WEKO untersteht dem Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1). Sie hat sich an die Grundsätze der Art. 4, 5 und 7 DSG zu halten – unter anderem und insbesondere darf die Datenbearbeitung nur rechtmässig, nach Treu und Glauben und verhältnismässig erfolgen (Art. 4 Abs. 1-3 DSG), hat sich die Vorinstanz über die Richtigkeit der Daten zu vergewissern (Art. 5 Abs. 1 DSG) und um deren Sicherheit besorgt zu sein (Art. 7 Abs. 1 DSG; ausführlich BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 6.1-6.3 m.w.H.).

Die Veröffentlichung einer Sanktionsverfügung ist als ein Bekanntgeben von (besonders schützenswerten ([Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG]) Personendaten i.S.v. Art. 19 DSG zu qualifizieren. Sie bedarf einer gesetzlichen Grundlage (Art. 17 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 DSG). Selbst bei deren Bestehen ist die Bekanntgabe (also Veröffentlichung) abzulehnen, wenn wesentliche öffentliche oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen (Art. 19 Abs. 4 DSG) – es erfolgt somit eine Interessenabwägung (BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 6.4.1 m.w.H.).

Art. 48 KG stellt eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von Personendaten dar. Für Personendaten, welche Geschäftsgeheimnisse darstellen, hat das Kartellgesetz selbst in Art. 25 Abs. 4 KG die Sonderregel aufgestellt, dass diese generell, ohne Vorname einer Interessenabwägung, nicht publiziert werden dürfen. Die Publikation von Personendaten ausserhalb des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses untersteht demgegenüber der Abwägung gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG (BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 6.4.2 f.; Urteile des BVGer A-6315/2014, A-6320/2014 und A-6334/2014 je vom 23. August 2016, je E. 12.1).

3.8 In Verfahren, die durch Selbstanzeigen massgeblich getragen sind, berücksichtigt die Vorinstanz im höheren Interesse eines funktionierenden Systems zur Aufdeckung von Kartellen das Interesse am Schutz des Instituts der Selbstanzeige resp. der sogenannten Bonusregel. Sie beruft sich denn auch in der Publikationsverfügung (Ziff. 59) ausdrücklich auf dieses Interesse, das sie klar von den privaten Interessen der Parteien unterschieden wissen will. Die Vorinstanz ist sich im Klaren, dass ein Unternehmen, welches eine Selbstanzeige

erwägt, ein hohes Interesse an Diskretion betreffend die Weitergabe von Informationen an Behörden, Gerichte, Branchenteilnehmer aber auch Parteien in Zivilprozessen hat. Die Anreizwirkung der Selbstanzeige hängt gemäss ihren Ausführungen in einem Entscheid aus dem Jahr 2011 von der Berechenbarkeit der Folgen ab – sowohl direkt bezüglich der Sanktionsreduktion wie auch indirekt bezüglich der möglichen Spätfolgen, insbesondere Schadenersatzprozesse. Um den Anreiz aufrecht zu erhalten, Selbstanzeigen – Informationen wie auch Beweismittel – vorzubringen, sieht sich die Vorinstanz einem „schonungsvollen Umfang mit den [...] freiwillig offengelegten Informationen und Unterlagen“ verpflichtet (Zwischenverfügung der WEKO vom 10. August 2011 i.S. 22-0385: Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, RPW 2012, 264 ff., Ziff. 22 ff., insb. 24; vgl. Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO, Bonusregelung (Selbstanzeige), 8. September 2014, BBI 2015 3346 ff., Ziff. 47 ff.).

3.9 Bereits in der angefochtenen Verfügung (Rz. 25) verweist die Vorinstanz auf die Praxis der Kartellbehörden der Europäischen Union, wenngleich diese nicht bindend sei.

Das schweizerische Kartellrecht orientiert sich seit der Totalrevision des Kartellgesetzes im Jahr 1995 zwar ausdrücklich, aber doch vorab rechtsvergleichend und mit Ausnahmevorbehalt, am Wettbewerbsrecht der Europäischen Union (vgl. eingehend und mit Nachweisen Urteil B-7633/2009 „Swisscom ADSL“, Rz. 167 ff.). Mit dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013 (SR 0.251.268.1) besteht nun (aber noch nicht im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung) eine rechtliche Grundlage für eine engere Zusammenarbeit zwischen der WEKO und der Wettbewerbsbehörde der Europäischen Kommission. Im Zusammenhang mit der Genehmigung dieses Abkommens stellte der Bundesrat klar, dass die Wettbewerbsrechte der Schweiz und der EU zwar materiell vergleichbar seien, aus rechtlich verbindlicher Warte aber nach wie vor von Äquivalenz der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen der Schweiz wie auch der Europäischen Union auszugehen sei, also keine materielle Harmonisierung des Rechts bestehe oder Inhalt des Abkommens sei (vgl. Art. 13 des Abkommens sowie die Botschaft, BBI 2013 3961, 3964, 3965 f., 3978). Auch für die vom Abkommen geregelten verfahrensrechtlichen Fragen hält die Botschaft fest, dass das Abkommen einen rechtlichen Rahmen für die angestrebte Zusammenarbeit (namentlich die gegenseitige Mitteilung und Koordination von Vollzugsmassnahmen und der Austausch von Informationen) schaffe, diese aber nicht obligatorisch erklärt werde; das Ermessen der jeweiligen Behörde werde durch das Abkommen nicht eingeschränkt (Botschaft, BBI 2013 3960 f., 3966).

Die Rechtslage in der Europäischen Union zur Publikation der Entscheide der Wettbewerbsbehörde weicht von der schweizerischen insofern ab, als die anwendbare Rechtsgrundlage der Kommission kein Ermessen einräumt. Art. 30 („Veröffentlichung von Entscheidungen“) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln

81 und 82 des Vertrags („VO 1/2003“) niedergelegten Wettbewerbsregeln lautet (mit Ausnahme der Verweise gleich dem früher in Kraft stehenden Art. 21 der Verordnung Nr. 17, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vom 6. Februar 1962):

(1) Die Kommission veröffentlicht die Entscheidungen, die sie nach den Artikeln 7 bis 10 sowie den Artikeln 23 und 24 erlässt.

(2) Die Veröffentlichung erfolgt unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen. Sie muss dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen.

Zusammengefasst arbeiten die Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der Europäischen Union voneinander unabhängig; das Handeln der beiden Behörden fusst auf zwar ähnlichen, aber doch nicht gleichen, Grundlagen und verpflichtet die je andere Behörde nicht. Verweise auf das Publikationsverhalten der Wettbewerbsbehörde der Europäischen Kommission (Sachverhalt, Bst. D) sind insgesamt von rechtsvergleichendem Interesse, verbindliche Erkenntnisse ergeben sich daraus nicht.

4.

4.1 Wie erwähnt, handelt es sich bei Art. 48 Abs. 1 KG um eine Ermessensnorm. Das Ermessen muss pflichtgemäss wahrgenommen werden, insbesondere muss es verhältnismässig und folglich zweckgerichtet sein. Verwaltungshandeln, das sich auf diese Norm abstützt, muss erforderlich sein, um die angestrebten Zwecke zu erfüllen und dieser Zweckverfolgung in der mildesten Vorgehensweise genügen; schliesslich muss in einer wertenden Gesamtabwägung von öffentlichem Zweck und Eingriff in die Interessen der Beschwerdeführerinnen ein vernünftiges Verhältnis resultieren (vorne, E. 3.4 und 3.5). Die Ermessensausübung erfolgt unabhängig von der Publikationspraxis der Europäischen Kommission (vorne, E. 3.9).

4.2 Den vorstehend (E. 3.2) dargestellten Zwecken dient eine Veröffentlichung der Sanktionsverfügung im Grundsatz. Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass für die Untersuchungsverfahren der WEKO die grund- und konventionsrechtlichen Garantien eines Strafverfahrens gelten – und damit auch der Aspekt der Justizöffentlichkeit im Allgemeinen und des Verkündungsgebotes im Besonderen zu beachten sind (vorstehend, E. 3.3). Es handelt sich hierbei um Verfahrensgarantien, die nur zum Teil zugunsten der verfahrensbetroffenen Partei, vor allem aber im Interesse der Öffentlichkeit wirken. Vor diesem Hintergrund ist im Grundsatz möglich, den Entscheid ungeachtet der noch nicht eingetretenen Rechtskraft und ohne jede Prognose über die Aussichten eines Rechtsmittels zu publizieren (vorne, E. 3.3.6).

4.3 Im Grundsatz ist sodann der Entscheid selbst – mit Sachverhalt, Erwägungen und Dispositiv – zu veröffentlichen (vorstehend, E. 3.3.4). Das Interesse an der Orientierung des Publikums vermöchte eine kurze und alleinige Zusammenfassung nicht befriedigend zu erfüllen. Zwar könnten so die Leitlinien in übersichtlicher und lesbarer Form vermittelt werden. Die Kenntnis der Argumentation der WEKO ist indessen für das Fachpublikum wichtig, um sich mit dieser auseinandersetzen zu

können. Als Adressaten verstehen sich neben Akteuren der Wirtschaft insbesondere die weiteren rechtsanwendenden Behörden, aber auch die Rechts- und Wirtschaftswissenschaft. Die Ausführungen der Vorinstanz zu den anwendbaren Rechtsnormen (vgl. nachstehend, E. 5.2) beispielsweise können mit einer Zusammenfassung nicht genügend abgebildet werden. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass das der Sanktionsverfügung vorangegangene Verfahren nicht publikumsöffentlich war, was dem Öffentlichkeitsgebot im Verkündungsstadium ein erhöhtes Gewicht verleiht (vgl. mit Blick auf das Strafverfahren BGE 143 I 194 „Obergericht Zürich“ E. 3.1 Abs. 2 a.E.). Weder eine Zusammenfassung in der Gestalt beispielsweise des Presserohstoffes (oder eines Fallberichts, wie sie durch das deutsche Bundeskartellamt regelmässig [neben den förmlichen Entscheiden] publiziert werden) noch eine bloss summarische Publikation (wie sie die Europäische Kommission im Parallelverfahren in einem ersten Schritt vornahm) könnte insgesamt den verfolgten Interessen gerecht werden. Nicht relevant ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz der Umfang, also die Seitenzahl, der Sanktionsverfügung.

4.4 Damit kann die Vorinstanz die Sanktionsverfügung veröffentlichen. Die Veröffentlichung soll im Grundsatz vollständig erfolgen, sie hat jedoch auf die rechtmässigen Beschränkungen Rücksicht zu nehmen (BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 4.2.6), das sind namentlich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Art. 25 Abs. 4 KG, vorstehend E. 3.6), aber auch die gebotene Rücksichtnahme auf schutzwürdige persönliche Interessen der Beschwerdeführerinnen (vorne, E. 3.3.4 und, zu Art. 19 Abs. 4 DSG, E. 3.7). Die Erstgenannten sind absolut zu schützen, die Zweitgenannten in einem Umfang, der aufgrund einer Verhältnismässigkeitsprüfung festzulegen ist (vorne, E. 3.7). Zu erinnern ist auch daran, dass der Effekt einer Reputationsstrafe nicht zu den verfolgten Zwecken gehört (E. 3.2).

5.

Die Beschwerdeführerinnen machen als entgegenstehende Interessen namentlich den Schutz vor Zivilklagen in ausländischen Jurisdiktionen geltend und deuteten einen Bezug zum Anliegen des Schutzes der Selbstanzeige als Institut an.

5.1 Das Bundesgericht hat im Entscheid „Nikon AG“ (Urteil 2C_1065/2014 E. 5.3.3, 6.5.2, nicht publ. in BGE 142 II 268) deutlich gemacht, dass die Hauptsache – verstanden als die Frage, ob ein kartellrechtswidriger Sachverhalt vorliegt und ob deshalb zu Recht eine Sanktion ausgesprochen wurde – im Rahmen der Anfechtung einer Publikationsverfügung nicht materiell zu prüfen sei, auch nicht unter dem Titel des Reputationsschutzes. Das gilt auch für dieses Verfahren: Angefochten ist die Publikationsverfügung und es ist dies nicht der Ort, über die materielle Begründetheit der Sanktionsverfügung zu urteilen. Überlegungen über den Einfluss des Urteils des EuG im Parallelverfahren auf die beim Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung sind mangels rechtlicher Verbindlichkeit dieses Urteils für die schweizerischen Behörden und Gerichte (vorne, E. 3.9) rein spekulativer Natur.

5.2 Angesichts der Argumentation der Beschwerdeführerinnen ist gleichwohl ein Blick auf die Sanktionsverfügung zu richten.

5.2.1 Mit der Sanktionsverfügung wurde den Sanktionierten – u.a. den Beschwerdeführerinnen – untersagt, sich über Preise etc. abzusprechen, „soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt ist“ (oder eine Freistellung vorliegt). Die Parteien wurden „für das in den Erwägungen beschriebene Verhalten“ in unterschiedlicher Höhe mit Sanktionen belastet.

Die Vorinstanz hatte in der Würdigung des von ihr umfassend untersuchten, internationalen Marktes der Luftfracht die Geltung des Kartellgesetzes, des EU-Luftverkehrsabkommens und diverser Abkommen mit Einzelstaaten (darunter solche mit EU-Staaten vor Inkrafttreten des genannten Abkommens am 1. Juni 2002 resp. – im Falle der Tschechischen Republik – vor dem Beitritt zur EU am 1. Mai 2004 als auch solche mit Nicht-EU-Staaten) zu koordinieren. Die Vorinstanz ging zusammengefasst von folgender Situation aus (vgl. Presserohstoff, S. 3 f.):

- Mit Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens am 1. Juni 2002 sei die Schweiz im Bereich des Luftverkehrs in die EU integriert. Das habe einerseits zur Folge, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Luftverkehrs zwischen der Schweiz und EU-Staaten den Behörden der EU obliege [...]. Andererseits sei die Schweiz verpflichtet, für Strecken mit Drittstaaten die Wettbewerbsregeln der EU zu übernehmen; das schweizerische Kartellrecht bleibe gleichzeitig anwendbar, dem EU-Recht komme der Vorrang zu [...];
- Abkommen mit Drittstaaten (und mit EU-Staaten vor Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens) sähen zum Teil die Möglichkeit zur Tarifkoordination vor. Im Geltungsbereich solcher Abkommen seien Preisabsprachen zulässig [...];
- Für die schweizerische Kartellbehörde blieben somit unter den untersuchten Verhaltensweisen solche relevant, die sich auf die Strecken zwischen der Schweiz auf der einen Seite und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik, Pakistan und Vietnam auf der anderen Seite auswirkten [...];
- Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 seien zwar überprüfbar, aber ohne weitere Folge, insbesondere ohne solche für das Dispositiv [...].

5.2.2 Die Feststellungen des rechtserheblichen Sachverhaltes sind auf einen globalen Fokus gerichtet: Bereits in den einleitenden Bemerkungen geht die Vorinstanz von globaler Geltung der untersuchten Vereinbarungen aus [...], in der Folge werden die Vereinbarungen und Kontakte teils auf einer Zeitlinie [...], teils geographisch, mit Fokus auf den Markt, von dem aus Absprachen getroffen wurden [...] dargestellt; im Falle der Treibstoffzuschläge wird die geographisch zentrierte Schilderung als Ergänzung „im Sinne eines weltweiten Kontextes“ begründet, „selbst wenn einige lokale Kontakte allenfalls durch Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und anderen Ländern abgedeckt sein sollten, ist die Darstellung für die Fragestellung des weltwei-

ten Kontextes relevant“ [...]. Ergänzt wird die Darstellung durch einen Abschnitt über „Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier“ [...].

5.2.3 Die Subsumption im Rahmen der *rechtlichen Überlegungen* erfolgte zuerst ebenfalls mit globalem Fokus: In einem ersten Schritt gelangte die Vorinstanz zur Auffassung, es liege ein Verstoss zweier Gruppen von Unternehmen gegen Art. 8 Abs. 1 des EU-Luftverkehrsabkommens in der Form einer einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung vor [...]. In einem zweiten Schritt prüfte und bejahte sie das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in der Form einer Gesamtabrede [...], und nahm sodann im Sinne einer Eventualbegründung eine Überprüfung von Einzelabreden – bezogen auf die einzelnen Formen von Tarifabsprachen – vor [...] und bejahte diese, teils für einen weltweiten [...], teils für einen „internationalen, aber nicht weltweiten“ Kontext (da nur auf gewissen Strecken relevant, soweit erkennbar aber nicht deckungsgleich mit den genannten fünf Streckenpaaren [resp.] da nur für die USA relevant, [...]). Sie schloss diesen Teil mit einer Übersicht, welche Gesellschaft an welchen Abreden beteiligt gewesen sei [...].

Erst mit der Prüfung, ob die Wettbewerbsabreden zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führten, verengte sich der Fokus auf die fünf Streckenpaare (zwischen der Schweiz einerseits, den USA, Singapur, der Tschechischen Republik [bis Mai 2004], Pakistan und Vietnam andererseits), welche Grundlage für Verbot und Sanktion sind [...].

5.2.4 Es sind lediglich Verhaltensweisen mit Bezug auf diese Streckenpaare und ab dem 1. Juni 2002, welche einen Einfluss auf das Dispositiv haben. Im Sachverhalt ist indessen ein Netzwerk von Absprachen und Kontakten geschildert, ohne dass die konkreten Strecken isoliert wären und auch die rechtlichen Erwägungen gehen initial von diesem Denkansatz aus. Für die Belange der Redaktion der Sanktionsverfügung ist dies nicht zu beanstanden: Geht die Vorinstanz davon aus, die letztlich sanktionierten Abreden über eine Teilmenge des Marktes seien eingebettet in den Gesamtmarkt erfolgt, so hat sie dies auch so zu schildern und nicht vorzuschützen, man habe sich nur bezüglich einzelner Strecken abgesprochen.

5.3 Die Vorinstanz hält dafür, ihre Sachverhaltsdarstellung sei unschädlich, da die Selbstanzeigerinnen (und damit auch die Beschwerdeführerinnen) anonymisiert seien, die Sanktionsverfügung nicht rechtskräftig sei und damit als Klagegrundlage nicht taugte und bezüglich der fraglichen Verbindungen (soweit sie nicht der Jurisdiktion der Europäischen Kommission unterstünden) gerade die Rechtmässigkeit festgestellt werde. Damit greift die Vorinstanz in mehrfacher Hinsicht zu kurz:

5.3.1 Die Vorinstanz bezeichnet Tarifabsprachen auf Luftfrachtbeziehungen ausserhalb der mehrfach erwähnten fünf Streckenpaare in Auslegung des Landes- und Staatsvertragsrechts als zulässig, soweit sie zuständig zu deren Beurteilung war (vorne, E. 5.2). Damit beurteilt sie die Rechtswidrigkeit resp. Rechtmässigkeit des untersuchten Verhaltens anhand des Kartellrechts und des EU-Luftverkehrsabkommens aus der Optik der schwei-

zerischen Wettbewerbsbehörde – nicht weniger, aber auch nicht mehr.

Es ist nun aber weder klar, dass in einem allfälligen Zivilprozess einzig das für die Schweiz anwendbare Kartellrecht als Grundlage der Widerrechtlichkeit angerufen wird, noch, dass sich ein ausländisches Zivilgericht an die Beurteilung der Vorinstanz gebunden sieht. Es steht auch nicht fest, dass ein solches die anwendbaren Regelungen in dieselbe Rangfolge stellt wie die Vorinstanz, sofern es für seine Rechtsordnung Normkonflikte analog dem vorliegenden feststellt. Die Bezeichnung dieser Verhaltensweisen ausserhalb der besagten fünf Streckenpaare als rechtmässig hängt einzig von diesem Entscheid zum anwendbaren Recht ab (vorne, E. 5.2.1).

Soweit die Vorinstanz die Abreden und Verhaltensweisen deshalb nicht beurteilte, weil nicht sie selbst (sondern die Wettbewerbsbehörde der Europäischen Union) zuständig sei, traf die Vorinstanz gerade keine Feststellung, dass die geschilderten Abreden und Verhaltensweisen legal gewesen seien. Auch wäre der Sanktionsverfügung nicht zu entnehmen, die mit globalem resp. internationalem Fokus getroffenen Feststellungen beträfen Strecken zwischen der Schweiz und der EU nicht.

Schliesslich betrachtete die Vorinstanz nur einen Teil der nach ihrem Bekunden über 140 Luftverkehrsabkommen, welche die Schweiz geschlossen hat, (nämlich deren 33) als für dieses Verfahren relevant (Sanktionsverfügung, Ziff. 934 und Anhang 1). Es kann nicht ernsthaft ausgeschlossen werden, dass die als global geschilderten Verhaltensweisen auch zwischen zwei ausländischen Nationen eine Rolle spielen oder zwischen der Schweiz und einer Nation, die Vertragspartei eines der übrigen über 100 Abkommen ist und deren Behörden die Verkehrsbeziehung, anders als die Vorinstanz, sehr wohl als relevant einstufen.

5.3.2 Die Anonymisierung beschränkt sich auf die Selbstanzeigerinnen und auf Angaben, welche diese einschliessen, insbesondere solche, die von „allen“ Parteien sprechen. Allerdings ist nicht nur mit der Mitteilung zur Verfahrenseröffnung (BBI 2006 2707 [Bundesblatt vom 7. März 2006]) bekannt, wer von der Untersuchung betroffen ist, sondern mit Medienmitteilung und Presserohstoff auch, um wen es sich bei den Selbstanzeigerinnen handelte und wer sanktioniert wurde.

Mit dieser von der Vorinstanz öffentlich gemachten Hintergrundinformation erweist sich die Anonymisierung an einigen Stellen als einfach durchschaubar. Bereits als nicht mit der Branche vertrauter ist man in der Lage, diverse geschwärzte „alle“ sprachlich zu rekonstruieren [...]. Die nur teilweise Anonymisierung führt dazu, dass Passagen wie „Einzig [Name] führte bis im Mai 2002 keine Treibstoffzuschläge ein“ [...] eine Aussage darüber ablegen, wer dies eben doch tat. Mit etwas Insiderwissen – etwa dem über die Mitglieder beim X. _____ – können etwa in [...] die adressierten Mitglieder ergänzt werden oder dürfte bekannt sein, was unter „Y. _____“-Gruppe [...] verstanden wird. Es liegt auf der Hand, dass mit zunehmendem Insider-Wissen der Anteil rekonstruierbarer Informationen ansteigt, ebenso, dass potentielle Schadenersatzkläger überwiegend mit der Branche vertraut sein und somit über eben solches Wissen verfügen dürften.

Erfahrungsgemäss ist kaum eine Anonymisierung insofern vollständig, als ausgeschlossen werden kann, dass ein Leser mit Hintergrundwissen auf die Parteien rückschliessen kann. In gewissem Ausmass ist das zu dulden (vgl. vorne, E. 3.3.4). Die Problematik des vorliegenden Falles weicht indessen von der gängigen Problemlage ab: Üblicherweise gilt es mit der Anonymisierung zu vermeiden, dass eine nicht allgemein bekannte Person einem beurteilten Sachverhalt zugeordnet werden kann. Hier jedoch sind die Parteien seit Verfahrenseröffnung namentlich bekannt und es weiss durch Medienmitteilung und Presserohstoff auch jede und jeder Interessierte, welche Gesellschaften sanktioniert wurden und welche von einem Nachlass infolge Selbstanzeige profitieren konnten. Nachdem die Rechtsprechung Sachverhalten den Status als Geschäftsgeheimnis verwehrt hat, für welche eine Sanktion ausgesprochen wurde (BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 5.2.2. m.w.H.; vgl. vorne, E. 3.6) ist dies für diese Sachverhalte hinzunehmen – soweit weiteren persönlichen Interessen nicht aufgrund einer Interessenabwägung Vorrang einzuräumen ist. Problematisch ist vorliegend, dass die Sachverhaltsschilderung und weite Strecken der rechtlichen Würdigung die Zuordnung der Parteien (und damit der Beschwerdeführerinnen) zu einem ganzen Sachverhaltskomplex mit sich bringt, der (obwohl für einen Teil der Rechtsgrundlagen als widerrechtlich erklärt) nicht Grundlage für eine Sanktion war. Aus der Optik der Entscheidredaktion ist das, wie gesagt (E. 5.2.4), nicht zu beanstanden.

5.3.3 Die Beschwerdeführerinnen können damit aber – des Versuches der Anonymisierung zum Trotz – mit Abreden in Verbindung gebracht werden, die nach der Auffassung der Vorinstanz in teils globalem, teils internationalem Kontext abgeschlossen worden und zumindest nach dem EU-Luftverkehrsabkommen und dem Kartellgesetz als illegal einzustufen seien. Sie sind damit in allen in Frage stehenden Konstellationen in ihrem Interesse am Schutz ihrer Persönlichkeit betroffen:

- Soweit die Sach- und Rechtslage geprüft wurde und das Vorgehen als legal eingestuft wurde, besteht nach wie vor die Feststellung, dass ein Verstoss gegen EU-Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz vorliegt (was nur – aber immerhin – wegen des so unterschiedenen Normenkonfliktes mit widersprechenden Staatsverträgen doch zugunsten der Beschwerdeführerinnen entschieden wurde);
- Soweit die Sach- und Rechtslage mangels Zuständigkeit nicht geprüft wurde, besteht eine Schilderung und rechtliche Würdigung mit globalem Kontext, die für den bedeutsamen Markt Schweiz-EU einen Verstoss gegen EU-Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz insinuiert;
- Soweit die Sach- und Rechtslage geprüft und das Vorgehen als illegal eingestuft wurde, können die Beschwerdeführerinnen zwar nicht den Schutz der Informationen als Geschäftsgeheimnis für sich beanspruchen. Indessen bringt die Natur der hier beurteilten Sache mit sich, dass Schilderungen bezüglich dieser Strecken in der Sachverhaltsschilderung nicht isoliert vorkommen, vorkommen können und auch nicht als isoliert zu fingieren sind.

5.3.4 Die Beschwerdeführerinnen sehen sich mit einer Schilderung von als global gesehen widerrechtlich bezeichnetem Verhalten konfrontiert, werden aber nur für eine geringe Teilmenge des geschilderten Verhaltens sanktioniert. Ihre Persönlichkeitsrechte sind somit weitgehend durch eine Darstellung betroffen, welche mit dem Dispositiv nicht korrespondiert. Die Feststellungen zu den Abreden, welche sanktioniert wurden, sind mit den darüber hinausgehenden, untrennbar verknüpft; d.h. die Schilderung des sanktionsrelevanten Sachverhalts bringt diejenige des überschüssenden Teiles mit sich (vorne, E. 5.2.4).

5.4 Die Vorinstanz äussert sich in ihren Stellungnahmen zu den nicht sanktionierten Strecken nur insoweit, als sie kein Schädigungspotenzial in einer Schilderung zu erkennen vermag, welche die Absprachen auf den meisten aussereuropäischen Verkehrsverbindungen als rechtens bezeichnet (Vernehmlassung, Ziff. 19). Zu den Strecken, welche sie nicht beurteilt, weil sie die Europäische Kommission dafür als zuständig erachtet, äussert sie sich in diesem Verfahren nicht. Hierzu ist zu bemerken, dass die Frage, welche Strecken ihrer Beurteilung entzogen sind, zu den wesentlichen Fragen des Entscheides gehört: Kommt sie zum Schluss, dass Verkehrsbeziehungen zwischen der Schweiz und der EU nicht in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, so hat sie sich selbstredend dazu zu äussern.

Diese Festlegung erfordert jedoch weder eine Feststellung des Sachverhaltes noch eine Darstellung, die darauf schliessen lässt, das nicht beurteilte Verhalten werde als rechtswidrig erachtet. Auf eine solche Auffassung lässt in der gegebenen Fassung der Publikationsversion die Sanktionsverfügung jedoch schliessen (E. 5.3.3, 2. Spiegelstrich). Dabei könnte die Vorinstanz nach ihrer eigenen Auffassung hierzu eine Sanktionierung gar nicht aussprechen – und entzieht sich diese Darstellung damit gerichtlicher Kontrolle (vgl. Urteil des EuG vom 12. Oktober 2007 T-474/04 Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rz. 76 ff.). Eine rechtskräftige Sanktionierung durch die Europäische Kommission ist bis dato nicht erfolgt (vorne, Bst. D).

Eine Information der Öffentlichkeit in dieser Form lässt für den Bereich der Verkehrsbeziehungen mit Staaten der Europäischen Union die gebotene Zurückhaltung vermissen (vgl. vorne, E. 3.3.2 und E. 3.3.6).

5.5 Wie erheblich die Risiken von Zivilprozessen aufgrund der Sanktionsverfügung wären, ist hier nicht abschliessend zu beurteilen. Die Annahme der Vorinstanz jedenfalls, ihre Verfügung taue vor Eintritt der Rechtskraft nicht als Grundlage eines Zivilprozesses (Vernehmlassung, Ziff. 12), verkennt die internationale Tragweite des Sachverhalts, auf die sich die Beschwerdeführerinnen beziehen. Anders als in der von der Vorinstanz zitierten Rechtsprechung (Zwischenverfügung B-6180/2013 E. 4.2) kann von einem ausländischen Gericht nicht zwingend erwartet werden, es warte den rechtskräftigen, materiellen Entscheid bezüglich der Sanktionsverfügung als vorab zu entscheidende Vorfrage ab. Zudem bestehen Risiken in Zivilprozessen nicht nur darin, dass mit einer rechtskräftigen Verfügung eine rechtswidrige Verhaltensweise rechtskräftig festgestellt

wäre – denn zum einen geht es gar nicht (nur) um rechtskräftfähige Sachverhalte, sondern um Passagen, die über die erforderliche Würdigung des sanktionsrelevanten Sachverhalts hinausgehen, zum andern kann eine zuordenbare Sachverhaltsbeschreibung Grundlage für zivilprozessuale Instrumente bieten, die dem schweizerischen Zivilprozess fremd sind (pretrial discovery u.dgl.). Für einen potentiellen Kläger liegt gerade auch aufgrund diverser Bezugnahmen der Sanktionsverfügung auf die Selbstanzeigen (bspw. Ziff. 207, Einleitungssatz) nahe, dass allfällige Belege jedenfalls bei den Selbstanzeigerinnen auffindbar sein dürften. Dieses Risiko hätten die Beschwerdeführerinnen für jene Geschäftsbereiche, welche sanktioniert wurden, zu gewärtigen; für die überschüssenden Feststellungen ist diese Belastung erheblich und in ihrem Interesse zu gewichten.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass das Prozessrisiko auch unter dem Aspekt des Schutzes der Selbstanzeige als Institut ein relevanter Faktor ist (vgl. vorne, E. 3.8). Gerade wenn die Berechenbarkeit von Prozessrisiken als schützenswerter Aspekt bei der Entschlussfassung über eine Selbstanzeige gilt, kann nicht angehen, Selbstanzeigerinnen prozessualen Risiken auszusetzen, die ihren Ursprung in nicht sanktionierten und nicht sanktionierbaren Verhaltensweisen haben.

6.

6.1 In ihrer Summe halten die mit der Publikation verbundenen Beeinträchtigungen dem Gebot der Verhältnismässigkeit (vorne, E. 3.5) nicht stand. Die *Eignung* der Publikation zur Zweckerreichung steht zwar ausser Frage (vorne, E. 4). Die entgegenstehenden Interessen (E. 5) – sowohl die Beeinträchtigungen ihrer Persönlichkeit, welche die Beschwerdeführerinnen bei einer Publikation in dieser Form hinzunehmen haben, wie auch das Interesse am Schutz der Selbstanzeige als Institut – stehen aber in keinem vernünftigen Verhältnis zur Zweckerreichung und es handelt sich auch nicht um die mildest mögliche – im Sinne der am geringsten in die Interessen der Partei eingreifende – Massnahme.

Mit der Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit liegt ein Ermessensmissbrauch und damit eine Rechtsverletzung vor (vorstehend, E. 3.4 f.).

6.2 In der angefochtenen Form kann die Verfügung vom 2. Dezember 2013 nicht publiziert werden. Die Publikationsversion ist so zu modifizieren, dass sich die Beschwerdeführerinnen nicht mit einer Darstellung konfrontiert sehen, welche sie bezüglich anderer Strecken als den fünf sanktionierten Streckenpaaren in zuordenbarer Weise mit kartellrechtlich verpönten Verhaltensweisen in Bezug bringt. Neben den eigentlichen Geschäftsgeheimnissen im engeren Sinne (vorne, E. 3.6 und E. 3.7 Abs. 2) besteht somit ein weiterer Schwärzungstatbestand bezüglich Sachverhaltsfeststellungen und rechtlicher Festlegungen, welche zum Entscheiddispositiv nicht beitragen – eigentlicher obiter dicta also.

6.3 Als besondere Schwierigkeit erscheint, dass diese Strecken in der Sachverhaltsbeschreibung nicht gesondert erfasst sind, d.h. die Sachverhaltsdarstellung bezüglich dieser Verhaltensweisen ist mit dem als global geschilderten Sachverhalt untrennbar verknüpft. Daran dürfte

eine weitergehende Anonymisierung wenig ändern. Zudem ist bereits beim teilweise anonymisierten Sachverhalt die Verständlichkeit prekär. Mit einer weitergehenden Anonymisierung dürfte der Text zu grossen Teilen unverständlich werden und die Publikation entsprechender Passagen keinem der anvisierten Ziele mehr gerecht werden.

Es sind somit bezüglich der integralen Publikation Abstriche zu machen, um die berechtigten Interessen der Beschwerdeführerinnen zu berücksichtigen. In Frage kommen neben der zu verwerfenden alleinigen weitergehenden Anonymisierung die Erstellung einer Zusammenfassung, eine Kürzung oder Kombinationsformen (vorne, E. 3.3.4 und 3.3.5).

Mit Blick auf das gewichtige Interesse der Öffentlichkeit, allgemeine und verallgemeinerungsfähige Abschnitte der Begründung im Originalwortlaut zu Kenntnis nehmen zu können, aber auch auf das Anliegen der Verständlichkeit, ist die Publikation in einer *Kombinationsform* ins Auge zu fassen

6.4 Es ist folglich eine Version zu erstellen, in der die integral zu publizierenden Passagen der Sanktionsverfügung (E. 6.3) im Originalwortlaut zu publizieren sind. Passagen, deren Veröffentlichung die Beschwerdeführerinnen nicht dulden müssen (E. 6.2), sind für eine zu erstellende Publikationsversion zu kürzen, zu paraphrasieren oder wegzulassen (soweit für das Verständnis des Entscheides nicht von Belang). Sicherzustellen ist die Verständlichkeit der zu erstellenden Publikationsversion für den Leser.

Zu modifizieren ist somit namentlich der Sachverhalt, soweit nicht allgemeine rechtliche Erwägungen zur Sachverhaltsfeststellung (Abschn. A.4.1) und (unter der Voraussetzung der Anonymisierung) neutrale Hintergrundinformationen, insbesondere die Beschreibung der Eigenarten des Luftfrachtmarktes (Abschn. A.4.2), geschildert werden. Unter den rechtlichen Erwägungen sind die Abschnitte, welche sich zu den anwendbaren Bestimmungen äussern (Abschn. B.1 und B.2) weitgehend unproblematisch. In den folgenden Abschnitten über die Subsumption der Sachverhalte unter die anwendbaren Normen (Abschn. B.3), die Sanktionsbemessung (Abschn. B.4) und die Kosten (Abschn. C.1) erscheinen Passagen mit allgemeiner Sichtweise als unproblematisch, soweit sichergestellt ist, dass die Beschwerdeführerinnen nicht im vorstehend umschriebenen Sinne mit globalen, jedenfalls die fünf sanktionierenden Strecken überschüssenden, Absprachen direkt in Bezug gesetzt werden können (namentlich und ohne Anspruch auf Vollständigkeit: [...]).

6.5 Im Rahmen der Redaktion einer neuen Publikationsversion sind auch die von den Beschwerdeführerinnen mit den Schreiben vom 2. Mai 2014 (vi-act. 133 und 135) resp. 26. Juni 2014 (vi-act. 167) vorgebrachten Schwärzungsanträge zu beurteilen und allenfalls – begründet – zu verwerfen.

7.

Im Regelfall soll das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst entscheiden und nur ausnahmsweise die Angelegenheit (mit verbindlichen Weisungen) an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

Die angefochtene Publikationsverfügung ist nach dem Gesagten (soeben, E. 6) aufzuheben. Die Publikationsverfügung wie auch eine Publikationsversion sind neu zu erstellen. Dabei sind in Ausübung pflichtgemässen Ermessens weitgehende Anonymisierungen, Paraphrasierungen, allenfalls auch Kürzungen oder Weglassungen vorzunehmen sowie die Schwärzungsanträge der Beschwerdeführerin zu beurteilen. Die Vorinstanz, welche die Untersuchung führte und aus deren Feder die Sanktionsverfügung wie auch die darauf aufbauende Publikationsversion stammen, ist die sachkundigere Behörde, diese Modifikationen des Textes so vorzunehmen, dass dessen Verständlichkeit gewahrt bleibt. Auch angesichts dessen, dass nach ihrem Bekunden vorliegend eigentliche Grundsatzfragen zu klären sind, ist einerseits der Vorinstanz die entsprechende Umsetzung zu ermöglichen, den Beschwerdeführerinnen andererseits die Möglichkeit offenzuhalten, einen solchen Entscheid wiederum vor einem Gericht mit voller Kognition anzufechten (vgl. WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 61 VwVG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., N. 1647, 1650; CAMPRUBI, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, N. 11 f. zu Art. 61 VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER a.a.O., N. 3.193 ff., insb. 3.195).

8.

Die Angelegenheit ist nach alledem an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat eine neue Publikationsversion zu erstellen, die den einander entgegenstehenden Interessen (vorstehend, E. 4, 5 und 6.4) gerecht wird und gegebenenfalls i.S.v. Art. 25a VwVG über eine neue Fassung der Publikationsverfügung mit Publikationsversion zu entscheiden.

9.

9.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In der Verwaltungsrechtspflege des Bundes gilt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der Beschwerde führenden Partei (Urteil des BVGer A-3763/2011 vom 3. Juli 2012 E. 14.1, m.w.H.). Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

9.2 Die Beschwerdeführerinnen unterliegen mit ihrem Hauptbegehren – dem Untersagen einer Publikation der Sanktionsverfügung im Grundsatz – obsiegen im vorstehend geschilderten Sinne mit dem Eventualantrag. Teilweises Unterliegen bringt eine Reduktion der den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegenden Verfahrenskosten mit sich. Grundsätzlich ist dabei auf das Verhältnis von Obsiegen zu Unterliegen abzustellen (MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 14 zu Art. 63 VwVG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., N. 1673; BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, N. 11, 13. zu Art. 63 VwVG).

Das Verhältnis von Unterliegen und Obsiegen ist vorliegend nicht quantifizierbar. Korrigierend zu berücksichtigen sind vorliegend zudem die vorne, E. 2.5, dargelegten besonderen Umstände. Auch deren Gewicht ist jedoch nicht exakt eruierbar. Im Sinne eines pragmatischen Schematismus wird von einem rechnerischen Obsiegen der Beschwerdeführerinnen von zwei Dritteln und einem Unterliegen von einem Drittel ausgegangen. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.– (Art. 3 lit. b des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, SR 173.320.2, VGKE) und den Beschwerdeführerinnen folglich im Umfang von einem Drittel, also Fr. 500.–, auferlegt. Sie tragen diesen Betrag solidarisch und zu gleichen Teilen (Art. 6a VGKE). Der Betrag wird dem von ihnen geleisteten Vorschuss von Fr. 3'500.– entnommen. Die restanzlichen Fr. 3'000.– des Vorschusses sind ihnen nach Eintritt der Rechtskraft zurückzuerstaten.

9.3 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Die Berücksichtigung des Ausmasses von Obsiegen und Unterliegen verhält sich analog zur Bemessung der Gerichtsgebühr (MAILLARD, a.a.O. N 17 zu Art. 64 VwVG).

Die Beschwerdeführerinnen sind anwaltlich vertreten und obsiegen rechnerisch zu zwei Dritteln. Ihnen ist daher eine reduzierte Parteientschädigung für die entstandenen notwendigen Kosten zuzusprechen. Da der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 6'000.– (inkl. Auslagen; Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b VGKE) erscheint als angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Verfügung vom 8. September 2014 betreffend die Publikation der Verfügung vom 2. Dezember 2013 in der Untersuchung 81.21-0014, Abreden im Bereich Luftfracht, wird aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten, bestehend in der Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.–, werden im Umfang von Fr. 500.– den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt. Dieser Betrag wird dem von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 3'000.– wird ihnen zurückerstattet.

3.

Den Beschwerdeführerinnen wird eine Parteienschädigung von Fr. 6'000.– zu Lasten der Wettbewerbskommission zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen
- die Vorinstanz

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3

2. Urteil B-5920/2014 vom 30. Oktober 2017, A., B. und C. gegen Wettbewerbskommission WEKO, betreffend Publikation der Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht

Urteil B-5920/2014 vom 30. Oktober 2017, A., B. und C. gegen Wettbewerbskommission WEKO, betreffend Publikation der Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht.

(Hinweis: In der Angelegenheit sind insgesamt neun, über weite Strecken identische Urteile ergangen [B-5858/2014, B-5869/2014, B-5896/2014, B-5903/2014, B-5911/2014, B-5920/2014, B-5927/2014, B-5936/2014 und B-5943/2014]. Aus Platzgründen werden vorliegend nur zwei davon [B-5911/2014 und B-5920/2014] publiziert. Sämtliche Urteile sind auf der Internetseite des Bundesverwaltungsgerichts «www.bvger.ch» abrufbar.)

Sachverhalt:

A.

A.a Am 13. Februar 2006 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO, Vorinstanz) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung betreffend Abreden über Zuschläge im Bereich Luftfracht gemäss Artikel 27 Kartellgesetz (KG, SR 251) (Verfahrens-Nr. 81.21-0014). Die Untersuchung richtete sich schliesslich gegen 14 Luftfahrtunternehmen, teils zuzüglich ihrer Tochtergesellschaften.

A.b In der das Verfahren abschliessenden Verfügung vom 2. Dezember 2013 (vi-act. 12, „Sanktionsverfügung“) untersagte die Vorinstanz den Parteien der Untersuchung, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes bezüglich Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen beziehungsweise entsprechende Informationen auszutauschen, soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt sei oder im Rahmen einer Allianz erfolge, für die eine Freistellung gemäss EU-Luftverkehrsabkommen der zuständigen Behörde vorliege (Sanktionsverfügung, Dispositiv Ziff. 1). Elf der Parteien wurden wegen Beteiligung an einer gemäss Artikel 8 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68, nachstehend „EU-Luftverkehrsabkommen“) in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 1 und 3 Buchstabe a KG unzulässigen Preisabrede mit Sanktionen in unterschiedlicher Höhe belegt (Sanktionsverfügung, Dispositiv Ziff. 2). Die Sanktionsverfügung wurde mit Begleitbrief am 9. Januar 2014 versandt.

Mehrere Parteien [...] haben die Sanktionsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Diese Verfahren sind hängig.

A.c Die Vorinstanz veröffentlichte am 10. Januar 2014 eine Medienmitteilung. Gleichzeitig wurde auf der Website der Vorinstanz ein „Presserohstoff“ von neun Seiten Umfang aufgeschaltet (Wettbewerbskommission: WEKO büsst mehrere Fluggesellschaften, Medienmittei-

lung und Presserohstoff, 10.01.2014, <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-51605.html>, abgerufen am 24. August 2016). Die Parteien hatten vorab Kenntnis von der Medienmitteilung erhalten, nicht aber vom Presserohstoff (vgl. vi-act. 15, 17, 21-23).

B.

B.a Im Begleitschreiben zur Sanktionsverfügung vom 9. Januar 2014 orientierte die Vorinstanz die Parteien über ihre Absicht, die Sanktionsverfügung in der Reihe „Recht und Politik des Wettbewerbs“ (RPW/DPC) zu publizieren. Sie setzte eine Frist an, innert welcher Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht werden konnten, soweit diese nicht schon von der Vorinstanz als solche bezeichnet worden seien. Für den Fall der Nichteinigung zwischen den Parteien und der Vorinstanz skizzierte diese das vorgesehene Bereinigungsverfahren so, dass vorerst eine provisorische Fassung mit allen beantragten Abdeckungen auf der Website der Vorinstanz publiziert würde, erst eine definitiv (ggf. mittels Verfügung) bereinigte Fassung würde in der Reihe RPW/DPC veröffentlicht (vi-act. 12).

B.b Auf Betreiben mehrerer Parteien fand am 24. März 2014 eine allen Parteien zur Teilnahme offen stehende Besprechung mit der Vorinstanz statt; ein Protokoll zu dieser Besprechung [...] ist nicht aktenkundig (Publikationsverfügung, Ziff. 3; vi-act. 62 ff., 89 f.).

B.c In ihrem Schreiben vom 31. März 2014 (vi-act. 107) stellten sich die Beschwerdeführerinnen auf den Standpunkt, die Sanktionsverfügung sei nicht vor Rechtskraft des zu erwartenden bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils zu publizieren. Der grosszügigen Publikationspraxis der Vorinstanz zum Trotz bestehe nämlich weder in der Frage des Grundsatzes noch des Zeitpunkts der Publikation eine Verpflichtung. Es bestehe ein weiter Ermessensspielraum. Das Publikum sei mit dem Presserohstoff hinlänglich informiert. Die Beschwerdeführerinnen positionierten sich konsequent zu ihrer Position in der Hauptsache – dort werde die Auffassung vertreten, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt und gewürdigt; die Publikation falscher Sachverhaltsangaben verletzte die Persönlichkeitsrechte wie auch die Unschuldsvermutung der Beschwerdeführerinnen. Ein öffentliches Interesse an der Publikation der Sanktionsverfügung vor deren erfolgten justizmässigen Kontrolle bestehe nicht.

Eventualiter machten die Beschwerdeführerinnen Schwärzungsbegehren geltend bezüglich (1) eigentlicher Geschäftsgeheimnisse, (2) Passagen, welche sich auf Sachverhalte darstellten, die dem Entscheid nicht zugrunde lägen, (3) Darstellungen zu Beziehungen zu einer anderen Verfahrenspartei, welche durch eine Freistellung gedeckt seien und (4) Angaben und Dokumente, welche die Beschwerdeführerinnen ins Verfahren

eingebraucht hätten. Eine entsprechend bearbeitete Fassung der Sanktionsverfügung wurde beigelegt und für den Fall, dass den Begehren nicht nachgekommen werde, der Erlass einer Verfügung verlangt.

B.d Am 7. April 2014 teilte die Vorinstanz mit, die Parteien hätten in unterschiedlichem Umfang Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht. Die Fragestellung der Publikation sei an der Besprechung vom 24. März 2014 erörtert worden. Die Parteien hätten die Gelegenheit gehabt, „konstruktive konkrete Vorschläge“ vorzubringen, was sie nicht getan hätten. Sie, die Vorinstanz, werde die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse prüfen und eine entsprechend angepasste Version zur letzten Kontrolle zustellen (vi-act. 127). Die Beschwerdeführerinnen bekräftigten in der Folge, sich einer Publikation in diesem Stadium der Hauptsache zu widersetzen und verlangten gegebenenfalls den Erlass einer formellen Verfügung (vi-act. 136, vgl. auch vi-act. 129 f.).

B.e Die angekündigte Fassung zur letzten Kontrolle wurde am 11. Juni 2014 an die Parteien versandt (vi-act. 150); in der Folge wurde klargestellt, dass es sich dabei nicht um eine Verfügung handelte; hierüber werde nach Eingang der Stellungnahmen entschieden (vi-act. 153 f.).

B.f Mit Schreiben vom 26. Juni 2014 (vi-act. 164) bekräftigten die Beschwerdeführerinnen ihre Aufforderung zum Erlass einer Verfügung. Sie beantragten:

Principalement

- 1) La Décision n'est pas publiée avant l'entrée en force de la décision que le Tribunal administratif fédéral est amené à rendre suite au recours du 12 février 2014 déposé par nos mandantes;

Subsidiarement

- 2) Dans l'hypothèse où la Commission de la concurrence devait décider que la Décision doit être publiée avant la date indiquée sous 1), les passages suivants de la décision sont traités comme confidentiels, comme nos mandantes l'ont exposé dans leur courrier du 31 mars 2014 et dans son annexe, à savoir une version de la Décision dans laquelle les passages dont la publication est contestée par nos mandantes ont été grisés :

- les secrets d'affaire;
- tous les passages qui n'ont aucune pertinence légale en vue de la décision, à savoir tous les faits se rapportant à des périodes antérieures au 1^{er} juin 2002, ainsi que toute mention de faits concernant des routes aériennes n'ayant pas donné lieu à condamnation ;
- tous les passages faisant une présentation erronée des relations entre les entités du groupe [des recourantes] et le groupe [...], sans tenir compte du fait que les communications entre ces deux partenaires avaient lieu au sein d'une alliance immunisée par les autorités américaines et européennes et, par tant,
- tous les passages présentant de manière erronée les entités du groupe [des recourantes] comme ayant participé à la commission d'une infraction dans le cadre d'une «Gesamtabrede»;
- enfin, toute mention des soumissions ou productions de documents par les entités du groupe [des recou-

rantes] dans le cadre de la procédure devant la Commission de la concurrence.

Zur Begründung verwiesen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen auf ihre Schreiben vom 17. Februar 2014 und 31. März 2014 sowie die Unterredung vom 24. März 2014. Herausgestrichen wurde insbesondere, dass die vorgesehene Publikation detaillierte Angaben zu Zeiträumen und Frachstrecken enthalte, welche auf die Sanktion keinen Einfluss gehabt hätten. Weiter werde in der Endversion eine Anonymisierung nur der Selbstanzeigerinnen vorgenommen; die so resultierende, im Gesetz nicht vorgesehene, Unterscheidung zweier Gruppen von Parteien stelle eine Diskriminierung dar. Angesichts der Bekanntmachung der Namen aller Parteien in Medienmitteilung und Presserohstoff sei die Anonymisierung zudem nutzlos, jedweder Leser vermöge die geschwärzten Namen zu verstehen. Die vorgesehene Publikationsversion belaste (nur) einzelne Parteien als mögliches Beweismittel in Zivilprozessen. Der Schutz des Instituts der Selbstanzeige rechtfertige dies nicht, zumal auch eine vollständige Anonymisierung diesem Anliegen gerecht würde. Die teilweise Anonymisierung (zumal deren Hintergründe dem Publikum nicht erklärt zu werden schienen) schaffe im Publikum Verwirrung oder falsche Verdächtigungen, nicht aber zusätzlichen Informationsgewinn.

B.g Am 8. September 2014 erliess die Vorinstanz folgende Verfügung, die an die neun Parteien adressiert war, welche eine Verfügung verlangt hatten (vi-act. 208, „Publikationsverfügung“):

1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Dezember 2013 wird in der Version veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.
2. Die Verfahrenskosten von 7150 Franken werden nachfolgenden Verfügungsadressatinnen zu gleichen Teilen, je 794,45 Franken, und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt: [...]
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an: [...]

Der Anhang besteht in einer bearbeiteten Fassung der Sanktionsverfügung („Publikationsversion“). Die Verfügung wurde am 10. September 2014 mit Begleitbrief versandt und ging den Beschwerdeführerinnen am 12. September 2014 zu (vi-act. 226). Im Begleitbrief wurde gleichzeitig Frist gesetzt, um im Hinblick auf die Publikation der Publikationsverfügung allfällige Geschäftsgeheimnisse geltend zu machen.

Die Vorinstanz begründet die Frage der Publikation im Grundsatz mit dem Verweis auf Art. 48 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KG und der durch das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ, SR 152.3) statuierten Pflicht zu öffentlichem und transparentem Verhalten. Weiter gleiche die Publikation der Begründung die fehlende Publikumsöffentlichkeit des Untersuchungsverfahrens aus und diene so der Generalprävention. Die Publikation erfolge gemäss Art. 21 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission (in der Fassung vom 1. Juli 1996, aGR-WEKO, AS 1996 2870) im Streben nach Transparenz, Nachvollziehbarkeit und einer abschreckenden Wirkung, entspreche langjähriger, vom Bundesverwaltungsgericht gutgeheissener Praxis und dem Vorgehen der europäischen Kartellbehörden.

Ausgehend vom Begriff des Geschäftsgeheimnisses stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, die Publikationsversion enthalte aufgrund der konkreten Vorgehensweise keine Informationen mehr, welche diesen erfüllten, weitere Schwärzungen seien folglich nicht zu berücksichtigen. Der Persönlichkeitsschutz der Parteien sei zwar anerkannt, sei aber mit gegenläufigen Interessen, wie insbesondere der Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen und den Interessen an der Publikation, abzuwägen, so dass Reputationsgründe für sich einer Publikation auch bei noch fehlender Rechtskraft der Sanktionsverfügung nicht entgegenstünden. Auch das Interesse möglicher Zivilkläger sei höher zu gewichten als Interessen, die sich aus Persönlichkeitsrechten ergäben. Die allfällige Begründetheit von Zivilklagen hätten die betroffenen Parteien ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung ergebe keine Gründe, vom Grundsatz des Art. 21 aGR-WEKO abzuweichen.

Die Wettbewerbsbehörden hätten im Sinne eines funktionierenden Systems zur Aufdeckung von Kartellen ein Interesse am Schutz des Instituts der Selbstanzeige. Es gelte deshalb zu verhindern, dass den Selbstanzeigerinnen die von ihnen erlangten Informationen zugeordnet werden könnten. Dem werde durch eine (teils kollektive) Anonymisierung der Selbstanzeigerinnen entsprochen.

C.

C.a Mit Eingabe vom 13. Oktober 2014 erheben die Beschwerdeführerinnen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen:

[Les] recourantes concluent à ce qu'il plaise au Tribunal Administratif Fédéral

A LA FORME

1. Déclarer le présent recours recevable.

AU FOND

Préalablement

2. Ordonner la jonction du présent recours avec la cause B-761/2014 actuellement pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

Principalement

3. Annuler la décision du 8 septembre 2014 de la Commission de la concurrence et condamner l'autorité intimée en tous les dépens de l'instance.

Subsidairement

4. Modifier la décision du 8 septembre 2014 de la Commission de la concurrence, en ce sens que la publication de la décision du 2 décembre 2013 est suspendue jusqu'à l'entrée en force de la décision du 2 décembre 2013.

5. Condamner l'autorité intimée en tous les dépens de l'instance.

Plus subsidiairement

6. Modifier la décision du 8 septembre 2014 de la Commission de la concurrence, en ce sens que la décision du 2 décembre 2013 est publiée immédiatement dans une version complètement anonymisée et conforme à celle qui a été envoyée par les Recourantes à la Commission de la concurrence en date du 31 mars 2014.

7. Condamner l'autorité intimée en tous les dépens de l'instance.

Encore plus subsidiairement

8. Annuler la décision du 8 septembre 2014 de la Commission de la concurrence et renvoyer la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision.

9. Condamner l'autorité intimée en tous les dépens de l'instance.

Man dürfe nicht, wie die Vorinstanz dies tue, die Publikation als grundsätzlich gerechtfertigt ansehen. Vielmehr sei im Einzelfall sorgfältig abzuwägen, hier mit negativem Ausgang. Die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Dezember 2013 in der Sache B-6180/2017 stelle keine auf diesen Fall übertragbare Gutheissung der Veröffentlichungspraxis der Vorinstanz dar – die fraglichen Rechtsgebiete deckten sich nicht, auch sei in jenem Fall die Grundsatzfrage der Publikation nicht bestritten gewesen. Im Presserohstoff fehle überdies der geforderte Hinweis auf die fehlende Rechtskraft. Auch der Verweis auf die Praxis der EU gehe fehl: Diese publiziere auf einer anderen regulatorischen Grundlage und habe überdies in ihrem Parallelverfahren erst eine Zusammenfassung veröffentlicht.

Aus Art. 48 Abs. 1 KG wie auch aus Art. 21 des Geschäftsreglements der Vorinstanz lasse sich keine Pflicht zur Publikation ableiten – weder zum Grundsatz noch zur Frage des Zeitpunkts. Es liege ein Ermessensspielraum vor, in dessen Rahmen eine Interessenabwägung vorzunehmen sei.

Art. 25 Abs. 4 KG gebe nur eine Minimalgarantie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor; die Vorinstanz gehe fehl, wenn sie über diesen Begriff hinaus keine Abdeckungen zulassen wolle. Wollte man die These der Vorinstanz, die sich auf während der Untersuchung geltend gemachte Geschäftsgeheimnisse beschränken wolle, zu Ende denken, müssten Parteien letztlich alles als Geschäftsgeheimnis bezeichnen, was sie später nicht publiziert sehen wollten – dabei sei es nicht Anliegen der Beschwerdeführerinnen, Geschäftsgeheimnisse als solche zu bezeichnen, die keine seien; sie wehrten sich vielmehr unter Berufung auf die Unrichtigkeit des Sachverhaltes gegen die Publikation.

Die Sanktionsverfügung gleiche eher einer akademischen Studie des Luftfrachtmarkts denn einer begründeten Verfügung. Zeitlich wie auch sachlich enthalte sie generell mehr Sachverhaltsfeststellungen, als für die Sanktionierung notwendig wäre. Im Bestreben, eine Grundsatzentscheidung zu fällen, habe die Vorinstanz eine Prüfung der Argumente unterlassen, die hierauf hingewiesen hätten.

In der erwähnten Zwischenverfügung in der Sache B-6180/2013 habe das Bundesverwaltungsgericht immerhin die Geltung der Persönlichkeitsrechte bejaht, welche die Prüfung einer Anonymisierung gebiete. Die Vorinstanz habe eine solche nicht geprüft, sondern vielmehr Pressematerial mit voller Namensnennung (und ohne Hinweis auf die fehlende Rechtskraft) veröffentlicht. Die Vorinstanz messe dem Reputationsschutz zu wenig Gewicht zu, lasse ihn gegenüber dem Interesse an Transparenz (das eine Namensnennung gar nicht gebiete) und dem Interesse möglicher Zivilkläger zu-

rückstehen. Diesen aber würden die Beschwerdeführerinnen auf der Grundlage bestrittener, nicht rechtskräftig geklärter Fakten geradezu auf dem Silbertablett serviert. Die Reputationsfolgen, aber auch Kostenrisiken aufgrund möglicher Zivilverfahren in Rechtssystemen mit der Möglichkeit von Sammelklagen würden durch die Vorinstanz unterschätzt. Aufgrund der umfassenden Abhandlung (auch von Zeiträumen und Strecken, die generell für die Sanktionierung nicht relevant seien resp. auch solcher, die aufgrund einer Allianz freigestellt seien) würde das Klagen selbst mit Hinweis auf die fehlende Rechtskraft erleichtert. Der Verweis darauf, dass sich die Parteien das Klagerisiko selbst zuzuschreiben hätten, zeuge von einem „moralisme assez simpliste“ und ignoriere das Fehlen der Rechtskraft.

Mit dem strafähnlichen Charakter der Sanktionen, welche die Vorinstanz ausspreche, würden auch die entsprechenden Verfassungsbestimmungen gelten, insbesondere die Unschuldsvermutung. Die Publikation dürfe deshalb nicht den Eindruck einer gültigen Verurteilung erwecken. Das publizierte Pressematerial lasse einen entsprechenden Vorbehalt vermissen. Die Publikation der Sanktionsverfügung (auch in der Publikationsversion) füge eine weitere Verletzung der Unschuldsvermutung zu. Dabei hätte die Vorinstanz besondere Vorsicht walten zu lassen, da sie kein Gericht und die Sanktionsverfügung angefochten sei – und sich auf 399 Seiten über reiche, teils überflüssige Details ausspreche.

Es sei mit Zivilprozessen zu rechnen. Dabei würden nicht nur Schadenersatzforderungen, sondern insbesondere auch nicht ersatzfähige Kosten ins Gewicht fallen. Die mutmasslich vielbeachtete Publikation der Vorinstanz hätte auch einen Reputationsverlust zu Folge, dem auch eine Aufhebung der Sanktionsverfügung nicht abhelfen würde. Insgesamt drohe ein massgeblicher, irreparabler Schaden.

Mit Blick auf die Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips erfülle der Presserohstoff die Anforderungen der Eignung, Notwendigkeit und Angemessenheit im engeren Sinn; mit einem Hinweis auf die fehlende Rechtskraft versehen, wäre die Publikation so in Ordnung. Die Publikationsversion demgegenüber verletzte mit ihrem Überfluss an Informationen ohne Relevanz die Regeln der Verhältnismässigkeit.

Die Selbstanzeiger seien zwar anonymisiert worden. Anhand des Pressematerials sei es aber möglich, diese Anonymisierungen teilweise zu rekonstruieren. Jedenfalls aber finde eine Ungleichbehandlung zwischen den Selbstanzeigern und den anderen Parteien statt, letztere würden neben den anonymisierten Selbstanzeigern hervorstechen. Diese würden mit der Anonymisierung (neben der Reduktion ihrer Sanktion) doppelt belohnt, was im Gesetz nicht vorgesehen sei. Das Institut der Selbstanzeige wäre effektiv zu schützen, indem man die Sanktionsverfügung nicht mit nicht notwendigen Angaben überlade. Aus dem Gebot der Rechtsgleichheit folge, dass alle Parteien zu anonymisieren seien, respektive primär (da die Anonymisierung von begrenzter Tragweise sei), dass auf die Publikation zu verzichten sei.

Im Recht der Europäischen Union erkennen die Beschwerdeführerinnen einerseits eine Verpflichtung zur Veröffentlichung, in der Praxis jedoch eine sorgfältige

Interessenabwägung, die etwa in einem Fall, in der ein vorgeblich Kartellgeschädigter Einsichtnahme in die Sanktionsverfügung verlangte, dazu führte, dass er nur in eine im Parteiinteresse bereinigte Fassung Einsicht zugesprochen erhielt.

C.b Die Vorinstanz übermittelte dem Bundesverwaltungsgericht am 11. November 2014 eine Orientierungskopie eines Serienbriefs an die Parteien. Diesem zufolge werde bis zur rechtskräftigen Erledigung der Beschwerden gegen die Publikationsverfügung auf deren Publikation verzichtet.

C.c In ihrer Vernehmlassung vom 8. Dezember 2014 stellte die Vorinstanz die Anträge,

1. Es sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Alles unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Das rechtliche Gehör und die Begründungspflicht seien zwar primär Verfahrensgarantien zugunsten der Verfahrensparteien, aber auch mit der Verpflichtung der Behörden zur Transparenz verknüpft. Dabei gehe es vorliegend um die Publikationsversion – welche einen Hinweis auf die fehlende Rechtskraft ausweise – und nicht um den Presserohstoff. Die Publikationspraxis der Vorinstanz sei durch das Bundesverwaltungsgericht nicht nur im Rahmen der Zwischenverfügung in der Sache B-6180/2013, sondern auch in der Angelegenheit „Nikon AG“ (dazu sogleich, C.d) geprüft worden. Unwesentlich sei wegen des gemeinsamen pönalen Themas, dass sich die Ausgangslage dieser Angelegenheiten nicht mit der vorliegenden deckten.

Die „Kann-Vorschrift“ des Art. 48 Abs. 1 KG gebiete die pflichtgemässe Ausübung des Ermessens, wobei auch das aus dem Öffentlichkeitsgesetz abzuleitende Transparenzgebot zu beachten sei. Medienmitteilung und Presserohstoff genügte dem nicht, schon aus dem im Vergleich zur Sanktionsverfügung bescheidenen Umfang folge, dass die fehlende Publikumsöffentlichkeit und Hauptverhandlung damit nicht kompensiert werden könne.

Die Vorinstanz begnüge sich mitnichten mit der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, sie nehme vielmehr eine Interessenabwägung vor, die im Resultat dazu geführt habe, dass das öffentliche Interesse an einer vollständigen Publikation die Interessen der Privaten überwiege; dies unabhängig von der Mitwirkungspflicht der Parteien. Als Geschäftsgeheimnisse würde bei der Bereinigung nur anerkannt, was den Rechtsbegriff auch erfülle; das gelte auch für im Laufe der Untersuchung geltend gemachte Geheimnisse. Von Dritten beigebrachte Informationen erfüllten den Begriff nicht, sofern die Partei nicht Geheimnisherrin sei. Entgegen der Beschwerdeführerinnen enthalte die Publikationsversion keine Angaben, welche nicht zum Untersuchungsgegenstand in Bezug stünden.

Die Vorinstanz habe sich in der Publikationsversion mit den Argumenten der Beschwerdeführerinnen auseinandergesetzt, darunter auch mit den geltend gemachten Persönlichkeitsrechten. Zur Transparenzpflicht gehöre auch die Offenlegung der Identitäten von Sanktionierten, eine totale Anonymisierung verbiete sich deshalb. Dieje-

nige der Selbstanzeiger demgegenüber rechtfertige sich aufgrund des öffentlichen Interesses am Schutz der Selbstanzeige als Institut, das sich nur teilweise mit dem privaten Interesse am Persönlichkeitsschutz decke. Dabei gehe es nicht darum, die Identität von Parteien geheim zu halten, sondern die Zuordnung von Informationen zu den betreffenden Selbstanzeigern zu verunmöglichen. Es sei nicht beabsichtigt, die Selbstanzeiger besser zu stellen, sondern, ihre mögliche Schlechterstellung auszugleichen.

Es sei dabei nicht das Ziel der Vorinstanz, Zivilklagen zu fördern, aber auch nicht, Position zugunsten von Kartellteilnehmern einzunehmen und Verfahren zu erschweren; das Prozessrisiko hätten sich die Beschwerdeführerinnen als Folge ihres kartellrechtswidrigen Verhaltens selber zuzuschreiben. Die Publikationsversion weise im Übrigen auf die fehlende Rechtskraft hin und genüge damit den Anforderungen der Unschuldsvermutung. Ohnehin kein Nachteil erwachse den Beschwerdeführerinnen aus Ausführungen zu nicht sanktionierten Strecken, werde doch in diesen Passagen rechtmässiges Verhalten gerade bescheinigt. Die den Beschwerdeführerinnen erwachsenden Reputations- und Verfahrensrissen seien in die Interessenabwägung eingeflossen.

Die Praxis der EU-Behörden sei nur von rechtsvergleichendem Interesse.

C.d Mit verfahrensleitender Zwischenverfügung vom 27. Januar 2015 sistierte die Instruktionsrichterin mit Einverständnis der Parteien das Verfahren bis zum Vorliegen des bundesgerichtlichen Urteils über eine Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3588/2012 „Nikon AG“ vom 15. Oktober 2014, welches sich mit der Publikationspraxis der Vorinstanz auseinandersetze.

Nach Eröffnung und Publikation des Bundesgerichtsentscheides 2C_1065/2014 „Nikon AG“ vom 26. Mai 2016 (teilweise publiziert in BGE 142 II 268) wurde die Sistierung am 13. Juli 2016 aufgehoben.

C.e In ihrer Replik vom 24. Oktober 2016 halten die Beschwerdeführerinnen an den Rechtsmittelanträgen der Beschwerde fest.

Mit der Anfechtung der Sanktionsverfügung hätten sie insbesondere die Sachverhaltsfeststellung als willkürlich gerügt – sie könnten nicht gleichzeitig die Publikation des als willkürlich gerügten Sachverhaltes akzeptieren. Dies berücksichtige die Publikationsverfügung nicht. Angesichts des mit der Zeit verblassenden öffentlichen Interesses und der nahenden Entscheidung in der Sache sei nicht verständlich, warum mit der Publikation nicht zugewartet werden könne. Ein knapper Hinweis auf die fehlende Rechtskraft könnte das Risiko von Zivilklagen, derer sich die Beschwerdeführerinnen selbst dann zu erwehren hätten, wenn ihnen keine Kartellrechtsverletzungen nachgewiesen werden könnten, nicht mindern.

Das Urteil des Bundesgerichts in der Angelegenheit „Nikon AG“ taue nur bedingt als Präjudiz. Immerhin erinnere das Bundesgericht daran, dass der Vorinstanz ein Ermessensspielraum zustehe. Würden bei dessen Ausfüllung die Ziele der Norm verfehlt, liege ein Ermessensmissbrauch vor. Beim Entscheid über die Frage der

Publikation sei der Begriff der Verhältnismässigkeit zentral. Bei einer Prüfung derer Teilkriterien (Eignung, Notwendigkeit, Verhältnismässigkeit i.e.S.) ergebe sich, dass der Presserohstoff alle für die Zielerreichung notwendigen Angaben ausweise. Demgegenüber würden Publikationsversion und -Verfügung diese Aspekte der Verhältnismässigkeit verletzen. Sie enthielten zahlreiche Angaben, die für das Verfahren nicht relevant seien. Ein ausserordentlicher Charakter, der die vollständige Publikation geböte, gehe der Sanktionsverfügung ab. Ausserordentlich sei einzig der Umfang, der sich in Ausführungen zu nicht wesentlichen Zeiträumen und Destinationen begründe, was jedoch nicht zum Verständnis der Sanktionsverfügung gelesen werde. In der Sache „Nikon AG“ demgegenüber sei es um sanktionsbegründende Passagen gegangen. Zu beurteilen sei vorliegend die Streichung von Sachverhalten, welche für die Sanktionierung nicht ausschlaggebend seien, auch solcher, die eine Kooperation beträfen, welche durch die amerikanischen und europäischen Wettbewerbsbehörden freigestellt sei. Auch sei die Verhältnismässigkeit der Publikation einer angefochtenen Verfügung zu beurteilen.

C.f Die Vorinstanz duplizierte am 8. November 2016.

Sie betont unter Hinweis auf den Entscheid des Bundesgerichts in der Sache „Nikon AG“, dass die Beurteilung der Hauptsache nicht im Publikationsverfahren stattzufinden habe, auch ergebe sich aus diesem Entscheid, dass die Publikation nicht rechtswidrig sei (BGE 142 II 268 resp. Urteil 2C_1065/2014 E. 4.3, 5.3.3 und 6.5.2).

Ein Grund, mit der Publikation zuzuwarten, bestehe nicht; auch die Unschuldsvermutung oder eine mögliche Aufhebung der Sanktionsverfügung im Rechtsmittelverfahren stehe dem nicht im Wege. Die seit der Sanktionierung verstrichene Zeit begründe sich mit dem Zeitablauf im Beschwerdeverfahren und könne das öffentliche Interesse nicht relativieren. Auch mindere sich der Präventionseffekt nicht durch die seit den beurteilten Sachverhalten verstrichene Zeit, zumal seither keine relevanten Rechtsänderungen zu verzeichnen seien. Auch wenn die Handlungsgrundsätze der Vorinstanz zu horizontalen Abreden bekannt seien, bestehe ein erhebliches Informationsinteresse an diesem Fall, da es sich um den einzigen Entscheid handle, der sich mit dem Luftverkehrsabkommen der Schweiz mit der EU befasse.

Aufgrund des Kartell- und des Datenschutzgesetzes bestehe kein Anspruch auf Abdeckung von kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen sowie von Angaben, die über den Begriff des Geschäftsgeheimnisses hinausgingen. Insbesondere könne man sich nicht auf Persönlichkeitsrechte berufen. Das Risiko von Zivilklagen hätten sich die Beschwerdeführerinnen aufgrund ihres kartellrechtswidrigen Verhaltens selber zuzuschreiben. Der Schutz vor Zivilklagen sei kein relevantes Interesse respektive es sei nur soweit zu schützen, als es mit dem Interesse am Schutz der Selbstanzeige als Institut deckungsgleich sei. Das Element der Selbstanzeige sei denn auch der einzige Unterschied zum Bundesgerichtsentscheid in der Sache „Nikon AG“, der somit sehr wohl einschlägig sei. Es sei auch weltfremd anzunehmen.

men, ausländische Gerichte würden sich über die fehlende Rechtskraft hinwegsetzen.

Der Presserohstoff genüge dem Publikationsinteresse nicht, insbesondere seien die massgeblichen Ausführungen zur Auslegung des Luftverkehrsabkommens mit der EU nicht enthalten. Auch die Ausführungen zu nicht sanktionierten Strecken seien relevant, sie seien für den Hintergrund massgeblich, der sich aus dem Element der Gesamtabrede ergebe, aber auch für die Differenzierung, welche Strecken sanktioniert würden und welche nicht.

D.

Die Europäische Kommission (Generaldirektion Wettbewerb, „Kommission“) führte ihrerseits eine Untersuchung im Bereich Luftfracht (Verfahrens-Nr. AT.39258). Es wurden mehrere Parteien [...] sanktioniert. Der Entscheid der Kommission vom 9. November 2010 ist seit dem 8. Mai 2015 in einer provisorischen nichtvertraulichen Fassung im Internet publiziert. Diese Publikation erfolgte, während das vorliegende Verfahren sistiert war, davor hatte die Kommission eine Zusammenfassung publiziert. Mehrere Parteien [...] fochten den Sanktionsentscheid an; das Gericht der Europäischen Union (EuG) hob den Entscheid der Kommission mit Urteil vom 16. Dezember 2015 [bezüglich der beschwerdeführenden Parteien] aus prozeduralen Gründen auf. Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Die Europäische Kommission nahm das Verfahren wieder auf und erliess am 17. März 2017 wiederum eine Sanktionsverfügung. Zu dieser hat sie eine Pressemitteilung sowie eine Zusammenfassung publiziert. Soweit erkennbar, haben [mehrere Betroffene] die neuerliche Sanktionierung wiederum angefochten, das Verfahren ist hängig (vgl. zum Ganzen bezüglich die Kommission: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39258; sowie seitens des EuG: Medienmitteilung Nr. 147/15 vom 16. Dezember 2015, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-12/cp150147de.pdf>).

E.

Auf die rechtserheblichen Vorbringen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerinnen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens wird in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG (SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG (SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG entschieden hat. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

1.2 Die WEKO ist Vorinstanz i.S.v. Art. 33 Bst. f VGG (vgl. Art. 18 Abs. 3 und 39 KG; Urteil des BVer B-7084/2010 vom 6. Dezember 2010 E. 1.2). Die Erfordernisse an Form und Frist (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 VwVG) sind eingehalten, der Kos-

tenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.3 Die Vorinstanz begründet ihren Antrag auf teilweises Nichteintreten mit der Überlegung, die Publikation der Sanktionsverfügung sei grundsätzlich als Realakt kein taugliches Anfechtungsobjekt. Im Sinne von Art. 25a Abs. 2 VwVG ergehe eine Verfügung, wenn sich Partei und WEKO über die Form oder Art der Publikation nicht einig seien. Die Verfügung weiche aber nicht vom Grundsatz ab, dass die Publikation als solche kein taugliches Anfechtungsobjekt sei. Deshalb gebreche es der Beschwerde, soweit sie den Verzicht auf die Publikation überhaupt verlange, am Anfechtungsobjekt (Vernehmlassung Ziff. 9).

1.3.1 Vom Ausnahmefall der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde (Art. 46a VwVG) abgesehen, werden im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nur Rechtsverhältnisse überprüft, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich in Form einer Verfügung Stellung genommen hat. Das Vorliegen einer Verfügung als Anfechtungsobjekt ist Sachurteilsvoraussetzung (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2013, N 2.1 und 2.6; UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [nachstehend: Praxiskommentar VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 5 VwVG N 5; Art. 31 VGG; Art. 46 VwVG). Unter einer Verfügung versteht sich gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG eine Anordnung der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt und (Bst. a.) die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten, (Bst. b) die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder des Umfanges von Rechten oder Pflichten oder (Bst. c) die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren zum Gegenstand hat.

Sogenannten Realakten kommt kein Verfügungscharakter zu. Es handelt sich um tatsächliches Verwaltungshandeln, welches nicht auf einen rechtlichen, sondern einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist; es begründet keine unmittelbaren Rechte und Pflichten von Privaten, kann aber mittelbare Rechtswirkungen zur Folge haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1408 und 1425; HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 6 zu Art. 25a VwVG). Um den Rechtsmittelweg zu eröffnen, kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, gestützt auf Art. 25a VwVG von der zuständigen Behörde eine Verfügung über Handlungen verlangen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren.

1.3.2 Die Publikation kartellrechtlicher Sanktionsverfügungen ist ein Realakt (Urteil 2C_1065/2014 „Nikon AG“ E. 1.1, nicht publ. in BGE 142 II 268; Urteile des BVer B-4221/2008 vom 28. September 2009 E. 6.2 und B 3588/2012 „Nikon AG“ E. 1.1; HÄNER, a.a.O. N 7 und Fn. 20 zu Art. 25a VwVG).

Im Bewusstsein um diese Ausgangslage kündigte die Vorinstanz bereits mit der Zustellung der Sanktionsverfügung am 9. Januar 2014 an, bei Uneinigkeit über die

Publikation eine Verfügung zu erlassen, mag in ihren Augen dabei als „Uneinigkeit“ auch die Frage im Vordergrund gestanden sein, in welchem Umfang Abdeckungen vorzunehmen wären. Die Beschwerdeführerinnen stellten den Antrag, auf die Publikation sei zumindest bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache an sich zu verzichten. Die Publikationsverfügung sprach sich sodann in ihrer Begründung in mehrfacher Hinsicht auch über die Frage der Publikation im Grundsatz aus, nicht ohne festzuhalten, es gehe vorliegend um „Grundsatzfragen, die einer Klärung durch die Rechtsprechung bedürfen“, weshalb „die Frage der Publikation und die Frage des Umfangs gleichzeitig im Rahmen einer Verfügung zu beantworten“ seien (Ziff. 18).

1.3.3 Gegenstand einer Verfügung über Realakte kann nach einhelliger Auffassung eine Handlung wie auch ein Unterlassen sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1433; HÄNER, a.a.O. N 10 f. zu Art. 25a VwVG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 428), sofern es in Anwendung von öffentlichem Recht des Bundes geschieht.

Vorliegend beantragten die Beschwerdeführerinnen in Bezug auf eine Bestimmung des Bundesverwaltungsrechts, welche durch die Einräumung von Ermessen beide Optionen zulässt, eine bestimmte Handlung – die gegenständliche Veröffentlichung – zu unterlassen und die Vorinstanz entschied, diese Handlung vorzunehmen. Dabei bezog sie sich ausdrücklich darauf, dass gerade auch diese Frage (und nicht nur die Ausführung im Konkreten) eine von der Rechtsprechung zu klärende Grundsatzfrage sei. Die Vorinstanz erklärt weder, dass die Beschwerdeführerinnen (nur) an der Grundsatzfrage kein schutzwürdiges Interesse hätten, noch, weshalb die gestützt auf Art. 25a VwVG (i.V.m. Art. 48 Abs. 1 KG) erlassene Verfügung nur bezüglich der umstrittenen Ausführungsfragen, nicht aber betreffend die ebenso strittige Grundsatzfrage als Anfechtungsobjekt taugen solle. Dergleichen ist auch nicht erkennbar. Das Dispositiv könnte für sich genommen zwar theoretisch so gelesen werden, dass nur die Art der Publikation geregelt würde („[...] wird *in der Version* veröffentlicht, *die* sich im Anhang [...] befindet.“), jedoch ist dieses nicht nur nach dem reinen Wortlaut zu verstehen, sondern nach seinem rechtlichen Gehalt, zu dessen Sinnermittlung die Erwägungen beizuziehen sind (ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 51 zu Art. 49 VwVG m.w.H. in Fn. 243; BGE 120 V 496 E. 1a; BVGE 2014/24 E. 1.4.1 m.w.H.) – aufgrund der Verfahrensgeschichte einerseits und der Begründung der Verfügung andererseits verbietet sich diese eingeschränkte Lesart. Die Publikationsverfügung regelt sowohl die Publikation an sich als auch deren konkrete Gestaltung – und beides kann denn auch mit Beschwerde in Frage gestellt werden.

1.4 Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

1.5 Die Beschwerdeführerinnen sind als Adressatinnen der Publikationsverfügung i.S.v. Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. Urteil B 3588/2012 „Nikon AG“ E. 1.1 al. 4 m.w.H.). Das gilt insbesondere auch für die Beschwerdeführerin 2; diese wurde im Schriftenwechsel – wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht hervorstreichen (vgl. Schreiben vom 19. Januar 2015, act. 10) –

unter falscher Bezeichnung geführt. Die Parteibezeichnung wird im Urteil von Amtes wegen berichtigt.

1.6 Auf die Beschwerde ist somit vollumfänglich einzutreten.

1.7 Die Beschwerdeführerinnen beantragen, das vorliegende Beschwerdeverfahren sei mit dem Verfahren bezüglich die Anfechtung der Sanktionsverfügung zu vereinigen (Rechtsbegehren 2).

1.7.1 Im Regelfall bildet jeder vorinstanzliche Entscheid ein selbständiges Anfechtungsobjekt und ist einzeln anzufechten. Von diesem Grundsatz kann in sinngemässer Anwendung von Art. 24 BZP (SR 273) i.V.m. Art. 4 VwVG aus Gründen der Prozessökonomie abgewichen werden, wenn die einzelnen Sachverhalte in einem engen Zusammenhang stehen oder gar identisch sind und sich gleiche oder ähnliche Rechtsfragen stellen. Die Instruktionsrichterin (respektive der Spruchkörper) verfügt über einen grossen Ermessensspielraum und kann die Vereinigung in jedem Prozessstadium anordnen (MOSE/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O. Rz. 3.17; Urteile des BVGer A-7311/2007 vom 27. Mai 2008 E. 6 und B-4598/2012 vom 11. März 2013 E. 1.5 je m.w.H.).

1.7.2 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, in den Verfahren betreffend die Anfechtung sowohl der Sanktions- wie auch der Publikationsverfügung stünden sie und die WEKO sich gegenüber. Beide Verfahren beträfen denselben Tatsachenkomplex und dieselbe Rechtsfrage – nämlich ihre Beteiligung an den untersuchten und sanktionierten Abreden. Insbesondere sei in der Hauptsache die Sachverhaltsfeststellung als fehlerhaft und willkürlich gerügt – im Falle des Obsiegens in jenem Rechtsmittelverfahren wäre ein neues Tatsachengrundament zu erstellen (Beschwerde, Ziff. 32 ff., 64; Replik, Ziff. 170).

Die Vorinstanz hält dafür, über Publikations- und Sanktionsverfügung könne losgelöst voneinander entschieden werden, erstere beschlage Grundsatzfragen zur Frage der Publikation, welche mit der Sanktionsverfügung in keinem Zusammenhang stünden. Für die Verfahrensökonomie sei mit einer Vereinigung nichts gewonnen (Vernehmlassung, Ziff. 10 f.).

1.7.3 Ein enger Zusammenhang der beiden Angelegenheiten mag auf den ersten Blick offensichtlich erscheinen. Er manifestiert sich jedoch nicht auf der Ebene des Sachverhaltes, sondern besteht in einem verfahrensrechtlichen Konnex. Der der Publikationsverfügung zugrundeliegende Lebenssachverhalt ist nicht die in der Sanktionsverfügung beurteilte Abrede, sondern die Sanktionsverfügung selber. Auch die zu beantwortenden Rechtsfragen sind nicht deckungsgleich: Vorliegend wird die Frage geklärt, ob und, gegebenenfalls, in welchem Umfang, die Sanktionsverfügung publiziert werden kann, unabhängig von der in der Hauptsache strittigen Frage, ob die Sanktionierung zu Recht erfolgte. Eine Überprüfung der Sanktionsverfügung im Rechtsmittelverfahren verbietet sich sowohl bezüglich der Sachverhaltsfeststellung wie auch der rechtlichen Würdigung (Urteil 2C_1065/2014 „Nikon AG“ E. 5.3.3, 6.5.2, nicht publ. in BGE 142 II 268; siehe nachstehend, E. 4.1). Offenkundiges Ziel der Beschwerdeführerinnen ist, dem Risiko vorzubeugen, dass ein Entscheid publiziert wird, der

möglicherweise aufgehoben wird. Dabei handelt es sich um ein privates Interesse, das keinen Bezug zur Verfahrensökonomie hat; im Übrigen ist dieses Risiko im Grundsatz als systemimmanent hinzunehmen (vgl. nachstehend, 2.3.6).

Das Rechtsmittelverfahren betreffend die Publikationsverfügung ist mit demjenigen bezüglich die Sanktionsverfügung folglich nicht zu vereinigen. Der entsprechende Antrag wird abgewiesen.

1.8 Mit der Beschwerde können gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens; Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (Bst. b) und die Unangemessenheit (Bst. c) gerügt werden.

2.

2.1 Die WEKO untersteht als Behördenkommission und damit Teil der dezentralen Bundesverwaltung (BGE 139 I 72 „Publigruppe“ E. 4.3) dem Öffentlichkeitsgesetz (Art. 2 Bst. a BGÖ; STAMM-PFISTER, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz [„BSK BGÖ“], N 2 zu Art. 2 BGÖ). Sie ist folglich dem Öffentlichkeitsprinzip und dem diesem zugeordneten Transparenzgebot verpflichtet; dieses bezweckt, das Vertrauen des Bürgers in die staatlichen Institutionen und ihr Funktionieren zu fördern und soll eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der Verwaltung sein (BSK BGÖ-BLECHTA, N 4-6 zu Art. 1 BGÖ).

Der Verwirklichung dieser Anliegen dient neben dem im Zentrum des Öffentlichkeitsgesetzes (nicht aber dieses Verfahrens) stehenden Informationszugangsrecht (Art. 6 Abs. 1 BGÖ) auch eine aktive Information durch die Behörden. Art. 21 Bst. b und c BGÖ in Verbindung mit Art. 18 f. der Öffentlichkeitsverordnung (VBGÖ, SR 152.31) hält die Verwaltung an, im Internet über wichtige Aufgabenbereiche und Geschäfte zu informieren sowie wichtige Dokumente aktiv verfügbar zu machen (BSK BGÖ-BLECHTA, N 13-17 zu Art. 1 BGÖ). Beide Bestimmungen – die allgemeinere Information über wichtige Aufgabebereiche und wichtige Geschäfte wie auch die konkrete Zurverfügungstellung von wichtigen Dokumenten – stehen zwar für eine aktive Informationspolitik, funktional aber dennoch in engem Zusammenhang mit dem Informationszugangsrecht, dessen Erleichterung sie letztlich dienen (BSK BGÖ-STEIGER, N 22 f., 34 f. zu Art. 21 BGÖ). Beide Instrumente enthalten keine Pflicht zur lückenlosen Publikation von amtlichen Dokumenten – mit der Einschränkung auf „wichtige“ Geschäfte resp. Dokumente wird der Behörde ein Ermessen eingeräumt (BSK BGÖ-STEIGER, N 25, 36 zu Art. 21 BGÖ) – und beide stehen unter dem Vorbehalt des angemessenen Aufwandes und entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen (BSK BGÖ-STEIGER, N 28 ff., 42 ff. zu Art. 21 BGÖ); insbesondere die Publikation wichtiger Dokumente untersteht einer Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Zugänglichmachung und entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen (BSK BGÖ-STEIGER, N 45 zu Art. 21 BGÖ).

Das Öffentlichkeitsgesetz ist für Verfahren wie das vorliegende insofern von Bedeutung, als es die Philosophie einer transparenten Verwaltungskultur vorgibt. Konkrete Handlungsnormen, welche über die nachstehend geschilderten spezialgesetzlichen Regeln hinausgehen, enthält es dagegen nicht (das Bundesgericht spricht sich aus ähnlichen Überlegungen generell gegen eine Anwendbarkeit des BGÖ für Verfahren wie das vorliegende aus, vgl. BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 4.2.5.2).

2.2 Art. 49 Abs. 1 KG verpflichtet die Vorinstanz und deren Sekretariat, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren. Dem breiten Publikum soll ein hinreichender Überblick über die Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden ermöglicht werden. Art. 49 Abs. 1 KG verankert das vorstehend (E. 2.1) skizzierte Transparenzgebot im Kartellrecht (TERCIER/MARTENET, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, 2e éd., [„CR Concurrence“], N 5 zu Art. 49 KG; NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, [„BK KG“], N 4 zu Art. 49 KG; Urteil des BVGer B-506/2010 „Gaba International AG“ vom 19. Dezember 2013, 6.4.2).

Gleichsam als *lex specialis* zu dieser allgemeinen Informationspflicht (BK KG-NYDEGGER/NADIG, N 9 zu Art. 48 KG) hält Art. 48 Abs. 1 fest, die „Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen“. Es handelt sich um eine „Kann-Vorschrift“, es besteht also ein Ermessen; liegt kein hinreichendes Interesse vor, kann von der Veröffentlichung abgesehen werden (HÄFFELIN/HALLER/UHLMANN, a.a.O., N 398; BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 4.2.3; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, N 22 zu Art. 48 KG). Art. 48 Abs. 1 KG unterscheidet sich damit von einzelnen Normen des Kartellgesetzes, welche eine Publikation explizit vorschreiben (Art. 6 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1, Art. 33 Abs. 1 KG). Diese Unterscheidung begründet sich mit dem Adressatenkreis einerseits, dem Zweck der Veröffentlichung andererseits. Die zitierten Bestimmungen richten sich an möglicherweise betroffene respektive interessierte Personen, welche innert Frist über mögliches Tätigwerden in einem Verfahren entscheiden sollen (Art. 28 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 KG) oder aber an Wirtschaftsakteure, welche ihr Verhalten an der *ex ante* bekanntgemachten Praxis der WEKO sollen ausrichten können (Art. 6 Abs. 3 KG). Die Publikation gemäss Art. 48 Abs. 1 KG demgegenüber hat vorab die Funktion der Information – zuhanden des Publikums, aber auch zuhanden weiterer Behörden, welche das Kartellrecht anwenden (CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, N 1-9 zu Art. 48 KG). Hiervon ausgehend ist das massgebliche Interesse zu bestimmen, welches im Rahmen des gegebenen Ermessens für eine Publikation spricht. Die Publikation von Entscheiden der WEKO hat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 4.2.5 m.w.H.) mehrere Zwecke; konkret dient sie:

- der Rechtssicherheit und Prävention: Indem die Öffentlichkeit die Praxis der Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis nehmen kann, können Unternehmen ihr Wirtschaften an dieser ausrichten;
- der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten: Es gilt das allgemein im Öffentlichkeitsgesetz festgehaltene Transparenzgebot umzusetzen. Gleichzeitig soll das

Publikum die Möglichkeit erhalten, die seinerzeit publizierte Verfahrenseröffnung mit dem Resultat abgleichen zu können;

- der Information über die Praxis der Wettbewerbsbehörden: Adressaten der Praxisinformation sind insbesondere die weiteren das Kartellrecht anwendenden Behörden.

Demgegenüber besteht kein öffentliches Interesse an der Publikation in spezialpräventiver Hinsicht oder an einer pönalen Wirkung im Sinne einer Reputationsstrafe (eingehend Urteil B-3588/2012 „Nikon AG“ E. 5.3) – dies im Gegensatz etwa zur Publikation aufsichtsrechtlicher Verfügungen gemäss Art. 34 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG, SR. 956.1) bei schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen (Urteile des BGer 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1 und 2C_359/2012 vom 1. November 2012 E. 3.2).

2.3 Das Bundesgericht erkennt angesichts der übereinstimmenden Zwecke eine Parallelität zwischen der Publikation der Entscheide der WEKO einerseits und jener der Gerichte andererseits (BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 4.2.5.4). Diese Parallelität besteht auch aufgrund einer grundsätzlicheren Überlegung.

2.3.1 Die WEKO gilt zwar unbestrittenermassen nicht als Gericht (BGE 139 I 72 „Publigroupe SA“ E. 4.3 m.w.H.), den von ihr erlassenen Sanktionen kommt jedoch strafrechtlicher bzw. strafrechtsähnlicher Charakter zu (BGE 139 I 72 „Publigroupe SA“ E. 2.2.2 mit Hinweisen insb. auf die Rechtsprechung des EGMR und des EuGH; Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 „Colgate Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG)“ E. 2, 9.1). Folgerichtig gelten für das Verfahren im Grundsatz die grundrechtlichen Garantien, welche für ein Strafverfahren gelten (Art. 30 und Art. 32 BV; Art. 6 EMRK; Art. 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 [„UNO-Pakt II“, SR 0.103.2]). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wie auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte lassen zu, dass über Verwaltungsstrafen – und damit auch über solche, wie sie die WEKO ausspricht – in einem Verwaltungsverfahren entschieden wird, sofern die einzelnen Garantien in einem abschliessenden Verwaltungsgerichtsverfahren mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gewahrt sind (BGE 139 I 72 „Publigroupe SA“ E. 4.4 f. m.w.H.; Urteil 2C_1065/2014 „Nikon AG“ E. 8.2, nicht publ. in BGE 142 II 268; eingehend Urteil des BVGer B-7633/2009 „Swisscom ADSL“ vom 14. September 2015 Rz. 58 64; siehe auch Urteil B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba International AG“ E. 6.1.3).

2.3.2 Die für ein Strafverfahren geltenden Grundrechtsgarantien schliessen mit Wirkung auch für das Kartellverfahren die *Unschuldsvermutung* mit ein (Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 32 Abs. 2 BV; Urteil B-506/2010 „Gaba International AG“, E. 6.1.3; Zwischenverfügung B-6180/2013 E. 4.3 al. 1). Ihr zufolge gilt jede Person als unschuldig, solange sie nicht in einem rechtmässig durchgeführten Verfahren als schuldig befunden wurde, einen gesetzlich umschriebenen Tatbestand erfüllt zu haben. Neben ihren prozessual bedeutenden Funktionen als Beweislast- und Beweiswürdigungsregel verbietet die Unschuldsvermutung staatlichen Behörden ins-

besondere, einen Tatverdächtigen vor einem Strafurteil im Rahmen ihrer Informationstätigkeit der Öffentlichkeit als schuldig darzustellen (BGE 137 I 31 E. 5.1; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 981, 990). Sie verpflichtet staatliche Organe auch mit Blick auf die Presseberichterstattung zu einer sachlichen und zurückhaltenden Information (Urteil B-506/2010 „Gaba International AG“, E. 6.1.4; BGE 116 IV 31 E. 5.a.aa/bb; Zwischenverfügung B 6180/2013 E. 4.3 al. 2).

2.3.3 Die Partei, über welche die WEKO im Verwaltungsverfahren eine Sanktion ausspricht, hat mit ihrem Entscheid, ob sie diese anfigt oder nicht, in der Hand, in den Genuss der ihr zustehenden Verfahrensgarantien zu kommen. Nun gehört zu den grundrechtlichen Garantien in gerichtlichen Verfahren auch das Prinzip der Justizöffentlichkeit und zu diesem wiederum der Teilgehalt der öffentlichen Urteilsverkündung. Die Justizöffentlichkeit im Allgemeinen dient einerseits dem Schutz der betroffenen Partei, indem ihre korrekte Behandlung und gesetzmässige Beurteilung sichergestellt wird, andererseits ermöglicht sie nicht am Verfahren beteiligten Dritten nachzuvollziehen, wie gerichtliche Verfahren geführt, das Recht verwaltet und die Rechtspflege ausgeführt wird. Der Teilgehalt der öffentlichen Urteilsverkündung im Besonderen garantiert, dass nach dem Verfahrensabschluss vom Urteil als Ergebnis des Verfahrens Kenntnis genommen wird. Sie soll Geheimjustiz ausschliessen, Transparenz der Justiztätigkeit im demokratischen Rechtsstaat fördern und Vertrauen in die Rechtspflege schaffen. Im Ausmass der garantierten Justizöffentlichkeit bilden Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich zugängliche Quellen im Sinne der Informationsfreiheit gemäss Art. 16 Abs. 3 BV. Mit dieser Funktion im Sinne der Publikums- und Medienöffentlichkeit ist die öffentliche Urteilsverkündung primär für nicht direkt am Verfahren beteiligte Dritte von Bedeutung. Öffentliche Urteilsverkündung bedeutet ursprünglich, dass am Schluss eines gerichtlichen Verfahrens das Urteil in Anwesenheit der Parteien sowie von Publikum und Medienvertretern verkündet wird. Dem Verkündungsgebot dienen aber auch andere Formen, wie etwa öffentliche Auflage, Publikation in amtlichen Sammlungen oder Bekanntgabe über das Internet. Sie sind im Einzelnen anhand von Sinn und Zweck des Verkündungsgebots daraufhin zu beurteilen, ob sie die verfassungsrechtlich gebotene Kenntnisnahme gerichtlicher Urteile erlauben (ausführlich BGE 139 I 129 „ARK“ E. 3.3; 137 I 16 „Nef“ E. 2.2; 124 IV 234 E 3e; BGE 143 I 194 „Obergericht Zürich“ E. 3.1 und E. 3.4.3; Urteil 1C_123/2016 vom 21. Juni 2016 „Skeletonbahn“ E. 3.5.1, auch in: sic! 2016, 517 ff. sowie MediaLex Newsletter 7/8 2016 resp. Jahrbuch 2016, 97 mit Anmerkung STREBEL und 2C_677/2015 vom 31. März 2016 [=Pra 2016 Nr. 96] „Belarus“ E. 4.1; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 976 ff.; KLEY/TOPHINKE, in: Ehrenzeller/Schweizer/Schindler/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N 36 zu Art. 16 BV; STEINMANN, ebenda, N 61 f. zu Art. 30 BV).

2.3.4 Der Anspruch auf Kenntnisnahme erstreckt sich grundsätzlich auf das ganze Urteil mit Sachverhalt, rechtlichen Erwägungen und Dispositiv (Urteil 1C_123/2016 „Skeletonbahn“ E. 3.5.2; siehe auch BGE

142 II 268 „Nikon AG“ E. 4.2.6; a.M. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich VB150013 vom 26. April 2016, auch in: Medialex, Newsletter 10/2016 resp. Jahrbuch 2016, 110 mit Anmerkung STREBEL). Spiegelbildlich zu diesem Anspruch erscheint eine Urteilsverkündung, welche sich auf das Verlesen des Urteilspruchs unter Verzicht einer angemessenen Begründung des Dispositives beschränkt, als ungenügend (BGE 143 I 194 „Obergericht Zürich“ E. 3.7). Dieser Anspruch (respektive diese Obliegenheit) gilt indessen nicht absolut, er wird durch den ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Schutz von persönlichen und öffentlichen Interessen begrenzt. Der konkrete Umfang ist im Einzelfall unter Abwägung der entgegenstehenden Interessen zu bestimmen. Insbesondere ist der Persönlichkeitsschutz der Prozessparteien zu wahren, weshalb die Kenntnissgabe von Urteilen unter dem Vorbehalt der Anonymisierung, der Abdeckung einzelner Passagen und allenfalls der Bereitstellung „in geeignet gekürzter Form“ steht (BGE 133 I 106 E. 8.3; vgl. BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 4.2.6; 139 I 129 „ARK“ E. 3.6; 137 I 16 „Nef“ E. 2.3; 134 I 286 „VgT“ E. 6.3); der Aufwand etwa für die Anonymisierung ist kein massgeblicher Gesichtspunkt (Urteil 1C_123/2016 „Skeletonbahn“ E. 3.7). Zu wahren bleibt gleichzeitig die Verständlichkeit des Entscheides, so dass im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann, dass für Personen, die mit den Einzelheiten eines Falles vertraut sind, Rückschlüsse möglich sind und sie insbesondere erkennen können, um wen es geht (BGE 133 I 106 E. 8.3; Urteil 2C_677/2015 „Belarus“ E. 4.2 al. 2, dazu kritisch MÜLLER, Pra 2016, S. 888; vgl. auch Urteil des EGMR Bacchini gegen Schweiz vom 21. Juni 2005, Nr. 62915/00, auch in: VPB 2005/69.133 E. 1). Eine *vollständige* Geheimhaltung eines Urteilspruchs jedenfalls ist auch bei Vorliegen gewichtigster Interessen mit dem Öffentlichkeitsgebot nicht vereinbar (BGE 143 I 194 „Obergericht Zürich“ E. 3.4.3 m.w.H. insb. auf die Rechtsprechung der Konventionsorgane).

2.3.5 Alternativformen zur öffentlichen Verkündung sind nicht subsidiär, sondern gegenüber dieser gleichwertig. Das gilt unter dem Aspekt der Verkündung insbesondere auch für den Strafbefehl, mag auch Art. 69 Abs. 2 StPO ein Interesse-Erfordernis formulieren (STEINMANN, St. Galler Kommentar, N 64 zu Art. 30 BV; zur konkreten Gewichtung der Interessen vgl. die zitierten BGE 134 I 286 „VgT“ E. 6.6 f.; 137 I 16 „Nef“ E. 2.4 f). Es gibt keine vor- oder zweitrangige Formen der Urteilspublikation, die verschiedenen Arten können kombiniert werden (Urteil 2C_677/2015 „Belarus“ E. 4.1 al. 2 zit. gem. Pra 2016 Nr. 96).

2.3.6 Nun ist der mündlichen Eröffnung von anfechtbaren Urteilen durch untere Instanzen offenkundig inhärent, dass über Entscheide informiert wird, welche nicht rechtskräftig sind. Sind die Verkündungsformen einander gleichwertig, so folgt daraus, dass die fehlende Rechtskraft einer Publikation auch in einer Alternativform nicht grundsätzlich entgegen steht – jedoch ist gegebenenfalls eine einzelfallspezifische Abwägung (unter Vornahme der Einzelfallabwägung der je im Raume stehenden Interessen und namentlich unter dem Vorbehalt der Anonymisierung) vorzunehmen. Die im Kartellverfahren grundsätzlich geltende Unschuldsvermutung steht somit der Publikation eines noch nicht rechtskräftigen Ent-

scheides nicht entgegen, sie gebietet jedoch eine gewisse Zurückhaltung (vorne, E. 2.3.2; Urteile 1C_123/2016 „Skeletonbahn“ E. 3.6 und 2C_1065/2014 „Nikon AG“ E. 8, insb. E. 8.4.1, nicht publ. in BGE 142 II 268; Urteil B-506/2010 „Gaba International AG“, E. 6.1, 6.4.2; Zwischenverfügung B-6180/2013 E. 4.3 al. 3; STEINMANN, St. Galler Kommentar, N 66 zu Art. 30 BV). Zumal unterinstanzliche Urteile stets unter dem Vorbehalt des Erfolgs eines Rechtsmittels stehen, gelten diese Grundsätze nicht nur für nicht rechtskräftige, sondern auch für Urteile, die aufgehoben wurden oder deren Streitgegenstand im Verlauf gegenstandslos wird (Urteile 2C_677/2015 „Belarus“ E. 4.3 al. 2 und 1C_123/2016 „Skeletonbahn“ E. 3.8).

2.4 Liegt eine Ermessensnorm vor, so steht der Behörde zwar ein Spielraum für ihre Entscheidung offen; dabei ist sie aber an die Verfassung gebunden, insbesondere an die Grundrechte und die Grundsätze staatlichen Verhaltens (Art. 5 BV). Staatliches Handeln soll im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV), es soll nicht nur rechtmässig, sondern auch angemessen sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 409; BVGE 2015/2 E. 4.3.1).

Als Ermessensfehler unterscheiden Lehre und Rechtsprechung (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 430 ff. m.w.H.) die Unangemessenheit (bei der sich der Entscheid innerhalb des Spielraums bewegt, zweckmässigerweise aber anders ausgefallen wäre), den Ermessensmissbrauch (bei dem der Spielraum eingehalten wird, der Entscheid aber von unsachlichen, zweckfremden Kriterien geleitet ist oder unter Verstoss gegen allgemeine Rechtsprinzipien wie das Willkürverbot, die Rechtsgleichheit oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit erfolgt), die Ermessensüberschreitung (bei welcher Ermessen wahrgenommen wird, ohne dass ein solches bestünde) und die Ermessensunterschreitung (bei der die Behörde auf ein ihr zustehendes Ermessen von vornherein verzichtet). Mit Ausnahme der Unangemessenheit handelt es sich um Rechtsverletzungen. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt die angefochtene Verfügung mit voller Kognition, kann somit sowohl Rechtsanwendung wie auch die Angemessenheit prüfen (vorne, E. 1.8). Es ist auch verpflichtet, seine Kognition auszuschöpfen, auferlegt sich jedoch bei der Prüfung der Unangemessenheit je nach der Natur der Streitfrage eine gewisse Zurückhaltung, so insbesondere bei technischen Fragen, für deren Beantwortung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist oder bei Auslegungsfragen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer Nähe zur Angelegenheit sachgerechter zu beantworten vermag (für einen Überblick vgl. RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rz. 1598 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.153 ff.).

2.5 Verstösst die Handhabung des Ermessens gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, so ist einer derjenigen Grundsätze verletzt, welche die Annahme eines Ermessensmissbrauchs rechtfertigen (BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 4.2.3; BGE 137 V 71 E. 5.1). Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gebietet somit insbesondere die Bindung des Verwaltungshandelns an die Zweckbestimmung der Ermessenseinräumung (MOOR/

FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, 3e éd. 2012, vol. I, S. 743).

Der auf Art. 5 Abs. 2 BV abgestützte Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert in einer allgemeinen Umschreibung, dass eine Verwaltungsmassnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet, notwendig und zumutbar sein soll (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 514 m.w.H.). Das Kriterium der *Eignung* verpflichtet das Verwaltungshandeln auf die Erreichung des anvisierten öffentlichen Interesses (definiert die „Präzision staatlichen Handelns“ [HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 522]). Die *Erforderlichkeit* gebietet, eine Massnahme so zu bemessen, dass der angestrebte Zweck nicht auch mit einer milderen Massnahme erreicht werden könnte („Intensität staatlichen Handelns“ [HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 522]). Die *Zumutbarkeit* schliesslich ist – in einer wertenden Abwägung – zu bejahen, wenn der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den dem Privaten auferlegten Belastungen oder bewirkten Eingriff steht – die Massnahme muss durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 556 f.).

2.6 Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG). Kein Geschäftsgeheimnis sind von vornherein die Angaben, welche gemäss Art. 28 KG mit der Eröffnung der Untersuchung zwingend zu publizieren sind: die Adressaten der Untersuchung und deren Gegenstand – verstanden als eine Umschreibung des kartellrechtswidrigen Verhaltens, welche Dritten zu entscheiden erlaubt, ob sie sich gestützt auf Art. 43 KG an der Untersuchung beteiligen wollen (BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 5.1).

Für eine positive Begriffs Umschreibung kann auf den traditionellen Geheimnisbegriff zurückgegriffen werden, wie er auch zu anderen Normen gebräuchlich ist, welche diesen Begriff enthalten (im Detail BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 5.2.1). Demgemäss gilt als Geschäftsgeheimnis eine (1.) weder offenkundige noch allgemein zugängliche Tatsache (relative Unbekanntheit), die (2.) 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. Die Rechtsprechung hat die kontroverse Frage, ob dies für rechtswidrige Handlungen und Zustände bejaht werden kann, für das Kartellrecht dahingehend beantwortet, dass jene Tatsachen, welche ein kartellrechtswidriges Verhalten belegen, nicht geheimhaltungswürdig seien. Denn aus kartellrechtlicher Optik – so das Bundesgericht – schützt das Geheimhaltungsinteresse die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit einzelner Unternehmen und gleichzeitig den Wettbewerb als solchen. Basiert ein Wettbewerbsvorteil auf kartellrechtswidrigen Handlungen, so kann nicht Sinn einer Regelung des Kartellrechts sein, diese Informationen, welche das Kartellrecht verpönt, gleichzeitig unter Schutz zu stellen (BGE 142 II 268 „Nikon AG“ E. 5.2.2 m.w.H.).

2.7 Die Tätigkeit der WEKO untersteht dem Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1). Sie hat sich an die Grundsätze der Art. 4, 5 und 7 DSG zu halten – unter anderem und insbesondere darf die Datenbearbeitung nur rechtmässig, nach Treu und Glauben und verhältnismässig erfolgen (Art. 4 Abs. 1-3 DSG), hat sich die Vorinstanz über die Richtigkeit der Daten zu vergewissern (Art. 5 Abs. 1 DSG) und um deren Sicherheit besorgt zu sein (Art. 7 Abs. 1 DSG; ausführlich BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 6.1-6.3 m.w.H.).

Die Veröffentlichung einer Sanktionsverfügung ist als ein Bekanntgeben von (besonders schützenswerten ([Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG]) Personendaten i.S.v. Art. 19 DSG zu qualifizieren. Sie bedarf einer gesetzlichen Grundlage (Art. 17 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 DSG). Selbst bei deren Bestehen ist die Bekanntgabe (also Veröffentlichung) abzulehnen, wenn wesentliche öffentliche oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen (Art. 19 Abs. 4 DSG) – es erfolgt somit eine Interessenabwägung (BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 6.4.1 m.w.H.).

Art. 48 KG stellt eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von Personendaten dar. Für Personendaten, welche Geschäftsgeheimnisse darstellen, hat das Kartellgesetz selbst in Art. 25 Abs. 4 KG die Sonderregel aufgestellt, dass diese generell, ohne Vornahme einer Interessenabwägung, nicht publiziert werden dürfen. Die Publikation von Personendaten ausserhalb des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses untersteht demgegenüber der Abwägung gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG (BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 6.4.2 f.; Urteile des BVGer A-6315/2014, A-6320/2014 und A-6334/2014 je vom 23. August 2016, je E. 12.1).

2.8 In Verfahren, die durch Selbstanzeigen massgeblich getragen sind, berücksichtigt die Vorinstanz im höheren Interesse eines funktionierenden Systems zur Aufdeckung von Kartellen das Interesse am Schutz des Instituts der Selbstanzeige resp. der sogenannten Bonusregel. Sie beruft sich denn auch in der Publikationsverfügung (Ziff. 59) ausdrücklich auf dieses Interesse, das sie klar von den privaten Interessen der Parteien unterschieden wissen will. Die Vorinstanz ist sich im Klaren, dass ein Unternehmen, welches eine Selbstanzeige erwägt, ein hohes Interesse an Diskretion betreffend die Weitergabe von Informationen an Behörden, Gerichte, Branchenteilnehmer aber auch Parteien in Zivilprozessen hat. Die Anreizwirkung der Selbstanzeige hängt gemäss ihren Ausführungen in einem Entscheid aus dem Jahr 2011 von der Berechenbarkeit der Folgen ab – sowohl direkt bezüglich der Sanktionsreduktion wie auch indirekt bezüglich der möglichen Spätfolgen, insbesondere Schadenersatzprozesse. Um den Anreiz aufrecht zu erhalten, Selbstanzeigen – Informationen wie auch Beweismittel – vorzubringen, sieht sich die Vorinstanz einem „schonungsvollen Umfang mit den [...] freiwillig offengelegten Informationen und Unterlagen“ verpflichtet (Zwischenverfügung der WEKO vom 10. August 2011 i.S. 22-0385: Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, RPW 2012, 264 ff., Ziff. 22 ff., insb. 24; vgl. Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO, Bonusregelung (Selbstanzeige), 8. September 2014, BBl 2015 3346 ff., Ziff. 47 ff.).

2.9 Bereits in der angefochtenen Verfügung (Rz. 25) verweist die Vorinstanz auf die Praxis der Kartellbehörden der Europäischen Union, wenngleich diese nicht bindend sei.

Das schweizerische Kartellrecht orientiert sich seit der Totalrevision des Kartellgesetzes im Jahr 1995 zwar ausdrücklich, aber doch vorab *rechtsvergleichend* und mit Ausnahmevorbehalt, am Wettbewerbsrecht der Europäischen Union (vgl. eingehend und mit Nachweisen Urteil B-7633/2009 „Swisscom ADSL“, Rz. 167 ff.). Mit dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013 (SR 0.251.268.1) besteht nun (aber noch nicht im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung) eine rechtliche Grundlage für eine engere Zusammenarbeit zwischen der WEKO und der Wettbewerbsbehörde der Europäischen Kommission. Im Zusammenhang mit der Genehmigung dieses Abkommens stellte der Bundesrat klar, dass die Wettbewerbsrechte der Schweiz und der EU zwar materiell vergleichbar seien, aus rechtlich verbindlicher Warte aber nach wie vor von Äquivalenz der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen der Schweiz wie auch der Europäischen Union auszugehen sei, also keine materielle Harmonisierung des Rechts bestehe oder Inhalt des Abkommens sei (vgl. Art. 13 des Abkommens sowie die Botschaft, BBl 2013 3961, 3964, 3965 f., 3978). Auch für die vom Abkommen geregelten verfahrensrechtlichen Fragen hält die Botschaft fest, dass das Abkommen einen rechtlichen Rahmen für die angestrebte Zusammenarbeit (namentlich die gegenseitige Mitteilung und Koordination von Vollzugsmassnahmen und der Austausch von Informationen) schaffe, diese aber nicht obligatorisch erklärt werde; das Ermessen der jeweiligen Behörde werde durch das Abkommen nicht eingeschränkt (Botschaft, BBl 2013 3960 f., 3966).

Die Rechtslage in der Europäischen Union zur Publikation der Entscheide der Wettbewerbsbehörde weicht von der schweizerischen insofern ab, als die anwendbare Rechtsgrundlage der Kommission kein Ermessen einräumt. Art. 30 („Veröffentlichung von Entscheidungen“) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags („VO 1/2003“) niedergelegten Wettbewerbsregeln lautet (mit Ausnahme der Verweise gleich dem früher in Kraft stehenden Art. 21 der Verordnung Nr. 17, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vom 6. Februar 1962):

(1) Die Kommission veröffentlicht die Entscheidungen, die sie nach den Artikeln 7 bis 10 sowie den Artikeln 23 und 24 erlässt.

(2) Die Veröffentlichung erfolgt unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen. Sie muss dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen.

Zusammengefasst arbeiten die Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der Europäischen Union voneinander unabhängig; das Handeln der beiden Behörden fusst auf zwar ähnlichen, aber doch nicht gleichen, Grundlagen und verpflichtet die je andere Behörde nicht. Verweise auf das Publikationsverhalten der Wettbewerbsbehörde

der Europäischen Kommission (Sachverhalt, Bst. D) sind insgesamt von rechtsvergleichendem Interesse, verbindliche Erkenntnisse ergeben sich daraus nicht.

3.

3.1 Wie erwähnt, handelt es sich bei Art. 48 Abs. 1 KG um eine Ermessensnorm. Das Ermessen muss pflichtgemäss wahrgenommen werden, insbesondere muss es verhältnismässig und folglich zweckgerichtet sein. Verwaltungshandeln, das sich auf diese Norm abstützt, muss erforderlich sein, um die angestrebten Zwecke zu erfüllen und dieser Zweckverfolgung in der mildesten Vorgehensweise genügen; schliesslich muss in einer wertenden Gesamtabwägung von öffentlichem Zweck und Eingriff in die Interessen der Beschwerdeführerinnen ein vernünftiges Verhältnis resultieren (vorne, E. 2.4 und 2.5). Die Ermessensausübung erfolgt unabhängig von der Publikationspraxis der Europäischen Kommission (vorne, E. 2.9).

3.2 Den vorstehend (E. 2.2) dargestellten Zwecken dient eine Veröffentlichung der Sanktionsverfügung im Grundsatz. Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass für die Untersuchungsverfahren der WEKO die grund- und konventionsrechtlichen Garantien eines Strafverfahrens gelten – und damit auch der Aspekt der Justizöffentlichkeit im Allgemeinen und des Verkündungsgebotes im Besonderen zu beachten sind (vorstehend, E. 2.3). Es handelt sich hierbei um Verfahrensgarantien, die nur zum Teil zugunsten der verfahrensbetroffenen Partei, vor allem aber im Interesse der Öffentlichkeit wirken. Vor diesem Hintergrund ist im Grundsatz möglich, den Entscheid ungeachtet der noch nicht eingetretenen Rechtskraft und ohne jede Prognose über die Aussichten eines Rechtsmittels zu publizieren (vorne, E. 2.3.6).

3.3 Im Grundsatz ist sodann der Entscheid selbst – mit Sachverhalt, Erwägungen und Dispositiv – zu veröffentlichen (vorstehend, E. 2.3.4). Das Interesse an der Orientierung des Publikums vermöchte eine kurze und alleinige Zusammenfassung nicht befriedigend zu erfüllen. Zwar könnten so die Leitlinien in übersichtlicher und lesbarer Form vermittelt werden. Die Kenntnis der Argumentation der WEKO ist indessen für das Fachpublikum wichtig, um sich mit dieser auseinandersetzen zu können. Als Adressaten verstehen sich neben Akteuren der Wirtschaft insbesondere die weiteren rechtsanwendenden Behörden, aber auch die Rechts- und Wirtschaftswissenschaft. Die Ausführungen der Vorinstanz zu den anwendbaren Rechtsnormen (vgl. nachstehend, E. 4.2) beispielsweise können mit einer Zusammenfassung nicht genügend abgebildet werden. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass das der Sanktionsverfügung vorangegangene Verfahren nicht publikumsöffentlich war, was dem Öffentlichkeitsgebot im Verkündungsstadium ein erhöhtes Gewicht verleiht (vgl. mit Blick auf das Strafverfahren BGE 143 I 194 „Obergericht Zürich“ E. 3.1 Abs. 2 a.E.). Weder eine Zusammenfassung in der Gestalt beispielsweise des Presserohstoffes (oder eines Fallberichts, wie sie durch das deutsche Bundeskartellamt regelmässig [neben den förmlichen Entscheiden] publiziert werden) noch eine bloss summarische Publikation (wie sie die Europäische Kommission im Parallelverfahren in einem ersten Schritt vornahm) könnte insgesamt den verfolgten Interessen

gerecht werden. Nicht relevant ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz der Umfang, also die Seitenzahl, der Sanktionsverfügung.

3.4 Damit kann die Vorinstanz die Sanktionsverfügung veröffentlichen. Die Veröffentlichung soll im Grundsatz vollständig erfolgen, sie hat jedoch auf die rechtmässigen Beschwerden der Beschwerdeführerinnen zustehenden Einschränkungen Rücksicht zu nehmen (BGE 142 II 268 „Nikon AG“, E. 4.2.6), das sind namentlich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Art. 25 Abs. 4 KG, vorstehend E. 2.6), aber auch die gebotene Rücksichtnahme auf schutzwürdige persönliche Interessen der Beschwerdeführerinnen (vorne, E. 2.3.4 und, zu Art. 19 Abs. 4 DSG, E. 2.7). Die Erstgenannten sind absolut zu schützen, die Zweitgenannten in einem Umfang, der aufgrund einer Verhältnismässigkeitsprüfung festzulegen ist (vorne, E. 2.7). Zu erinnern ist auch daran, dass der Effekt einer Reputationsstrafe nicht zu den verfolgten Zwecken gehört (E. 2.2).

4.

Die Beschwerdeführerinnen machen als entgegenstehende Interessen namentlich den Schutz vor Zivilklagen in ausländischen Jurisdiktionen geltend, welche aufgrund überschüssiger Sachverhaltsschilderung zu Ungunsten der Beschwerdeführerinnen gefördert würden.

4.1 Das Bundesgericht hat im Entscheid „Nikon AG“ (Urteil 2C_1065/2014 E. 5.3.3, 6.5.2, nicht publ. in BGE 142 II 268) deutlich gemacht, dass die Hauptsache – verstanden als die Frage, ob ein kartellrechtswidriger Sachverhalt vorliegt und ob deshalb zu Recht eine Sanktion ausgesprochen wurde – im Rahmen der Anfechtung einer Publikationsverfügung nicht materiell zu prüfen sei, auch nicht unter dem Titel des Reputationsschutzes. Das gilt auch für dieses Verfahren: Angefochten ist die Publikationsverfügung und es ist dies nicht der Ort, über die materielle Begründetheit der Sanktionsverfügung zu urteilen. Überlegungen über den Einfluss des Urteils des EuG im Parallelverfahren auf die beim Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung sind mangels rechtlicher Verbindlichkeit dieses Urteils für die schweizerischen Behörden und Gerichte (vorne, E. 2.9) rein spekulativer Natur.

4.2 Angesichts der Argumentation der Beschwerdeführerinnen ist gleichwohl ein Blick auf die Sanktionsverfügung zu richten.

4.2.1 Mit der Sanktionsverfügung wurde den Sanktionierten – u.a. den Beschwerdeführerinnen – untersagt, sich über Preise etc. abzusprechen, „soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt ist“ (oder eine Freistellung vorliegt). Die Parteien wurden „für das in den Erwägungen beschriebene Verhalten“ in unterschiedlicher Höhe mit Sanktionen belastet.

Die Vorinstanz hatte in der Würdigung des von ihr umfassend untersuchten, internationalen Marktes der Luftfracht die Geltung des Kartellgesetzes, des EU-Luftverkehrsabkommens und diverser Abkommen mit Einzelstaaten (darunter solche mit EU-Staaten vor Inkrafttreten des genannten Abkommens am 1. Juni 2002 resp. – im Falle der Tschechischen Republik – vor dem

Beitritt zur EU am 1. Mai 2004 als auch solche mit Nicht-EU-Staaten) zu koordinieren. Die Vorinstanz ging zusammengefasst von folgender Situation aus (vgl. Presserohstoff, S. 3 f.):

- Mit Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens am 1. Juni 2002 sei die Schweiz im Bereich des Luftverkehrs in die EU integriert. Das habe einerseits zur Folge, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Luftverkehrs zwischen der Schweiz und EU-Staaten den Behörden der EU obliege [...]. Andererseits sei die Schweiz verpflichtet, für Strecken mit Drittstaaten die Wettbewerbsregeln der EU zu übernehmen; das schweizerische Kartellrecht bleibe gleichzeitig anwendbar, dem EU-Recht komme der Vorrang zu [...];
- Abkommen mit Drittstaaten (und mit EU-Staaten vor Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens) sähen zum Teil die Möglichkeit zur Tarifkoordination vor. Im Geltungsbereich solcher Abkommen seien Preisabsprachen zulässig [...];
- Für die schweizerische Kartellbehörde blieben somit unter den untersuchten Verhaltensweisen solche relevant, die sich auf die Strecken zwischen der Schweiz auf der einen Seite und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik, Pakistan und Vietnam auf der anderen Seite auswirkten [...];
- Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 seien zwar überprüfbar, aber ohne weitere Folge, insbesondere ohne solche für das Dispositiv [...].

4.2.2 Die Feststellungen des rechtserheblichen *Sachverhaltes* sind auf einen globalen Fokus gerichtet: Bereits in den einleitenden Bemerkungen geht die Vorinstanz von globaler Geltung der untersuchten Vereinbarungen aus [...], in der Folge werden die Vereinbarungen und Kontakte teils auf einer Zeitlinie [...], teils geographisch, mit Fokus auf den Markt, von dem aus Absprachen getroffen wurden [...] dargestellt; im Falle der Treibstoffzuschläge wird die geographisch zentrierte Schilderung als Ergänzung „im Sinne eines weltweiten Kontextes“ begründet, „selbst wenn einige lokale Kontakte allenfalls durch Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und anderen Ländern abgedeckt sein sollten, ist die Darstellung für die Fragestellung des weltweiten Kontextes relevant“ [...]. Ergänzt wird die Darstellung durch einen Abschnitt über „Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier“ [...].

4.2.3 Die Subsumption im Rahmen der *rechtlichen Überlegungen* erfolgte zuerst ebenfalls mit globalem Fokus: In einem ersten Schritt gelangte die Vorinstanz zur Auffassung, es liege ein Verstoss zweier Gruppen von Unternehmen gegen Art. 8 Abs. 1 des EU-Luftverkehrsabkommens in der Form einer einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung vor (Sanktionsverfügung, Abschn. 3.3). In einem zweiten Schritt prüfte und bejahte sie das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in der Form einer Gesamtabrede ([...], und nahm sodann im Sinne einer Eventualbegründung eine Überprüfung von Einzelabreden – bezogen auf die einzelnen Formen von Tarifabsprachen – vor [...] und bejahte diese, teils für einen weltweiten [...], teils für einen „internationalen, aber nicht weltweiten“ Kontext ([...] da

nur auf gewissen Strecken relevant, soweit erkennbar aber nicht deckungsgleich mit den genannten fünf Streckenpaaren [resp.] da nur für die USA relevant [...]. Sie schloss diesen Teil mit einer Übersicht, welche Gesellschaft an welchen Abreden beteiligt gewesen sei [...].

Erst mit der Prüfung, ob die Wettbewerbsabreden zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führten, verengte sich der Fokus auf die fünf Streckenpaare (zwischen der Schweiz einerseits, den USA, Singapur, der Tschechischen Republik [bis Mai 2004], Pakistan und Vietnam andererseits), welche Grundlage für Verbot und Sanktion sind [...].

4.2.4 Es sind lediglich Verhaltensweisen mit Bezug auf diese Streckenpaare und ab dem 1. Juni 2002, welche einen Einfluss auf das Dispositiv haben. Im Sachverhalt ist indessen ein Netzwerk von Absprachen und Kontakten geschildert, ohne dass die konkreten Strecken isoliert wären und auch die rechtlichen Erwägungen gehen initial von diesem Denkansatz aus. Für die Belange der Redaktion der Sanktionsverfügung ist dies nicht zu beanstanden: Geht die Vorinstanz davon aus, die letztlich sanktionierten Abreden über eine Teilmenge des Marktes seien eingebettet in den Gesamtmarkt erfolgt, so hat sie dies auch so zu schildern und nicht vorzuschützen, man habe sich nur bezüglich einzelner Strecken abgesprochen.

4.3 Die Vorinstanz hält dafür, ihre Sachverhaltsdarstellung sei unschädlich, da die Sanktionsverfügung nicht rechtskräftig sei und damit als Klagegrundlage nicht tauglich und bezüglich der fraglichen Verbindungen (soweit sie nicht der Jurisdiktion der Europäischen Kommission unterstünden) gerade die Rechtmässigkeit festgestellt werde. Damit greift die Vorinstanz in mehrfacher Hinsicht zu kurz:

4.3.1 Die Vorinstanz bezeichnet Tarifabsprachen auf Luftfrachtbeziehungen ausserhalb der mehrfach erwähnten fünf Streckenpaare in Auslegung des Landes- und Staatsvertragsrechts als zulässig, soweit sie zuständig zu deren Beurteilung war (vorne, E. 4.2). Damit beurteilt sie die Rechtswidrigkeit resp. Rechtmässigkeit des untersuchten Verhaltens anhand des Kartellrechts und des EU-Luftverkehrsabkommens aus der Optik der schweizerischen Wettbewerbsbehörde – nicht weniger, aber auch nicht mehr.

Es ist nun aber weder klar, dass in einem allfälligen Zivilprozess einzig das für die Schweiz anwendbare Kartellrecht als Grundlage der Widerrechtlichkeit angerufen wird, noch, dass sich ein ausländisches Zivilgericht an die Beurteilung der Vorinstanz gebunden sieht. Es steht auch nicht fest, dass ein solches die anwendbaren Regelungen in dieselbe Rangfolge stellt wie die Vorinstanz, sofern es für seine Rechtsordnung Normkonflikte analog dem vorliegenden feststellt. Die Bezeichnung dieser Verhaltensweisen ausserhalb der besagten fünf Streckenpaare als rechtmässig hängt einzig von diesem Entscheid zum anwendbaren Recht ab (vorne, E. 4.2.1).

Soweit die Vorinstanz die Abreden und Verhaltensweisen deshalb nicht beurteilte, weil nicht sie selbst (sondern die Wettbewerbsbehörde der Europäischen Union) zuständig sei, traf die Vorinstanz gerade keine Feststellung, dass die geschilderten Abreden und Verhaltens-

weisen legal gewesen seien. Auch wäre der Sanktionsverfügung nicht zu entnehmen, die mit globalem resp. internationalem Fokus getroffenen Feststellungen betreffen Strecken zwischen der Schweiz und der EU nicht.

Schliesslich betrachtete die Vorinstanz nur einen Teil der nach ihrem Bekunden über 140 Luftverkehrsabkommen, welche die Schweiz geschlossen hat, (nämlich deren 33) als für dieses Verfahren relevant (Sanktionsverfügung, Ziff. 934 und Anhang 1). Es kann nicht ernsthaft ausgeschlossen werden, dass die als global geschilderten Verhaltensweisen auch zwischen zwei ausländischen Nationen eine Rolle spielen oder zwischen der Schweiz und einer Nation, die Vertragspartei eines der übrigen über 100 Abkommen ist und deren Behörden die Verkehrsbeziehung, anders als die Vorinstanz, sehr wohl als relevant einstufen.

4.3.2 Die Vorinstanz hat sich im Sinne des Anliegens, die Selbstanzeige als Institut zu schützen, entschieden, ausschliesslich die Namen der Selbstanzeigerinnen (und Angaben, welche diese in einem Kollektiv einschliessen) zu anonymisieren. Die Beschwerdeführerinnen profitieren nicht von dieser Massnahme.

4.3.2.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen in diesem Zusammenhang, sie würden gegenüber denjenigen Parteien, welche eine Selbstanzeige erstattet hätten, rechtungleich behandelt. Selbstanzeigerinnen würden – neben einer Reduktion ihrer Sanktion – mit der Anonymisierung doppelt belohnt (Beschwerde, Ziff. 115 ff.).

Der Rechtsgleichheitsgrundsatz des Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (statt Vieler BGE 140 I 201 E. 6.5.1; 135 V 361 E. 5.4.1).

Die unterschiedliche Behandlung von Parteien, abhängig davon, ob sie eine Selbstanzeige erstattet haben oder nicht, beruht auf dem Anliegen, die Selbstanzeige respektive die Bonusregelung als Institut durch gewisse Anreize zu schützen und zu fördern (E. 2.8). Da es sich bei potentiellen Selbstanzeigern um Akteure des Wirtschaftslebens handelt, steht das Motiv der Berechenbarkeit der Folgen einer Untersuchung im Vordergrund – hinsichtlich der Sanktionierung aber auch in Bezug auf das Risiko möglicher Schadenersatzprozesse. Mit Blick hierauf hat eine Unternehmung nur dann ein Interesse, freiwillig und vorab Informationen preiszugeben, wenn das daraus erwachsende Risiko zumindest nicht höher ist, als es aufgrund von Informationen wäre, welche in einem Untersuchungsverfahren ohne Selbstanzeige zutage träten.

Den Selbstanzeigerinnen ein höheres Mass an Diskretion zu gewähren, beruht somit auf einer vernünftig begründbaren Unterscheidung. Inwieweit die konkrete Anonymisierung effektiv ist, ist hier nicht zu beurteilen.

4.3.2.2 Der Verzicht auf eine vollständige Anonymisierung führt nun aber dazu, dass die Beschwerdeführerinnen in aller Regel dem beurteilten Sachverhalt zugeordnet werden können. Zumal die Parteien mit der Mitteilung zur Verfahrenseröffnung (BBl 2006 2707 [Bundesblatt vom 7. März 2006]) namentlich bekannt sind und die sanktionierten Sachverhalte auch nicht den Status als Geschäftsgeheimnis geniessen (vgl. vorne, E. 2.6), wäre dies auch bei vollständiger Anonymisierung in gewissem Umfang hinzunehmen (vgl. vorne, E. 2.3.4).

Problematisch ist vorliegend, dass die Sachverhaltschilderung und weite Strecken der rechtlichen Würdigung die Zuordnung der Parteien (und damit der Beschwerdeführerinnen) zu einem ganzen Sachverhaltskomplex mit sich bringt, der (obwohl für einen Teil der Rechtsgrundlagen als widerrechtlich erklärt) nicht Grundlage für eine Sanktion war. Aus der Optik der Entscheidredaktion ist das, wie gesagt (E 4.2.4), nicht zu beanstanden.

4.3.3 Die Beschwerdeführerinnen können so mit Abreden in Verbindung gebracht werden, die nach der Auffassung der Vorinstanz in teils globalem, teils internationalem Kontext abgeschlossen worden und zumindest nach dem EU-Luftverkehrsabkommen und dem Kartellgesetz als illegal einzustufen seien. Sie sind damit in allen in Frage stehenden Konstellationen in ihrem Interesse am Schutz ihrer Persönlichkeit betroffen:

- Soweit die Sach- und Rechtslage geprüft wurde und das Vorgehen als legal eingestuft wurde, besteht nach wie vor die Feststellung, dass ein Verstoss gegen EU-Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz vorliegt (was nur – aber immerhin – wegen des so unterschiedenen Normenkonfliktes mit widersprechenden Staatsverträgen doch zugunsten der Beschwerdeführerinnen entschieden wurde);
- Soweit die Sach- und Rechtslage mangels Zuständigkeit nicht geprüft wurde, besteht eine Schilderung und rechtliche Würdigung mit globalem Kontext, die für den bedeutsamen Markt Schweiz-EU einen Verstoss gegen EU-Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz insinuiert;
- Soweit die Sach- und Rechtslage geprüft und das Vorgehen als illegal eingestuft wurde, können die Beschwerdeführerinnen zwar nicht den Schutz der Informationen als Geschäftsgeheimnis für sich beanspruchen. Indessen bringt die Natur der hier beurteilten Sache mit sich, dass Schilderungen bezüglich dieser Strecken in der Sachverhaltsschilderung nicht isoliert vorkommen, vorkommen können und auch nicht als isoliert zu fingieren sind.

4.3.4 Die Beschwerdeführerinnen sehen sich mit einer Schilderung von als global gesehen widerrechtlich bezeichnetem Verhalten konfrontiert, werden aber nur für eine geringe Teilmenge des geschilderten Verhaltens sanktioniert. Ihre Persönlichkeitsrechte sind somit weitgehend durch eine Darstellung betroffen, welche mit dem Dispositiv nicht korrespondiert. Die Feststellungen zu den Abreden, welche sanktioniert wurden, sind mit den darüber hinausgehenden untrennbar verknüpft; d.h. die Schilderung des sanktionsrelevanten Sachverhalts

bringt diejenige des überschüssenden Teiles mit sich (vorne, E. 4.2.4).

4.4 Die Vorinstanz äussert sich in ihren Stellungnahmen zu den nicht sanktionierten Strecken nur insoweit, als sie kein Schädigungspotenzial in einer Schilderung zu erkennen vermag, welche die Absprachen auf den meisten aussereuropäischen Verkehrsverbindungen als rechtens bezeichnet; die ausführliche Schilderung auch nicht sanktionierter Strecken sei für das Verständnis des Hintergrundes notwendig (Stellungnahme, Ziff. 21, 26; Duplik, Ziff. 9). Zu den Strecken, welche sie nicht beurteilt, weil sie die Europäische Kommission dafür als zuständig erachtet, äussert sie sich in diesem Verfahren nicht gesondert. Hierzu ist zu bemerken, dass die Frage, welche Strecken ihrer Beurteilung entzogen sind, zu den wesentlichen Fragen des Entscheides gehört: Kommt sie zum Schluss, dass Verkehrsbeziehungen zwischen der Schweiz und der EU nicht in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, so hat sie sich selbstredend dazu zu äussern.

Diese Festlegung erfordert jedoch weder eine Feststellung des Sachverhaltes noch eine Darstellung, die darauf schliessen lässt, das nicht beurteilte Verhalten werde als rechtswidrig erachtet. Auf eine solche Auffassung lässt in der gegebenen Fassung der Publikationsversion die Sanktionsverfügung jedoch schliessen (E. 4.3.3, 2. Spiegelstrich). Dabei könnte die Vorinstanz nach ihrer eigenen Auffassung hierzu eine Sanktionierung gar nicht aussprechen – und entzieht sich diese Darstellung damit gerichtlicher Kontrolle (vgl. Urteil des EuG vom 12. Oktober 2007 T-474/04 Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rz. 76 ff.). Eine rechtskräftige Sanktionierung durch die Europäische Kommission ist bis dato nicht erfolgt (vorne, Bst. D).

Eine Information der Öffentlichkeit in dieser Form lässt für den Bereich der Verkehrsbeziehungen mit Staaten der Europäischen Union die gebotene Zurückhaltung vermissen (vgl. vorne, E. 2.3.2 und E. 2.3.6).

4.5 Wie erheblich die Risiken von Zivilprozessen aufgrund der Sanktionsverfügung wären, ist hier nicht abschliessend zu beurteilen. Die Annahme der Vorinstanz jedenfalls, ihre Verfügung taue vor Eintritt der Rechtskraft nicht als Grundlage eines Zivilprozesses (Vernehmlassung, Ziff. 12), verkennt die internationale Tragweite des Sachverhalts, auf die sich die Beschwerdeführerinnen beziehen. Anders als in der von der Vorinstanz zitierten Rechtsprechung (Zwischenverfügung B-6180/2013 E. 4.2) kann von einem ausländischen Gericht nicht zwingend erwartet werden, es warte den rechtskräftigen, materiellen Entscheid bezüglich der Sanktionsverfügung als vorab zu entscheidende Vorfrage ab. Zudem bestehen Risiken in Zivilprozessen nicht nur darin, dass mit einer rechtskräftigen Verfügung eine rechtswidrige Verhaltensweise rechtskräftig festgestellt wäre – denn zum einen geht es gar nicht (nur) um rechtskräftfähige Sachverhalte, sondern um Passagen, die über die erforderliche Würdigung des sanktionsrelevanten Sachverhalts hinausgehen, zum andern kann eine zuordenbare Sachverhaltsschilderung Grundlage für zivilprozessuale Instrumente bieten, die dem schweizerischen Zivilprozess fremd sind (pretrial discovery u.dgl.). Für einen potentiellen Kläger liegt nahe, dass

allfällige Belege jedenfalls bei einer Partei, der bestimmte Sachverhalte zugeordnet werden können, auffindbar sein dürften. Dieses Risiko hätten die Beschwerdeführerinnen für jene Geschäftsbereiche, welche sanktioniert wurden, zu gewärtigen; für die überschüssenden Feststellungen ist diese Belastung erheblich und in ihrem Interesse zu gewichten.

5.

5.1 In ihrer Summe halten die mit der Publikation verbundenen Beeinträchtigungen dem Gebot der Verhältnismässigkeit (vorne, E. 2.5) nicht stand. Die Eignung der Publikation zur Zweckerreichung steht zwar ausser Frage (vorne, E. 3). Die entgegenstehenden Interessen (E. 4) – die Beeinträchtigungen ihrer Persönlichkeit, welche die Beschwerdeführerinnen bei einer Publikation in dieser Form hinzunehmen hätten – stehen aber in keinem vernünftigen Verhältnis zur Zweckerreichung und es handelt sich auch nicht um die mildest mögliche – im Sinne der am geringsten in die Interessen der Partei eingreifende – Massnahme.

Mit der Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit liegt ein Ermessensmissbrauch und damit eine Rechtsverletzung vor (vorstehend, E. 2.4 f.).

5.2 In der angefochtenen Form kann die Verfügung vom 2. Dezember 2013 nicht publiziert werden. Die Publikationsversion ist so zu modifizieren, dass sich die Beschwerdeführerinnen nicht mit einer Darstellung konfrontiert sehen, welche sie bezüglich anderer Strecken als den fünf sanktionierten Streckenpaaren in zuordenbarer Weise mit kartellrechtlich verpönten Verhaltensweisen in Bezug bringt. Neben den eigentlichen Geschäftsgeheimnissen im engeren Sinne (vorne, E. 2.6 und E. 2.7 Abs. 2) besteht somit ein weiterer Schwärzungstatbestand bezüglich Sachverhaltsfeststellungen und rechtlicher Festlegungen, welche zum Entscheiddispositiv nicht beitragen – eigentlicher obiter dicta also.

5.3 Als besondere Schwierigkeit erscheint, dass diese Strecken in der Sachverhaltsschilderung nicht gesondert erfasst sind, d.h. die Sachverhaltsdarstellung bezüglich dieser Verhaltensweisen ist mit dem als global geschilderten Sachverhalt untrennbar verknüpft. Daran dürfte eine weitergehende Anonymisierung wenig ändern. Zudem ist bereits beim teilweise anonymisierten Sachverhalt die Verständlichkeit prekär. Mit einer weitergehenden Anonymisierung dürfte der Text zu grossen Teilen unverständlich werden und die Publikation entsprechender Passagen keinem der anvisierten Ziele mehr gerecht werden.

Es sind somit bezüglich der integralen Publikation Abstriche zu machen, um die berechtigten Interessen der Beschwerdeführerinnen zu berücksichtigen. In Frage kommen neben der zu verwerfenden alleinigen weitergehenden Anonymisierung die Erstellung einer Zusammenfassung, eine Kürzung oder Kombinationsformen (vorne, E. 2.3.4 und 2.3.5).

Mit Blick auf das gewichtige Interesse der Öffentlichkeit, allgemeine und verallgemeinerungsfähige Abschnitte der Begründung im Originalwortlaut zur Kenntnis nehmen zu können, aber auch auf das Anliegen der Verständlichkeit, ist die Publikation in einer *Kombinationsform* ins Auge zu fassen

5.4 Es ist folglich eine Version zu erstellen, in der die integral zu publizierenden Passagen der Sanktionsverfügung (E. 5.3) im Originalwortlaut zu publizieren sind. Passagen, deren Veröffentlichung die Beschwerdeführerinnen nicht dulden müssen (E. 5.2), sind für eine zu erstellende Publikationsversion zu kürzen, zu paraphrasieren oder wegzulassen (soweit für das Verständnis des Entscheides nicht von Belang). Sicherzustellen ist die Verständlichkeit der zu erstellenden Publikationsversion für den Leser.

Zu modifizieren ist somit namentlich der Sachverhalt, soweit nicht allgemeine rechtliche Erwägungen zur Sachverhaltsfeststellung (Abschn. A.4.1) und (unter der Voraussetzung der Anonymisierung) neutrale Hintergrundinformationen, insbesondere die Beschreibung der Eigenarten des Luftfrachtmarktes (Abschn. A.4.2), geschildert werden. Unter den rechtlichen Erwägungen sind die Abschnitte, welche sich zu den anwendbaren Bestimmungen äussern (Abschn. B.1 und B.2) weitgehend unproblematisch. In den folgenden Abschnitten über die Subsumption der Sachverhalte unter die anwendbaren Normen (Abschn. B.3), die Sanktionsbemessung (Abschn. B.4) und die Kosten (Abschn. C.1) erscheinen Passagen mit allgemeiner Sichtweise als unproblematisch, soweit sichergestellt ist, dass die Beschwerdeführerinnen nicht im vorstehend umschriebenen Sinne mit globalen, jedenfalls die fünf sanktionierenden Strecken überschüssenden, Absprachen direkt in Bezug gesetzt werden können (namentlich und ohne Anspruch auf Vollständigkeit: [...]).

6.

Im Regelfall soll das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst entscheiden und nur ausnahmsweise die Angelegenheit (mit verbindlichen Weisungen) an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

Die angefochtene Publikationsverfügung ist nach dem Gesagten (soeben, E. 5) aufzuheben. Die Publikationsverfügung wie auch eine Publikationsversion sind neu zu erstellen. Dabei sind in Ausübung pflichtgemässen Ermessens weitgehende Anonymisierungen, Paraphrasierungen, allenfalls auch Kürzungen oder Weglassungen vorzunehmen. Die Vorinstanz, welche die Untersuchung führte und aus deren Feder die Sanktionsverfügung wie auch die darauf aufbauende Publikationsversion stammen, ist die sachkundigere Behörde, diese Modifikationen des Textes so vorzunehmen, dass dessen Verständlichkeit gewahrt bleibt. Auch angesichts dessen, dass nach ihrem Bekunden vorliegend eigentliche Grundsatzfragen zu klären sind, ist einerseits der Vorinstanz die entsprechende Umsetzung zu ermöglichen, den Beschwerdeführerinnen andererseits die Möglichkeit offenzuhalten, einen solchen Entscheid wiederum vor einem Gericht mit voller Kognition anzufechten (vgl. WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 61 VwVG; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., N. 1647, 1650; CAMPRUBI, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, N. 11 f. zu Art. 61 VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER a.a.O., N. 3.193 ff., insb. 3.195).

7.

Die Angelegenheit ist nach alledem an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat eine neue Publikationsversion zu erstellen, die den einander entgegenstehenden Interessen (vorstehend, E. 3, 4 und 5.4) gerecht wird und gegebenenfalls i.S.v. Art. 25a VwVG über eine neue Fassung der Publikationsverfügung mit Publikationsversion zu entscheiden.

8.

8.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In der Verwaltungsrechtspflege des Bundes gilt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxismässig als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (Urteil des BVer A-3763/2011 vom 3. Juli 2012 E. 14.1, m.w.H.). Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

8.2 Die Beschwerdeführerinnen unterliegen mit ihrem Haupt- und ersten Eventualbegehren – dem Untersagen einer Publikation der Sanktionsverfügung im Grundsatz, jedenfalls aber vor rechtskräftigem Entscheid in der Hauptsache – obsiegen im vorstehend geschilderten Sinne aber mit dem Eventualantrag auf Modifikation der Publikationsverfügung und Rückweisung. Teilweises Unterliegen bringt eine Reduktion der den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegenden Verfahrenskosten mit sich. Grundsätzlich ist dabei auf das Verhältnis von Obsiegen zu Unterliegen abzustellen (MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 14 zu Art. 63 VwVG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., N 1673; BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, N. 11, 13. zu Art. 63 VwVG).

Das Verhältnis von Unterliegen und Obsiegen ist vorliegend nicht quantifizierbar, weshalb im Sinne eines pragmatischen Schematismus⁴ von je hälftigem Obsiegen und Unterliegen ausgegangen wird. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.– (Art. 3 lit. b des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, SR 173.320.2, VGKE) und den Beschwerdeführerinnen folglich im Umfang von 50 %, also Fr. 750.–, auferlegt. Sie tragen diesen Betrag solidarisch und zu gleichen Teilen (Art. 6a VGKE). Der Betrag wird dem von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Vorschuss von Fr. 3'500.– entnommen. Die restanzlichen Fr. 2'750.– des Vorschusses sind ihnen nach Eintritt der Rechtskraft zurückzuerstatten.

8.3 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendi-

gen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Die Berücksichtigung des Ausmasses von Obsiegen und Unterliegen verhält sich analog zur Bemessung der Gerichtsgebühr (MAILLARD, a.a.O. N 17 zu Art. 64 VwVG).

8.4 Die Beschwerdeführerinnen sind anwaltlich vertreten und obsiegen hälftig. Ihnen ist daher eine reduzierte Parteientschädigung für die ihnen entstandenen notwendigen Kosten zuzusprechen. Da der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'500.– (inkl. Auslagen; Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b VGKE) erscheint als angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Verfügung vom 8. September 2014 betreffend die Publikation der Verfügung vom 2. Dezember 2013 in der Untersuchung 81.21-0014, Abreden im Bereich Luftfracht, wird aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten, bestehend in der Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.–, werden im Umfang von Fr. 750.– den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt. Dieser Betrag wird dem von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'750.– wird ihnen zurückerstattet.

3.

Den Beschwerdeführerinnen wird eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– zu Lasten der Wettbewerbskommission zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen
- die Vorinstanz

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3

3. Urteil vom 14. November 2017 X AG gegen Wettbewerbskommission wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede

Urteil B-552/2015 vom 14. November 2017, X. AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin gegen Wettbewerbskommission WEKO, in Bern – Gegenstand: Unzulässige Wettbewerbsabrede.

Sachverhalt:

A.

Die Beschwerdeführerin ist eine im Handel mit Eisenwaren, Werkzeugen und Maschinen tätige juristische Person mit Sitz in Uetendorf im Kanton Bern. Das Unternehmen vertreibt unter anderem Türbeschläge (Schlosser, Drücker, Scharniere) verschiedener Hersteller an Grossabnehmer und Endkunden in der Schweiz.

B.

B.a Am 8. Dezember 2008 informierte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Beschwerdeführerin über die Eröffnung einer Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin und weitere im Handel mit Türbeschlägen tätige Unternehmen sowie gegen eine Herstellerin von Türbeschlägen wegen Verdachts auf unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG (SR 251); begründet wurde die Verfahrenseröffnung mit Hinweisen auf Preisabsprachen für Türbeschläge (Verfahren Nr. 22-0376, act. 22 [= U-act. 22]).

B.b Der Eröffnung war die Selbstanzeige eines involvierten Händlers vorausgegangen, gegen welchen die Vorinstanz eine ähnlich gelagerte Untersuchung wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Handel mit Fensterbeschlägen geführt hatte (Verfahren Nr. 22-0358, Sanktionsverfügung vom 18. Oktober 2010, RPW 2010/4, S. 717 ff.; BVGer, Urteile vom 23. September 2014: B-8399/2010 i.S. *Siegenia-Aubi*, B-8404/2010 i.S. *SFS unimarket*, B-8430/2010 i.S. *Paul Koch*; BGer, Urteile vom 19. Oktober 2017: 2C_1016/2014 i.S. *Siegenia-Aubi*; 2C_1017/2014 i.S. *Paul Koch*). Die im Rahmen der damaligen Untersuchung bei Hausdurchsuchungen beschlagnahmten Beweismittel wurden mit Einverständnis der beteiligten Unternehmen im vorliegenden Verfahren zu den Akten genommen (U-act. 17, 26, 31, 34). Ferner wurde eine Reihe von Türverarbeitern in der Schweiz befragt (U-act. 77, 87 ff.). Die von der neu eröffneten Untersuchung betroffenen Unternehmen nahmen mündlich und schriftlich zum Sachverhalt Stellung und reichten verschiedene Unterlagen ein (vgl. U-act. 25, 36, 40, 41, 62, 155 ff., 160 ff., 179, 181 f., 191, 193 ff., 197, 202). Überdies ging eine weitere Selbstanzeige sowie eine Kooperationszusage zweier beteiligter Unternehmen ein (U-act. 16, 40, 62; U-act. 26, 36, 41). Der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, A., wurde im Rahmen von Art. 40 KG am 14. August 2012 vorinstanzlich einvernommen (U-act. 194); eine weitere Anhörung vor der Vorinstanz fand am 17. November 2014 statt (U-act. 349).

In der Folge kündigte das Sekretariat der Wettbewerbskommission der am Verfahren beteiligten Herstellerin

von Türbeschlägen die Entlassung aus der Untersuchung an und vereinbarte mit den beteiligten Händlern eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG, worin die Händler sich zu wettbewerbskonformem Verhalten für die Zukunft verpflichteten und eine Sanktion wegen unzulässiger Preisabsprachen akzeptierten (U-act. 262, 266, 270, 272, 274). Mit der Beschwerdeführerin kam keine einvernehmliche Regelung zustande (U-act. 271).

B.c Am 17. November 2014 erliess die Vorinstanz im Verfahren Nr. 22-0376 folgende Verfügung:

- „1. Die X. AG wird verpflichtet, für sämtliche Geschäftsbereiche und alle Produkte, welche sie produziert und/oder Dritten anbietet und/oder von Dritten bezieht,
 - 1.1 mit ihren Wettbewerbern keine Informationen über den Umfang und den Zeitpunkt von künftigen Preisänderungen, insbesondere Preiserhöhungen, auszutauschen. Ausgenommen ist der Austausch bei Lieferanten-[/]Kundenbeziehungen zwischen den Wettbewerbern.
 - 1.2 keine Verkaufspreise an Abnehmer mit Wettbewerbern direkt oder indirekt festzusetzen, insbesondere keine Mindestverkaufspreise oder Mindestmargen zu vereinbaren.
 - 1.3 ihre Mitbewerber nicht zu kontaktieren, um diesen mitzuteilen, dass deren Offerten oder deren Preise an Abnehmer zu tief seien.
2. [einvernehmliche Regelung mit übrigen Händlern]
3. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:
 - 3.1 [Händler] mit einem Betrag von CHF 5'000.-
 - 3.2 [Händler] mit einem Betrag von CHF 25'000.-
 - 3.3 X. AG mit einem Betrag von CHF 5'500.-
 - 3.4 [Händler] mit einem Betrag von CHF 100'000.-
 - 3.5 [Händler] mit einem Betrag von CHF 50'000.-
 - 3.6 [Händler] mit einem Betrag von CHF 0.-
4. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
5. [...]
6. Die Verfahrenskosten betragen CHF 324'308.10. Die auf [Herstellerin] entfallenden Verfahrenskosten von CHF 46'329.70 werden zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Die verbleibenden Verfahrenskosten von CHF 277'978.40 werden den in Dispositiv Ziffer 3 genannten Unternehmen zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 46'329.70 und unter solidarischer Haftung auferlegt.
7. [Eröffnung]“

Die Vorinstanz sah es als erwiesen an, dass die wichtigsten Händler von Türbeschlägen in der Schweiz im Rahmen jährlich stattfindender Treffen zwischen 2002 und 2007 Mindestmargen für den Vertrieb von Türbe-

schlagen der Marke GLUTZ an Grossabnehmer vereinbart hätten; das Verhalten der Beschwerdeführerin, welche unbestrittenermassen an einem Treffen im Jahr 2007 teilgenommen habe, sei als Beteiligung an einer unzulässigen Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren (Rz. 194 ff., 280 ff., 367 ff.).

C.

C.a Gegen diese Verfügung der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 23. Januar 2015 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben mit den folgenden Rechtsbegehren:

- „1. Die Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 17. November 2014 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Ziff. 3.3 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 17. November 2014 sei vollumfänglich aufzuheben.
3. Die Ziff. 6 der Verfügung der Vorinstanz vom 17. November 2014 sei in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben und der Beschwerdeführerin seien keine Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen.
4. Eventualiter, für den Fall[,] dass der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten auferlegt werden, seien diese den Parteien im vorinstanzlichen Verfahren anteilmässig nach dem tatsächlichen Mass des Verursachens aufzuerlegen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung von Verfahrensrechten (Beschwerde, Rz. 24 ff., 42 ff., 50 ff.) und behauptet in der Sache, lediglich an einem einzigen Treffen der Konkurrenz teilgenommen und in der Folge ihre Preise nicht angepasst zu haben; es könne ihr daher weder die Beteiligung an einer Vereinbarung noch an einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zum Vorwurf gemacht werden (Rz. 58 ff., 124 ff.). Im Übrigen fehle es in Bezug auf die angebliche Abrede am Nachweis erheblicher tatsächlicher Auswirkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (Rz. 142 ff.). Soweit der Beschwerdeführerin schliesslich Kosten auferlegt würden, seien diese nicht zu gleichen Teilen, sondern nach Massgabe des individuellen Verursachens zu verlegen (Rz. 191 ff.).

C.b Mit Vernehmlassung vom 10. April 2015 bestritt die Vorinstanz die geltend gemachten Verfahrensmängel und hielt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht an den Erwägungen in der angefochtenen Verfügung fest.

C.c Mit Replik vom 23. Juni 2015 machte die Beschwerdeführerin geltend, den vorinstanzlichen Feststellungen bezüglich Preis- und Margenentwicklung lägen ungenügend definierte Vergleichsgrössen zugrunde (Replik, Rz. 7 ff.). Sodann seien die fraglichen Produkte im Vergleichszeitraum zu wenig oft in relevanter Menge abgesetzt worden, um signifikante Aussagen zur Preis- und Margenentwicklung zuzulassen (Rz. 10 ff., 21 ff.). Eigenen Berechnungen zufolge (Beilagen 5 - 9) sei im Geschäftsjahr 2007 stets ein Gewinn unterhalb der angeblich vereinbarten prozentualen Mindestmarge von 8 % erzielt worden (Rz. 19 ff.).

Die Vorinstanz wendete mit Duplik vom 10. August 2015 ein, den jüngsten Berechnungen der Beschwerdeführerin lägen falsche Faktura-Daten zugrunde, zudem beruhen die Auswertungsergebnisse auf einem methodischen Fehler (Duplik, Rz. 16 ff., 31 ff.). Die tatsächlich erzielten prozentualen Margen der Beschwerdeführerin hätten im Zeitraum nach dem strittigen Treffen im Geschäftsjahr 2007 teilweise über der vereinbarten Mindestmarge von 8 % gelegen (Rz. 13, 40).

C.d Mit Eingabe vom 5. April 2016 korrigierte die Beschwerdeführerin ihre eigene Margenberechnung (Beilagen 10, 11). Sie machte geltend, bei zwei von insgesamt neun Grossverkäufen in der zweiten Jahreshälfte 2007 habe die prozentuale Marge unter dem angeblich vereinbarten Wert von 8 % gelegen; in sechs weiteren Fällen sei der Referenzwert zwar überschritten worden, doch liege die prozentuale Marge in diesen Fällen im Bereich früherer Verkäufe derselben Produkte (S. 2 f.). Im Übrigen sei die Margenentwicklung in der zweiten Jahreshälfte 2007 nicht die Folge einer Verhaltenskoordination, sondern der Anzahl erzielter Grossmengenverkäufe, welche die Gesamtmenge aufgrund des dabei gewährten Mengenrabatts statistisch beeinflussten (S. 3).

Die Vorinstanz wendete mit Stellungnahme vom 2. Mai 2016 ein, die Margenberechnung der Beschwerdeführerin sei in Bezug auf die verwendeten Daten weiterhin fehlerbehaftet (Rz. 12, 13 ff., 29, 32). Bei den Verkäufen mit Margen von über 8 %, welche die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis auf frühere Verkäufe mit gleich hoher Marge zu entkräften versuche, würden Grossmengen- mit Kleinmengenverkäufen verglichen (Rz. 19 ff.). In Bezug auf Grossmengenverkäufe ergebe sich auch aus den jüngsten Angaben der Beschwerdeführerin ein prozentualer Margenanstieg (Rz. 33).

C.e Am 14. Juli 2016 reichte die Beschwerdeführerin im Hinblick auf das Bundesgerichtsurteil vom 28. Juni 2016 in Sachen *Elmex* (BGE 143 II 297) eine zusätzliche Vernehmlassung ein.

D.

Auf weitere Vorbringen der Parteien wird im Rahmen nachstehender Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 17. November 2014 und damit gegen ein Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 5 VwVG. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Beschwerdefrist von 30 Tagen wurde bei Zustellung der angefochtenen Verfügung am 9. Dezember 2014 (vgl. U-act. 358; Beschwerdebeilage 2) unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 18. Dezember 2014 bis und

mit 2. Januar 2015 (Art. 22a Abs. 1 Bst. a VwVG) mit Postaufgabe der vorliegenden Beschwerde am 23. Januar 2015 gewahrt (Art. 50 i.V.m. Art. 20 ff. VwVG). Der Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 5'000.- wurde rechtzeitig geleistet. Auf die Beschwerde ist damit grundsätzlich einzutreten.

2.

Die Vorinstanz gelangte in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, die wichtigsten Händler von Türbeschlägen in der Schweiz hätten im Rahmen jährlich stattfindender Treffen zwischen 2002 und 2007 Mindestmargen für den Grosshandel mit Türbeschlägen der Marke GLUTZ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vereinbart (angefochtene Verfügung, Rz. 56 ff., 89 ff., 103 ff., 160 ff., 202 ff.). Verabredet worden sei ein Mindestaufschlag bzw. Mindestfaktor (Multiplikator) auf den Einstandspreisen zur Kalkulation der Bruttoverkaufspreise vor Rabattgewährung (Rz. 85 ff., 103 ff.). Dabei handle es sich um eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, welche wirksamen Wettbewerb zwar nicht beseitige, aber im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtige (Rz. 367 ff.). Durch Teilnahme am Kartelltreffen vom 12. Juni 2007 habe sich die Beschwerdeführerin an der Abrede beteiligt (Rz. 194 ff.). In der Folge belegte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit einer Sanktion gemäss Art. 49a KG im Betrag von Fr. 5'500.- (Dispositivziffer 3.3) und auferlegte der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG Pflichten für das künftige Verhalten (Dispositivziffer 1). Die Beschwerdeführerin bestreitet ihre Beteiligung an der Abrede und hat Sanktion sowie Massnahme angefochten.

Die Verkäufe der Herstellerin an die verfahrensbeteiligten Händler betrugen im Jahr 2007 gemäss Feststellung der Vorinstanz insgesamt rund Fr. 23.5 Mio. (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 71 ff., 74). Das Grosshandelsvolumen auf nachgelagerter Stufe umfasst einen Bruchteil davon; gemäss Angaben der Beschwerdeführerin betrug der Gesamterlös der Beschwerdeführerin aus dem Grosshandel mit den betreffenden Produkten in der zweiten Jahreshälfte 2007 insgesamt Fr. 7'642.40, der dabei erzielte Gewinn beläuft sich auf insgesamt Fr. 743.05 (vgl. Beilage 10 zur Eingabe vom 5. April 2016). Die Beschwerdeführerin bestreitet die Beteiligung an einer Abrede sowie deren Erheblichkeit.

3.

Die Beschwerdeführerin erhebt zunächst eine Reihe prozessualer Rügen und macht geltend, die Vorinstanz habe die Beweisführungs- und Begründungspflicht, das Fairnessgebot sowie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt (Beschwerde, Rz. 20 ff.).

3.1 Das Kartellsanktionsverfahren nach Art. 49a KG ist ein Verwaltungsverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2, m.w.H.; 2C_106/2014, 19. Oktober 2017, *Fensterbeschläge*, E. 2.2, m.w.H.). Es gelten nebst den allgemeinen Verfahrensgarantien die strafprozessualen Vorgaben gemäss Bundesverfassung und Europäischer Menschenrechtskonvention (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2). Allerdings gelangen die strafprozessualen Garantien ausserhalb des Kernstrafrechts nicht in voller Schärfe zur

Anwendung (EGMR, Nr. 73053/01, 23. November 2006, *Jussila*, Rz. 43). Zudem sind allfällige Einschränkungen zu beachten, soweit sich solche aus der körperschaftlichen Rechtsnatur juristischer Personen ergeben (BGE 140 II 384, *Spielbank*, E. 3.3.4; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, Rz. 294 ff.). Schliesslich gelten strafprozessuale Garantien nicht absolut; vielmehr sind sämtliche involvierten Interessen einzelfallbezogen gegeneinander abzuwägen (BGE 140 II 384, *Spielbank*, E. 3.3.5, m.w.H.).

Art. 29 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 und 3 BV garantieren im Gerichtsverfahren sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Strafverfahren den Anspruch auf einen unabhängigen gesetzlichen Richter sowie auf gleiche und gerechte Behandlung. Es gilt das Öffentlichkeitsprinzip (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 30 Abs. 3 BV) sowie das Beschleunigungsgebot (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 1 und 32 Abs. 2 BV). Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), wozu auch der Anspruch auf Begründung des Entscheids sowie auf Auseinandersetzung mit den rechtserheblichen Parteivorbringen gehört (BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar zur BV, 2015, Art. 29 BV, N. 45, 57, m.w.H.; vgl. auch Art. 32 und 35 VwVG). Im Strafverfahren gelten überdies spezifische Informations- und Verteidigungsrechte (Art. 6 Ziff. 3 EMRK, Art. 32 Abs. 2 BV) sowie die Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV).

3.2 Im Übrigen gilt im verwaltungsrechtlichen Verfahren grundsätzlich die Untersuchungsmaxime, wonach die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Art. 12 VwVG). Bei belastenden Verfügungen ist die Verwaltung beweibelastet (BGE 130 II 482, E. 3.2; AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2008, Art. 12 VwVG, N. 16). Der Grundsatz „in dubio pro reo“ greift mithin erst, wenn alle aus Sicht des urteilenden Gerichts notwendigen Beweise erhoben worden sind; ist der Sachverhalt nach Auffassung des Gerichts nicht ausreichend abgeklärt, sind entweder die fehlenden rechtserheblichen Tatsachen im Rechtsmittelverfahren zu erheben oder die Sache ist zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen (BGer, 2C_106/2014, 19. Oktober 2017, *Fensterbeschläge*, E. 2.2, m.w.H.). Dies gilt gemäss Bundesgericht grundsätzlich auch im Strafprozess (BGE 140 IV 196, E. 4.4.1, m.w.H.; 6B_690/2015, 25. November 2015, E. 3.4, m.w.H.).

In beweisrechtlicher Hinsicht zu beachten ist, dass sich im Wettbewerbsrecht aufgrund der Komplexität ökonomischer Sachverhalte, der Interdependenz des Verhaltens von Marktbeteiligten, der in der Regel nur beschränkt vorhandenen bzw. nur schwer zu beschaffenden Marktdaten sowie der faktischen Unmöglichkeit empirischer Aussagen zu künftigen oder hypothetischen Entwicklungen besondere Herausforderungen stellen; da wirksamer Wettbewerb von seinem Wesen her dynamisch angelegt ist, sind Aussagen zu künftigen oder alternativen Marktentwicklungen in der Regel unumgänglich, während eine Vielzahl von Annahmen, wie beispielsweise zur Substituierbarkeit von Gütern oder zur Preiselastizität der Nachfrage, zwangsläufig auf Hypothesen beruhen. Das Bundesgericht hat daher festgehalten, dass die Beweisanforderungen in Kartellverfahren mit Blick auf die Zielsetzung der Kartellgesetzgebung nicht überspannt werden dürfen (BGE 139 I 72,

Publigroupe, E. 8.3.2). Dem folgt die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, wonach im Kartellsanktionsverfahren ein strikter Beweis entfällt, wo ein solcher objektiv nicht möglich ist, hingegen der ordentliche Beweis zu erbringen ist, soweit für den Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine der genannten Beweisschwierigkeiten bestehen (vgl. B-581/2012, 16. September 2016, *Nikon*, E. 5.5.2, m.w.H.). Festzuhalten ist, dass auch im Strafprozess beispielsweise ein Schuldspruch zulässig ist, wenn Aussage gegen Aussage steht (vgl. WOLFGANG WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 10 StPO, N. 27).

3.3 Konkret wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz unter anderem vor, sie habe das Verhalten der Beschwerdeführerin in widersprüchlicher Weise einerseits als Teilnahme an einer Vereinbarung, andererseits als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert, wodurch es der Beschwerdeführerin verunmöglicht werde, die vorinstanzliche Verfügung sachgerecht anzufechten (Beschwerde, Rz. 27 ff.). Zutreffend ist, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung das Verhalten der Beschwerdeführerin grundsätzlich als Teilnahme an einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beurteilt (angefochtene Verfügung, Rz. 284 ff., 291 ff., 301), abweichend davon aber an mehreren Stellen von einer abgestimmten Verhaltensweise spricht (Rz. 372, 394, 415, 479). Insofern in der Verfügungsbegründung zugleich explizit darauf hingewiesen wird, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Verfügungsantrag vom 24. Juli 2014 ursprünglich von einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ausgegangen war (angefochtene Verfügung, Rz. 291; U-act. 297, Verfügungsantrag, Rz. 271 ff.), wird jedoch offensichtlich, dass die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Erwägungen auf einem Redaktionsversehen beruhen, wie die Vorinstanz selbst einräumt (Vernehmlassung vom 10. April 2015, Rz. 13 ff.). Der Beschwerdeführerin war, nachdem sie den ursprünglichen Antrag des Sekretariats vom 24. Juli 2014 zur Stellungnahme zugestellt erhalten hatte, mit Schreiben vom 21. Oktober 2014 das rechtliche Gehör eingeräumt worden im Hinblick auf die sich im damaligen Zeitpunkt abzeichnende neue rechtliche Beurteilung, wobei die Beschwerdeführerin von ihrem Vernehmlassungsrecht bei beiden Gelegenheiten Gebrauch gemacht hat (angefochtene Verfügung, Rz. 38; U-act. 297, 339). Der Verschied in der Schlussverfügung war für die Beschwerdeführerin mithin ohne weiteres als solcher erkennbar. Dass sich die Beschwerdeführerin angesichts der redaktionellen Unstimmigkeiten nicht effektiv gegen die erhobenen Vorwürfe hätte zur Wehr setzen können, ist nicht ersichtlich, zumal auch nicht geltend gemacht wird, der Beschwerdeführerin sei nicht klar gewesen, was ihr in tatsächlicher Hinsicht angelastet wird. Eine Verletzung von Verfahrensrechten ist in diesem Punkt nicht erkennbar.

3.4 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe sich nicht ausreichend mit wesentlichen Vorbringen auseinandergesetzt (Beschwerde, Rz. 32 ff.). So habe der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, A., anlässlich des Parteiverhörs vom 17. November 2014 ausgesagt, die Prei-

se der Beschwerdeführerin seien täglich neu und einzel-fallbezogen kalkuliert worden, wobei die von der angeblichen Abrede betroffenen Produkte nur einen geringen Anteil am gesamten Warensortiment ausgemacht hätten (U-act. 349, Rz. 45 f., 96 ff., 82). Tatsächlich aber hat die Vorinstanz wiederholt Bezug genommen auf die Aussagen des Unternehmensvertreters (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 153, 194 ff., 300, 302), insbesondere auch auf das Argument, die Preisfestsetzung sei einzel-fallweise, dezentral und teilautonom durch zuständige Sachbearbeiter erfolgt (Rz. 303). Das Bundesverwaltungsgericht prüft die vorinstanzliche Beweiswürdigung grundsätzlich frei (vgl. Art. 49 VwVG). Darauf wird im Rahmen der materiellen Beurteilung zurückzukommen sein (s.u., E. 4). Im Übrigen überspannt die Beschwerdeführerin die Begründungsanforderungen, wenn sie bemängelt, die Vorinstanz habe aus der Aussage des Unternehmensvertreters anlässlich der Anhörung vom 17. November 2014, wonach er „geahnt“ habe, „dass es eine Gruppe gibt, die über Preise spricht“ (U-act. 349, Rz. 127), in unzulässiger Weise auf ein entsprechendes „Wissen“ geschlossen (Beschwerde, Rz. 38 ff.), zumal sich derselbe Parteivertreter anlässlich der Befragung vom 12. August 2012 noch mit der Aussage hatte protokollieren lassen: „Wir wussten aber, dass es da eine Gruppe bei den Treffen gab, die darüber gesprochen hat“ (U-act. 194, Ziff. 13). Soweit sich die Vorwürfe zur behaupteten Gehörsverletzung in appellatorischer Kritik an der Beweiswürdigung erschöpfen, etwa indem pauschal geltend gemacht wird, die Vorinstanz habe einseitig zu Ungunsten der Beschwerdeführerin aus dem Protokoll der Anhörung zitiert (Beschwerde, Rz. 37, 49), ist an dieser Stelle nicht näher darauf einzugehen.

3.5 Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht, die Vorinstanz habe weder den Nachweis der Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG noch den Nachweis erbracht, dass durch eine solche Abrede der Wettbewerb im Sinne von Art. 5 KG erheblich beeinträchtigt worden sei (Beschwerde, Rz. 42 ff.). Darauf wird im Rahmen der materiellen Beurteilung zurückzukommen sein (s.u., E. 4). In prozessualer Hinsicht ist der vorinstanzliche Entscheid insoweit nicht zu beanstanden (zur formellen Rüge im Zusammenhang mit der vorinstanzliche Kostenverlegung: s.u., E. 4.6; Beschwerde, Rz. 50 ff.).

4.

In der Sache macht die Beschwerdeführerin geltend, lediglich an einem einzigen Händlertreffen teilgenommen und in der Folge ihre Preise nicht angepasst zu haben; es könne ihr daher weder die Beteiligung an einer Vereinbarung noch an einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorgeworfen werden (Rz. 58 ff., 124 ff.). Im Übrigen fehle es am Nachweis erheblicher tatsächlicher Auswirkungen im Sinne von Art. 5 KG (Rz. 142 ff.).

Die Vorinstanz hat das Verhalten der Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung als Beteiligung an einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert (Rz. 301). Im Verfügungsantrag vom 24. Juli 2014 war das Sekretariat der Wettbewerbskommission noch von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 291). Im Übrigen liegt

nach vorinstanzlicher Auffassung eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor, welche - ohne wirksamen Wettbewerb zu beseitigen - als erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu beurteilen sei (angefochtene Verfügung, Rz. 317 ff., 367 ff.).

4.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes belastet. Die Wettbewerbskommission entscheidet über weitere Massnahmen (Art. 30 Abs. 1 KG). Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere vermutet bei horizontalen Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

Als Wettbewerbsabreden gelten nach Art. 4 Abs. 1 KG „*rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken*“. Eine Vereinbarung kommt durch gegenseitige übereinstimmende Willenserklärung zustande (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR). Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR), unabhängig von der gewählten Rechtsform (vertrags- oder gesellschaftsrechtliche Grundlage) sowie vom angestrebten Mass an Rechtsverbindlichkeit; insbesondere auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen werden ausdrücklich vom Gesetzeswortlaut erfasst. Dazu gehören Vereinbarungen, denen nach dem Willen der Beteiligten zwar Verbindlichkeit, aber keine Klagbarkeit zukommen soll (unvollkommene Obligationen, z.B. sog. „Gentlemen Agreements“; vgl. JÜRGEN BORER, OF-Kommentar zum KG, 3. Aufl. 2011, Art. 4 KG, N. 7, m.w.H.; NYDEGGER/NADIG, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 4 Abs. 1 KG, N. 78 ff., m.w.H.). Vordergründig „einseitige Massnahmen“ (z.B. Weisungen, Empfehlungen etc.) können dann als Form des Zusammenwirkens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vom Gesetz erfasst sein, wenn sie aufgrund stillschweigenden Akzepts in ein zweiseitiges Rechtsverhältnis münden (BORER, a.a.O., Art. 4 KG, N. 8, m.w.H.).

Dem gegenüber fungiert das Konzept der abgestimmten Verhaltensweise in der Praxis vor allem als Auffangtatbestand bei fehlendem Nachweis einer Vereinbarung (vgl. MESTMÄCKERT/SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., 2014, § 10, Rz. 36). Das Unterscheidungsmerkmal ist primär im fehlenden Verpflichtungswillen zu erkennen (zutreffend: angefochtene Verfügung, Rz. 292; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 KG, N. 100). In Abgrenzung zum erlaubten - bewussten oder unbewussten - Parallelverhalten erfordert eine abgestimmte Verhaltensweise ein Mindestmass an Koordination (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 6.3; Botschaft, BBl 1995 I 545; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 KG, N. 101 ff.; MESTMÄCKERT/SCHWEITZER, a.a.O., § 10, Rz. 38 ff.; TOBIAS LETTL, WuW 9/2017,

S. 422 ff.). Die europäische Praxis setzt für den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise dreierlei voraus: erstens ein Mindestmass an Koordination zwischen den Unternehmen, zweitens ein Parallelverhalten auf dem relevanten Markt, drittens einen Kausalzusammenhang zwischen Parallelverhalten und Koordination (EuGH, Rs. C-199/92 P, 8. Juli 1999, *Hüls*, Rn. 161). Auf dieselben Tatbestandsmerkmale stützte sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 23. September 2014 im Fall Fensterbeschlüge (B-8404/2010, *SFS unimarket*, E. 5.3.1).

Ergänzend festzuhalten ist, dass in Lehre und Rechtsprechung bisher strittig war, inwieweit im Hinblick auf Art. 49a KG der Nachweis der Umsetzung bzw. der tatsächlichen Auswirkungen einer im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblichen Abrede erforderlich ist (vgl. BVGer, B-581/2012, 16. September 2016, *Nikon*, E. 7.2.1, m.w.H.). Gemäss Bundesgerichtsurteil vom 28. Juni 2016 kommt es im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG weder auf die erfolgte Umsetzung noch auf die tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede an; ein blosses Bezwecken erheblicher Wirkungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG genügt (BGE 143 II 297, *Elmex*, E. 5.4). Dem genannten Urteil lag allerdings eine schriftliche Vereinbarung zugrunde, während eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nach dem Gesagten begriffsnotwendig ein Parallelverhalten voraussetzt. Dies gilt auch in der europäischen Praxis (EuGH, Rs. C-199/92 P, 8. Juli 1999, *Hüls*, Rn. 161; Rs. C-49/92 P, 8. Juli 1999, *Anic Participazioni*, Rn. 118; FRANZ BÖNI/ALEX WASSMER, Anforderungen an Beweismittel und Beweismass im kartellrechtlichen Verfahren, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 5/2017, S. 72, m.w.H.).

4.2 In tatsächlicher Hinsicht unbestritten ist vorliegend, dass die Beschwerdeführerin am 12. Juni 2007 zum ersten und einzigen Mal an einem seit 2002 jährlich stattfindenden Treffen der wichtigsten Händler von Türbeschlägen in der Schweiz, den sogenannten „Top Six“-Händlern, teilgenommen hat, an welchem unter anderem über Margen im Grosshandelsvertrieb mit Türbeschlägen der Marke GLUTZ diskutiert wurde (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 194 ff.). In der Einladung für das Treffen, welche unter anderem auch der Beschwerdeführerin zugestellt worden war, ist insbesondere ein Traktandum „*Preise Markenprodukte*“ genannt (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 128). Der Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, A., sagte an der Anhörung vom 12. August 2012 vor der Vorinstanz: „*Wir wussten aber, dass es da eine Gruppe bei den Treffen gab, die darüber [i.e. Mindestfaktoren zur Preisgestaltung] gesprochen hat*“ (U-act. 194, Ziff. 13). Anlässlich der Anhörung vom 17. November 2014 sagte er: „*Ich habe einfach geahnt, dass es eine Gruppe gibt, die über Preise spricht, wusste aber nicht, dass es an diesem Treffen stattfinden würde*“ (U-act. 349, Rz. 127 f.). Da er die Kalkulationsgrundlage nicht im Detail gekannt habe, sei es ihm schwergefallen, der Debatte inhaltlich zu folgen (U-act. 349, Rz. 89 ff.). Dass die Beschwerdeführerin sich anlässlich dieses Treffens an der Diskussion beteiligt oder Informationen über die eigene Preisgestaltungspolitik bekanntgegeben hätte, ist nicht aktenkundig (vgl. angefochtene Verfügung,

Rz. 195). Ebenso wenig ist eine explizite Willensäusserung der Beschwerdeführerin belegt, wonach sie signalisiert hätte, sich an einer Vereinbarung betreffend Mindestpreise beteiligen zu wollen. Es stellt sich daher die Frage, ob aus dem blossen Umstand der einmaligen Teilnahme an einem Kartelltreffen auf einen konkludent geäusserten Willen zur verpflichtenden Beteiligung an der dabei getroffenen Vereinbarung geschlossen werden kann bzw. ob eventualiter aufgrund der Teilnahme am Treffen sowie des späteren Marktverhaltens allenfalls eine abgestimmte Verhaltensweise anzunehmen ist.

4.3 Die Vorinstanz verweist auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach die oppositionslose Teilnahme an einer Unternehmenszusammenkunft, an welcher es zu einer wettbewerbswidrigen Abrede kommt, als Beteiligung an der Abrede zu gelten hat, sofern das fragliche Unternehmen nicht darlegt, dass es mit der Teilnahme am Treffen ausschliesslich wettbewerbskonforme Ziele verfolgte und dies den am Treffen beteiligten Unternehmen entsprechend kundgetan oder die Absprache umgehend den Wettbewerbsbehörden gemeldet hat (angefochtene Verfügung, Rz. 295 ff.; EuGH, Rs. C-199/92 P, 8. Juli 1999, *Hüls*, Rn. 161; Rs. C-189/02 P, 28. Juni 2005, Slg. 2005, II-5425, *Dänische Rohrindustrie*, Rn. 143; C-113/04, 21. September 2006, *Technische Unie*, Rn. 114; ebenso: EuGH, Rs. C-49/92 P, 8. Juli 1999, *Anic Participazioni*, Rn. 95; C-204/00 P, 7. Januar 2004, *Aalborg Portland*, Rn. 81 ff.; C-510/06 P, 19. März 2009, *Archer Daniels Midland*, Rn. 119; Rs. C-194/14, 22. Oktober 2015, *AC-Treuhand*, Rn. 31). Allerdings gehen die genannten Urteile grundsätzlich von einer wiederholten Teilnahme an mehreren Treffen aus (vgl. EuGH, Rs. C-199/92 P, 8. Juli 1999, *Hüls*, Rn. 155; Rs. C-49/92 P, 8. Juli 1999, *Anic Participazioni*, Rn. 94 f.; Rs. C-189/02 P, 28. Juni 2005, Slg. 2005, II-5425, *Dänische Rohrindustrie*, Rn. 142, 145 ff.; C-113/04, 21. September 2006, *Technische Unie*, Rn. 114; ebenso: C-204/00 P, 7. Januar 2004, *Aalborg Portland*, Rn. 81; C-510/06 P, 19. März 2009, *Archer Daniels Midland*, Rn. 119). Einzig im Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Fall T-Mobile Netherlands wird erwogen, es sei nicht ausgeschlossen, dass aufgrund der besonderen Umstände bereits eine einmalige Teilnahme an einem Kartelltreffen genügen könne (wobei sich das Urteil auf den Informationsaustausch im Rahmen einer abgestimmten Verhaltensweise bezog: Rs. C-8/08, 4. Juni 2009, Rz. 57 ff.).

4.4 Die von der europäischen Rechtsprechung zu dieser Frage entwickelten Grundsätze sind prinzipiell auf die schweizerischen Rechtsverhältnisse übertragbar, doch kommt es (auch nach der zitierten Praxis) für die Beurteilung eines bestimmten Verhaltens weniger auf abstrakte Kriterien als auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Eine Vereinbarung setzt zudem begrifflich einen zumindest konkludent geäusserten Verpflichtungswillen voraus, welcher vorbehaltlich besonderer Umstände in der Regel nicht schon aus der einmaligen stillen Teilnahme an einem Treffen herzuleiten sein wird, zumal in diesem Punkt auch nicht von einer kartellrechtstypisch erschwerten Beweislage auszugehen ist; vielmehr sind die Umstände vergleichbar mit einem zivilrechtlichen Konsensstreit (vgl. Art. 1 OR; s. auch: LETTL, a.a.O., S. 425 ff.). Zur Anwendung gelangt mithin das

ordentliche Beweismass (s.o., E. 2.2), wobei die Feststellung des wirklichen Willens der Abredepartner Tatfrage, die Auslegung von Willenserklärungen hingegen Rechtsfrage ist (vgl. BGE 133 III 406, E. 2.2, m.w.H.; 2C_1055/2012, E. 2.3). In tatsächlicher Hinsicht ist bei rechtsgenügend erhobenen Beweisen im Zweifel von dem für das Unternehmen günstigeren Sachverhalt auszugehen (s.o., E. 3.2). Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 108) ist eine punktuelle Beweislastverschiebung dabei nicht per se mit der Unschuldsvermutung unvereinbar; vielmehr kann mangels gegenteiliger Indizien der Schluss von einer bewiesenen Tatsache auf eine wahrscheinliche andere Tatsache aufgrund der Umstände zulässig sein, sofern die Annahme widerlegbar ist und das angeschuldigte Unternehmen ausreichend Gelegenheit erhält, sich zu verteidigen (WOHLERS, a.a.O., Art. 10 StPO, N. 8). Dies gilt insbesondere für innere Tatsachen, die nur durch indirekte Beweise erschlossen werden können (vgl. BVGer, B-581/2012, 16. September 2016, *Nikon*, E. 5.5.1, 5.5.3, m.w.H.; zutreffend: vorinstanzliche Vernehmlassung vom 10. April 2015, Rz. 24, m.w.H.).

Allerdings nennt die Vorinstanz keinerlei Indizien, welche auf einen Verpflichtungswillen der Beschwerdeführerin deuten würden. Umgekehrt macht die Beschwerdeführerin geltend, ihr Geschäftsführer habe die Kalkulationsgrundlagen der am Treffen besprochenen Mindestfaktoren nicht im Detail gekannt und der Margendiskussion daher nur eingeschränkt folgen können (U-act. 349, Rz. 89 ff.). Tatsächlich setzt ein Verständnis der Margenberechnung die Kenntnis des mehrstufigen Preisgestaltungsmodells voraus (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 83 ff.). Nach Angaben der Beschwerdeführerin wurden die Preise für eine Vielzahl von Warengruppen unterschiedlich berechnet, wobei das Sortiment der Beschwerdeführerin gemäss eigenen Angaben rund vierzigtausend Positionen umfasste, wovon nur etwa tausend auf die in Frage stehenden Produkte entfielen (Beschwerde, Rz. 82 ff.; U-act. 349, Rz. 80 ff.). Dass im Zeitpunkt des Treffens auf Seiten der Beschwerdeführerin ein Verpflichtungswille bzw. das dazu erforderliche Wissen entgegen der Aussagen ihres Geschäftsführers bestand, lässt sich mit objektiven Indizien nicht belegen. Auch ist mangels gegenteiliger Indizien die einmalige passive Teilnahme am strittigen Treffen nicht gestützt auf das Vertrauensprinzip als konkludente Erklärung eines Verpflichtungswillens zu deuten, zumal an dem Treffen über unterschiedliche Punkte diskutiert worden war. So erklärte die Beschwerdeführerin die Annahme der Einladung mit ihrem Interesse an Informationen zum Logistiksystem des Gastgebers, das am Treffen vorgestellt worden sei (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 196, 300; U-act. 349, Rz. 52 ff.). Auch lässt sich die Einladung zur Zusammenkunft, mit welcher in eher allgemeiner Weise ein Tagesordnungspunkt „Preise Markenprodukte“ angekündigt worden war, nicht als (genügend bestimmte) „Offerte“ interpretieren, in deren Kontext die blosser Annahme der Einladung als stillschweigende „Zustimmung“ erschiene, zumal die Ankündigung einerseits weder auf den konkreten Inhalt (Mindestmarge) noch auf das betroffene Marktsegment (Grosshandel) der in Frage stehenden Vereinbarung Bezug nahm, andererseits aber neben Produkten der Marke GLUTZ jene von fünf weiteren nicht betroffenen Herstellern sowie

eine Reihe vorinstanzlich nicht beanstandeter weiterer Traktanden umfasste („*Preiserhöhungen Lieferanten*“, „*Handhabung Preiserhöhungen*“, „*Handhabung EURO-Kurs*“; vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 128).

Es kann daher zulasten der Beschwerdeführerin weder auf einen Verpflichtungswillen noch in Bezug auf die Annahme der Einladung auf eine entsprechende konkludente Willensäusserung geschlossen werden. Dass die Untersuchung in diesem Punkt nicht vollständig geführt worden wäre bzw. nicht alle greifbaren Beweismittel erhoben worden wären, ist nicht ersichtlich. Die passive Teilnahme der Beschwerdeführerin am Treffen vom 12. Juni 2007 ist nicht als Beteiligung an einer Vereinbarung zu werten. Selbst eine allfällige - von der Beschwerdeführerin freilich bestrittene - nachträgliche Befolgung der nach Auffassung der Vorinstanz am Treffen kommunizierten Mindestmarge durch die Beschwerdeführerin liesse sich mangels ausreichender Indizien für einen entsprechenden Verpflichtungswillen nicht als stillschweigende Zustimmung zu einer verbindlichen Vereinbarung werten. Zu prüfen ist hingegen, ob die Teilnahme am Treffen in Verbindung mit dem darauf folgenden Verhalten der Beschwerdeführerin die Voraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise erfüllt.

4.5 Nach dem Gesagten setzt der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dreierlei voraus: Ein Mindestmass an Koordination zwischen zwei oder mehreren Unternehmen, ein Parallelverhalten der Unternehmen sowie einen Kausalzusammenhang zwischen Verhaltenskoordination und Parallelverhalten (s.o., E. 4.1).

4.5.1 Im Fall *T-Mobile Netherlands* hat der Europäische Gerichtshof erwogen, unter gegebenen Umständen könne bereits eine einmalige Teilnahme an einem Kartelltreffen zur Verhaltenskoordination ausreichen, sofern „*nachgewiesen werden kann, dass die beteiligten Unternehmen eine Abstimmung erzielt haben*“ (Rs. C-8/08, 4. Juni 2009, Rz. 59, 61). Dem zitierten Urteil lag ein detaillierter Informationsaustausch zugrunde. In Bezug auf das vorliegend in Frage stehende Treffen kann als erstellt gelten, dass über Mindestmargen von Türbeschlüssen verschiedener Hersteller sowie über die Anwendung eines Mindestfaktors für die Preiskalkulation im Grosshandel mit Produkten der Marke GLUTZ diskutiert wurde, wobei die Vorinstanz davon ausging, zwischen den „Top-Six“-Händlern habe diesbezüglich bereits ein Grundkonsens geherrscht (angefochtene Verfügung, Rz. 127 ff., 136 ff., 167 ff.). Dass die Beschwerdeführerin - welche nicht zu den „Top Six“-Händlern gehört - selbst Informationen preisgegeben hätte, ist nicht aktenkundig und wird von ihr bestritten (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 195). Allerdings setzt eine Verhaltensabstimmung nicht zwingend die Wechselseitigkeit des Informationsflusses voraus; es kann auf vorstehende Ausführungen sowie auf Lehre und Rechtsprechung verwiesen werden (s.o., E. 4.1; BORER, a.a.O., Art. 4 KG, N. 9 ff.; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 KG, N. 118 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 374 f.). Zwar bestreitet die Beschwerdeführerin, anlässlich des Treffens über die für eine Willensbildung erforderlichen Kenntnisse verfügt zu haben (s.o., E. 4.2); sie räumt aber ein, im Nachgang zum Treffen einen

Preisvergleich durchgeführt zu haben (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 303; U-act. 194, Ziff. 13). Angesichts dieser Umstände ist die für eine Verhaltenskoordination im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erforderliche Abstimmung in casu daher zu bejahen. Zu prüfen ist das Tatbestandsmerkmal des Parallelverhaltens.

4.5.2 Gestützt auf eine Auswertung der Verkaufspreise der Beschwerdeführerin sowie der „Top-Six“-Händler für ausgewählte Produkte in den Monaten Februar, Mai, August, November der Jahre 2006 und 2007 (Datenbasis: angefochtene Verfügung, Rz. 236 ff.) ist die Vorinstanz bezogen auf die mengenunabhängigen Durchschnittsmargen der Händler zu folgendem Schluss gelangt: „*Zusammenfassend ist festzustellen, dass [...] zwischen den Händlern [...] grosse Unterschiede sowie nicht gleichgerichtete Schwankungen in den durchschnittlichen Margen im Zeitablauf bestehen*“ (angefochtene Verfügung, Rz. 244). Mit Bezug auf Grossmengen hält die Vorinstanz fest: „*Mit anderen Worten finden sich gestützt auf die Auswertung der einverlangten Rechnungen [...] keine Anhaltspunkte, dass die vereinbarte Mindestmargenerhöhung zu einer Verhaltensänderung der Händler führte*“ (Rz. 249). Insgesamt wird wie folgt resümiert: „*Aus der statistischen Analyse der eingeforderten Rechnungen [...] kann eine Auswirkung [...] auf die verrechneten Preise (resp. die angewandten Margen) nicht nachgewiesen werden*“ (Rz. 253).

Weiter stellt die Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin habe ihre Preise im Nachgang zum Treffen vom 12. Juni 2007 nicht angepasst (angefochtene Verfügung, Rz. 299). Dies wirft die Frage auf, worin der Nachweis eines Parallelverhaltens vorliegend konkret bestehen soll. Zwar ist in bestimmten Fällen denkbar, dass auch ein Nichtsenken der Preise die Folge einer entsprechenden Vereinbarung darstellt („Stillhalte-Abkommen“). Im Zusammenhang mit einer Qualifikation eines Verhaltens als abgestimmte Verhaltensweise, bei welcher in Ermangelung eines Nachweises eines ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Verpflichtungswillens auf das objektiv nachweisbare nachträgliche Verhalten abgestellt werden muss, lässt sich die Annahme eines tatbestandsmässigen Vorgehens bei unveränderten Preisen allenfalls rechtfertigen, wenn konkrete Indizien vorliegen, dass unter normalen Bedingungen im fraglichen Zeitraum eine Preissenkung zu erwarten gewesen wäre (z.B. Preisnachlässe vorgelagerter Marktstufen, günstige Wechselkursentwicklung, negative Teuerung, Senkung der Herstellungskosten, Markteintritte anderer Anbieter etc.). Entsprechende Umstände werden von der Vorinstanz jedoch nicht angeführt und sind auch nicht ersichtlich.

Soweit in der angefochtenen Verfügung an anderer Stelle erwogen wird, die durchschnittliche Marge der Beschwerdeführerin sei nach dem Treffen vom 12. Juni 2007 sehr wohl leicht gestiegen und habe in Einzelfällen diejenige anderer Händler bzw. die angeblich vereinbarte Mindestmarge überschritten (angefochtene Verfügung, Rz. 302; Duplik, Rz. 13), ist festzuhalten, dass es vorliegend nicht auf die Gesamtmarge ankommt. Gemäss Feststellung der Vorinstanz haben sich die „Top-Six“-Händler lediglich bezüglich des Grosshandels abgesprochen (angefochtene Verfügung, Rz. 180 ff., 245). Folglich kann aus der mengenunabhängigen Gesamt-

margenentwicklung nichts hergeleitet werden für die Frage des Parallelverhaltens der Beschwerdeführerin im Grossmengenbereich. Die Beschwerdeführerin macht mit Eingabe vom 5. April 2016 denn auch geltend, der durchschnittliche Margenanstieg Mitte 2007 sei statistisch dem Umstand geschuldet, dass im zweiten Quartal 2007 weniger Grossmengen verkauft worden seien als in der Vorjahresperiode, da Grossmengen typischerweise mit geringeren Margen einhergingen und sich daher dämpfend auf die Gesamtmargenentwicklung auswirkten (vgl. Eingabe vom 5. April 2016, S. 3).

Zwar hält dem die Vorinstanz entgegen, bezüglich Grossmengenverkäufen ergebe sich auch aus den jüngsten Angaben der Beschwerdeführerin ein prozentualer Margenanstieg von [...] % vor dem Stichdatum auf [...] % im Zeitraum danach (Stellungnahme vom 2. Mai 2016, Rz. 33). Allerdings sind von der Beschwerdeführerin gemäss kontrovers diskutierten Faktura-Daten lediglich neun Grossmengenverkäufe von GLUTZ-Türbeschlägen im Zeitraum nach dem Treffen vom 12. Juni 2007 getätigt worden; dabei handelt es sich um Verkäufe unterschiedlicher Produkte (Türdrücker und Türschlösser mit unterschiedlichen Warennummern), wobei die Stückzahlen zwischen 20 und 79, die Stückpreise zwischen Fr. 9.30 und Fr. 34.20 variieren (vgl. Beilage 10 zur Eingabe vom 5. April 2016). Für den Zeitraum vor dem Treffen findet sich in der Auflistung kein einziger Vergleichsverkauf eines identischen Produkts in identischer Stückzahl. Schon deshalb erscheint fraglich, ob die geringen Verkaufszahlen für Grossmengen überhaupt signifikante Rückschlüsse erlauben. Hinzu kommt, dass bei der durch die Vorinstanz ermittelten Durchschnittsmarge von [...] % für Grossverkäufe im Zeitraum nach dem 12. Juni 2007 ein singulärer Verkauf mit einer prozentualen Marge (Anteil Stückmarge am Stückpreis) von [...] % - mithin mehr als das Doppelte des durchschnittlichen Werts - zu Buche schlägt; bleibt dieser Verkauf bei der Berechnung unberücksichtigt, resultiert eine Durchschnittsmarge für Grossmengenverkäufe nach dem 12. Juni 2007 von [...] %, ein Wert, der unter der von der Vorinstanz ermittelten Vergleichsgrösse von [...] % für den Zeitraum vor dem Kartelltreffen liegt (vgl. Stellungnahme vom 2. Mai 2016, Rz. 33; Beilage 10 zur Eingabe vom 5. April 2016). Dies verdeutlicht, dass die geringe Zahl von neun Grossverkäufen kaum belastbare Verallgemeinerungen zulässt, zumal Vertragsverhandlungen mit Grosskunden typischerweise von einzelfall-spezifischen Faktoren mit beeinflusst werden (Kundenbeziehung, Auftragskoppelung, Nachfragemacht etc.).

Hinzu kommt, dass die Vorinstanz nach eigenem Bekunden nicht feststellen konnte, ob sich die von ihr angenommene Vereinbarung im Grossmengenbereich auf Stückzahlen ab 20, ab 50 oder ab 100 Stück bezieht (angefochtene Verfügung, Rz. 188); unter Zugrundelegung des letztgenannten Referenzwerts resultieren für die Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum bei verkauften Einzelmengen von maximal 79 Stück überhaupt keine entsprechenden Verkäufe (vgl. Beilage 10 zur Eingabe vom 5. April 2016). Selbst wenn also die in der europäischen Praxis geltende widerlegbare Vermutung eines mit der Koordination übereinstimmenden Marktverhaltens (EuGH, Rs. C-49/92 P, 8. Juli 1999, *Anic Partecipazioni*, Rn. 121; Rs. C-8/08, 4. Juni 2009, *T-*

Mobile Netherlands, Rn. 51; BÖNI/WASSMER, a.a.O., S. 72) im Kontext schweizerischen Rechts als mit der Unschuldsumsetzung vereinbar beurteilt würde (s.o., E. 3.1 f., 4.4), wäre nach dem Gesagten vorliegend ein Parallelverhalten aufgrund der Faktura-Daten zu verneinen. Auch ist in Erinnerung zu rufen, dass es der Beschwerdeführerin im Rahmen von Art. 5 KG nicht verboten ist, eine Gewinnmarge in bestimmter Höhe zu erzielen (deren Quantitativ auch von der Vorinstanz nicht grundsätzlich hinterfragt wird, vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 83 ff., 88), sondern nur, dies in abgestimmter Weise oder im Rahmen einer Vereinbarung mit der Konkurrenz zu tun (vorbehältlich allfälliger Rechtfertigungsgründe). Diesbezüglich fehlt es vorliegend an entsprechenden Hinweisen; vielmehr ist die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung selbst zur Auffassung gelangt, eine aussagekräftige Verhaltensänderung der Beschwerdeführerin im Nachgang zum Kartelltreffen vom 12. Juni 2007 könne nicht festgestellt werden (angefochtene Verfügung, Rz. 249, 253).

4.5.3 Mangels Nachweises eines Parallelverhaltens erübrigt sich vorliegend die Prüfung eines Kausalzusammenhangs zwischen Verhaltenskoordinierung und Parallelverhalten. Da nach dem Gesagten auch das Vorliegen einer Vereinbarung zu verneinen ist, fehlt es in casu an einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Damit entfällt die Prüfung der von der Beschwerdeführerin bestrittenen Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 KG. Anzumerken ist, dass gemäss Bundesgerichtsurteil vom 28. Juni 2016 Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG in der Regel als erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu gelten haben (BGE 143 II 297, *Elmex*, E. 5.2.5). Dabei kommt es gemäss Bundesgericht weder auf die erfolgte Umsetzung noch auf die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede an (E. 5.4.2; bestätigt in: 2C_63/2016, 24. Oktober 2017, *BMW*, E. 4.3; insofern unzutreffend: Beschwerdeführerin, Vernehmlassung vom 16. Juli 2016, S. 2; s.o., E. 4.1). Vorbehalten bleiben Bagatellfälle (BGE 143 II 297, *Elmex*, E. 5.1.6; 2C_63/2016, *BMW*, E. 4.3). Angesichts des Verfahrensausgangs kann vorliegend offen bleiben, ob es sich in Bezug auf die strittige Beteiligung der Beschwerdeführerin an der vorinstanzlich festgestellten Abrede mit einem anteilmässigen Handelsvolumen von Fr. 7'642.40 und einem erzielten Gewinn in den betroffenen Marktsegmenten von Fr. 743.05 in der zweiten Jahreshälfte 2007 (s.o., E. 2) um einen Bagatellfall im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt, wie die Beschwerdeführerin geltend macht (Vernehmlassung vom 14. Juli 2016, S. 2 f.).

4.6 In Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Verfügung bezüglich der Beschwerdeführerin im Sanktionspunkt (Dispositivziffer 3.3) aufzuheben. Von der vorinstanzlichen Kostenaufgabe zulasten der Beschwerdeführerin (Dispositivziffer 6) ist Abstand zu nehmen. Eine Prüfung des Eventualantrags der Beschwerdeführerin zum Quantitativ der vorinstanzlichen Kostenverlegung (Antragsziffer 4) erübrigt sich bei diesem Verfahrensausgang. In formeller Hinsicht zu beachten ist, dass der Beschwerdeführerin in Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung gestützt auf Art. 30 KG Pflichten für das künftige Verhalten auferlegt werden; die Beschwerdeführerin hat die Aufhebung der Massnahme beantragt (An-

tragsziffer 1). Unerheblich ist dabei, inwieweit sich die strittige vorinstanzliche Anordnung mit den sich unmittelbar aus Art. 5 KG ergebenden gesetzlichen Verhaltenspflichten decken; im Hinblick auf Art. 50 KG, worin die Sanktionierung von Verstössen gegen behördliche Anordnungen vorgesehen ist (indirekte Sanktionen), ist ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin an einer Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung in diesem Punkt im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG jedenfalls zu bejahen (soweit Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung angesichts des Verfahrensausgangs nicht von Amtes wegen aufzuheben ist).

5.

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin obsiegt im Beschwerdeverfahren. Auf eine Kostenaufgabe zulasten der Vorinstanz ist zu verzichten (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 5'000.- ist ihr zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeinstanz kann der obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für notwendige und verhältnismässige Kosten im Beschwerdeverfahren zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat einen entsprechenden Antrag gestellt (Antragsziffer 5). Die Parteientschädigung für das vorliegende Beschwerdeverfahren ist der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb das Gericht die Höhe der Entschädigung nach Ermessen aufgrund der Akten bestimmt (Art. 14 Abs. 2 Reglement über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE], SR 173.320.2). Die Beschwerdeführerin hat vor Bundesverwaltungsgericht schriftliche Eingaben im Gesamtumfang von mehreren Dutzend Seiten eingereicht; eine mündliche Verhandlung wurde nicht durchgeführt. Die strittige Sanktion beläuft sich auf Fr. 5'500.-. Die angefochtene Verfügung behandelt auf über hundert Seiten Tat- und Rechtsfra-

gen von einiger Komplexität. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Entschädigung im Betrag von pauschal Fr. 30'000.- (inkl. Auslagen) als angemessen (vgl. Art. 9 ff. VGKE). Die Zusprechung einer Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren wurde nicht beantragt (und verbietet sich de lege lata: BVGer, 23. September 2014, B-8430/2010, Fensterbeschlüsse [Paul Koch], E. 8.15).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositivziffern 1 und 3.3 der vorinstanzlichen Verfügung aufgehoben.

Dispositivziffer 6 der vorinstanzlichen Verfügung wird in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben.

2.

Es werden keine Kosten für das Beschwerdeverfahren erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren im Betrag von Fr. 30'000.- zugesprochen (inkl. Auslagen).

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0376; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
B 4	1. Urteil vom 24. Oktober 2017 Bayerische Motoren Werke AG gegen Wettbewerbskommission – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 13. November 2015

Urteil 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 Bayerische Motoren Werke AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission - Gegenstand Verfügung der WEKO vom 7. Mai 2012 im Untersuchungsverfahren 22-0408 betreffend die Bayerische Motoren Werke AG wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG, und Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 13. November 2015.

Sachverhalt:

A.

Die Bayerische Motoren Werke AG (BMW AG) mit Sitz in München ist die Muttergesellschaft der BMW Group, welcher die Automobil- und Motorradmarken BMW, MINI und Rolls-Royce sowie die Submarken BMW M und BMW i gehören. Der Vertrieb von BMW-Produkten erfolgt sowohl in der Schweiz als auch im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) über ein selektives Vertriebssystem. In jedem Land besteht zudem eine (in Deutschland mehrere) von der jeweiligen nationalen Vertriebsgesellschaft gehaltene Niederlassung, welche Repräsentationsfunktion hat, ansonsten aber wie ein normaler Vertragshändler funktioniert. Für den EWR-weiten Vertrieb ihrer Fahrzeuge der Marke BMW und MINI verwendet die BMW AG seit dem 1. Oktober 2003 Händlerverträge mit nachstehender Klausel:

„1.5 Export

Dem Händler ist es weder gestattet, unmittelbar oder über Dritte neue BMW Fahrzeuge und Original BMW Teile an Abnehmer in Länder ausserhalb des EWR zu liefern noch Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten.“

B.

Am 12. Oktober 2010 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) folgende Anzeige eines BMW-Kaufinteressenten ein:

„Ein Vertragshändler von BMW/Mini Neufahrzeugen im grenznahen Ausland verweigert mir den Verkauf eines Neuwagens mit dem Hinweis, dass er dieses nicht tun dürfe, weil der Hersteller sicherstellen will, dass der Schweizer Markt nicht konkurrenziert wird. Ich besitze zwar eine von mir unterschriebene Neuwagenbestellung des Vertragshändlers. Tags darauf will der Händler mit Berufung auf einen Irrtum mit der Bestellung nichts mehr zu tun haben und mir stattdessen nur einen Vorführ- oder Gebrauchtwagen verkaufen.“

Die Redaktion der Sendung „Kassensturz“ des Schweizer Radios und Fernsehens (SRF) übermittelte am 19. Oktober 2010 dem Sekretariat folgende Stellung-

nahme der BMW AG zum Thema „Import von BMW/MINI Neufahrzeugen aus Deutschland in die Schweiz“:

„[...] Im Einklang mit den wettbewerbsrechtlichen Massgaben der Europäischen Kommission erstreckt sich das Vertriebsrecht der BMW und MINI Händler in Deutschland wie auch in den anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) auf den gesamten EWR. Hierdurch haben Kunden mit Wohnsitz im EWR, gleich welcher Herkunft, die Möglichkeit, den Wettbewerb im EWR für sich zu nutzen und neue BMW und MINI Fahrzeuge von beliebigen BMW und MINI Händlern ihrer Wahl innerhalb des EWR zu beziehen.

Die Schweiz unterhält bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gilt jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht.

Auf Basis der o.g. wettbewerbsrechtlichen Massgaben sehen die Verträge der BMW AG mit ihren europäischen Vertriebspartnern nicht den Verkauf von BMW und MINI-Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR vor. Mit dieser Regel stärken wir die Position unserer Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR.

Die BMW Group verfügt auch in der Schweiz über ein dichtes, leistungsfähiges Vertriebsnetz mit 87 Handelsbetrieben [...].“

Gleichen Tags strahlte die Sendung „Kassensturz“ einen Bericht zum Thema „Autoimport“ aus, wo u.a. festgehalten wurde, dass die BMW AG Importe von Fahrzeugen ihrer Marken BMW und MINI verhindere und somit die Preise in der Schweiz hochhalte. In der Folge gingen beim Sekretariat insgesamt 16 Anzeigen von Kaufinteressenten mit Wohnsitz in der Schweiz ein, welche erfolglos versucht hätten, Neufahrzeuge der beiden Marken aus Deutschland, Österreich und Grossbritannien zu importieren. 11 der Anzeiger seien auf eine entsprechende Weisung von BMW hingewiesen worden.

Am 25. Oktober 2010 eröffnete das Sekretariat durch Publikation im Bundesblatt am 9. November 2010 (BBl 2010 7655) eine Untersuchung im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die BMW Group bzw. die BMW AG und mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen. Thema war, ob unzulässige Wettbewerbsabreden über Gebietszuweisungen nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG bestünden.

C.

Nach Einholung verschiedener Auskünfte und der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 30 Abs. 2 KG)

zum Antrag des Sekretariats erliess die WEKO am 7. Mai 2012 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv (RPW 2012, S. 540 ff.):

„1. Es wird festgestellt, dass das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG (München) und ihren Vertragshändlern im EWR mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG darstellt.

2. Der BMW AG (München) wird untersagt, ihre Vertragshändler im EWR vertraglich oder mit anderen Massnahmen davon abzuhalten, BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz zu exportieren. Daher hat die BMW AG ihre Vertragshändler im EWR schriftlich zu informieren, dass sie BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz exportieren dürfen und hat zu veranlassen, dass die Exportklausel in Ziff. 1.5 des EWR-Händlervertrags sowie die Bezugsklausel in Ziff. 6.2 des schweizerischen Händlervertrags entsprechend angepasst werden.

3. Die BMW AG (München) wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für die unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 156'868'150 belastet.

4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 KG belegt werden.

5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 205'881.60. Sie werden vollumfänglich der BMW AG auferlegt.

6. [Eröffnung]“

D.

Gegen die Verfügung vom 7. Mai 2012 hat die BMW AG am 22. Juni 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren erhoben:

„1. Es seien die Ziffern 1-5 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Mai 2012 im Verfahren 22-0408 aufzuheben.

2. Eventualiter für den Fall der Abweisung von Antrag 1 sei gegenüber der Beschwerdeführerin maximal eine Sanktion von CHF 3'381'958.55 zu verhängen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.

PROZESSUALE ANTRÄGE

1. Es seien die Verfahrensakten der Vorinstanz zum Verfahren 22-0408 für das vorliegende Verfahren beizuziehen.

2. Es seien alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichnete Angaben und Beilagen als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen.

3. Es sei der Beschwerdeführerin das Recht einzuräumen, zu Vernehmlassungen der Vorinstanz in diesem Verfahren schriftlich Stellung zu nehmen.“

E.

Am 13. November 2015 erliess das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid mit folgendem Dispositiv:

„1. Die Beschwerde vom 22. Juni 2012 wird abgewiesen.

2. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden auf CHF 50'000.- festgesetzt. Nach Rechtskraft des Urteils wird der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in Höhe von CHF 50'000.- zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. [Mitteilung]“

F.

Vor Bundesgericht beantragt die BMW AG, primär die Beschwerde gutzuheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (B-3332/2012) vom 13. November 2015 aufzuheben und festzustellen, dass sie nicht gegen Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG verstossen habe, eventuell festzustellen, dass mangels Wettbewerbsbeseitigung eine Sanktion gemäss Art. 49a KG bundesrechtswidrig sei, und subeventuell gegenüber der Beschwerdeführerin maximal eine Sanktion von Fr. 20'272'773.70 zu verhängen. Als Eventualantrag beantragt die BMW AG, das Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 13. November 2015 aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Neuurteilung an das Bundesverwaltungsgericht, subeventuell an die WEKO, zurückzuweisen. Gerügt wird eine Verletzung von Bundesrecht.

Die WEKO hat sich am 22. Februar 2016 vernehmen lassen, das Bundesverwaltungsgericht hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Am 9. März 2016 und am 4. Mai 2017 hat sich die Beschwerdeführerin nochmals geäussert. Die WEKO hat am 15. Juni 2017 zum Schreiben vom 4. Mai 2017 Stellung bezogen.

Erwägungen:

1. Eintreten

Auf die Beschwerde ist einzutreten (Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90, Art. 89 Abs. 1, Art. 100 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; vgl. Urteil 143 II 297 vom 28. Juni 2016 E. 1, nicht publiziert in BGE 143 II 297).

2. Inhaltsübersicht

Thema des vorliegenden Falls bildet die Frage, ob die Beschwerdeführerin nach Art. 49a KG zu sanktionieren ist, weil sie an einer vertikalen Abrede über Gebietsaufteilungen beteiligt ist. Ob dies zutrifft, ist in mehreren Schritten zu prüfen.

Art. 49a KG verweist auf unzulässige Abreden u.a. nach Art. 5 Abs. 4 KG. Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die zum einen den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie zum anderen nicht rechtfertigbare Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei gewissen vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet. Die geglückte Widerlegung der Vermutung war bereits vor Vorinstanz unbestritten; die strittige Abrede beseitigt den Wettbewerb nicht. Zu prüfen ist somit, ob diese Abreden den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 in initio KG). Das Bundesgericht hat sich in BGE 143 II 297 mit der gleichen Fragestellung bereits auseinandergesetzt. Für viele Fragen kann deshalb auf die dort formulierten Antworten verwiesen werden und die Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin etwas verkürzt erfolgen: Zu behandeln sind der Geltungsbereich (E. 3),

die Unzulässigkeit einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abrede (E. 4), der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG einschliesslich der Subsumtion (E. 5) und die Rechtsfolge von Art. 49a Abs. 1 KG, d.h. die Sanktionierung (E. 6).

3. Geltungsbereich des KG

Die Verfügung der WEKO vom 7. Mai 2012 stützt sich auf das KG. Unbestritten ist der persönliche (Unternehmen) und der sachliche Geltungsbereich (Wettbewerbsabrede).

Grundsätzlich ist auch der räumliche Geltungsbereich unbestritten. Mit dem Auswirkungsprinzip nach Art. 2 Abs. 2 KG erfolgt eine extraterritoriale Anwendungserstreckung: Danach ist das KG auch auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken können, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Deshalb können Abreden - wie die vorliegende - unter das KG fallen, die im Ausland abgeschlossen wurden. Allerdings ist es nicht so, dass Vertikalvereinbarungen amerikanischer Unternehmen, welche den Export nach Kanada beschränken, vom KG erfasst und sanktioniert würden. Für die Unterstellung unter das KG ist stets massgebend, dass sich die Tätigkeit in der Schweiz, d.h. auf dem Schweizer Markt, mindestens möglicherweise auswirken kann (vgl. BGE 143 II 297 E. 3.2.3 S. 305 ff.). Dabei verlangt Art. 2 Abs. 2 KG nicht, dass die Auswirkungen einer gewissen Intensität bedürfen - wie das Bundesgericht in BGE 143 II 297 (E. 3.4) diesbezüglichen Auffassungen entgegengetreten ist. Das Verbot, BMW- und MINI-Fahrzeuge in die Schweiz zu exportieren, wirkt sich auf den Schweizerischen Markt aus. Ob dies eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellt, ist Gegenstand der materiellen Prüfung im Rahmen von Art. 5 KG (BGE 143 II 297 E. 3.2.3).

4. Unzulässigkeit einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abrede

4.1. Unbestritten ist, dass eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt und diese eine Gebietsabschottung i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG zum Gegenstand hat. Unbestritten ist aber auch, dass eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs *nicht* vorliegt - die Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG war bereits vor Vorinstanz kein Thema mehr. Folglich bleibt die Frage zu beantworten, ob die vorliegende Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 erster Teil KG erheblich beeinträchtigt (siehe oben E. 2.1; BGE 143 II 297 E. 4 und E. 5 Ingress S. 311 f. bzw. 312 f.).

4.2. Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass keine erhebliche Beeinträchtigung vorliege. Im Wesentlichen macht sie geltend, dass bei Gebietschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG nicht bereits aufgrund derer Qualität von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen sei. Massgebend seien die Auswirkungen der Abreden; diese Auswirkungen müssten erheblich sein. Die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, dass bei Gebietsschutzabreden quasi per se von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen sei, widerspreche dem historischen und dem Verfassungsverständnis, wie sich aus der herrschenden Lehre ergebe. Sie führt sodann weiter

aus, dass die sogenannte „qualitative Erheblichkeit“ auf ein bundesrechtswidriges per-se-Verbot hinauslaufe.

In Bezug auf die Beeinträchtigung macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Abrede nicht befolgt worden sei; also liege überhaupt keine Beeinträchtigung vor. Es habe eine Unzahl von Direktimporten gegeben. In diese seien auch Neufahrzeuge mit Tageszulassungen einzubeziehen. Die Anzahl importierter Neufahrzeuge sei deshalb viel höher als die Vorinstanz angenommen habe. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz diesbezüglich vor, dass diese ihr das rechtliche Gehör verweigert und sie zudem auf Aussagen statt auf tatsächliche Direktimporte abgestellt habe.

Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, dass angesichts eines funktionierenden Interbrand-Wettbewerbs vertikale Abreden keine schädliche Auswirkungen hätten. Eine tatsächlich erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG könne daher von vorneherein gar nicht vorliegen. Dies entspreche der Mehrheitsmeinung in der juristischen und ökonomischen Literatur, mit welcher sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt und worüber sie sich hinweggesetzt habe. Schliesslich führt die Beschwerdeführerin an, dass ihr keine Marktmacht zukomme. Marktmacht bilde Voraussetzung schädlicher Auswirkungen von Vertikalabreden.

4.3.

4.3.1. Das Bundesgericht hat sich in BGE 143 II 297 vertieft mit dem Begriff der *Erheblichkeit* und mit *deren materiellem Gehalt* auseinandergesetzt (E. 5.1 - 5.3): Die *Erheblichkeit* stellt eine Bagatellklausel dar und bildet ein Aufgreifkriterium (E. 5.1.2 und 5.1.3). Dabei ist das Abstellen auf eine marktbeherrschende Stellung oder auf Marktmacht gesetzeswidrig (E. 5.1.3). Angesichts der klaren Trennung der Erheblichkeitsprüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG und der Rechtfertigungsprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG kann diese auch nicht bereits in jener enthalten sein. Bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG steht zudem die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Fokus; eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung ist demnach nicht zulässig (E. 5.1.3 und 5.1.4).

Aus der Auslegung des Begriffs der Erheblichkeit folgt, dass bei der Bestimmung deren *materiellen Gehalts* qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu bevorzugen sind (E. 5.2.1). Nach Auffassung des Bundesrates und des Parlaments sind gewisse Abreden aufgrund ihres Gegenstands erheblich, weshalb der Gesetzgeber davon ausging, dass in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, wenn die Vermutung einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt wird (historisches Element; E. 5.2.3). Das systematische und das teleologische Auslegungselement lassen erkennen, dass die nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG besonders schädlichen Abreden im Rahmen der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht ihre Schädlichkeit verlieren, weshalb die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG notwendigerweise besonders schädlich sind (E. 5.2.4). Damit wissen auch Unternehmen aufgrund des Gegenstands ihrer Abrede, ob sie unter den

Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG fallen. Handelt es sich um Abreden i.S. von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, sind in der Regel keine quantitativen Kriterien mehr notwendig, um zu bestimmen, ob die Abreden erheblich sind (E. 5.2.2).

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich erfüllen (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.6 S. 325).

4.3.2. Das Bundesgericht hat in BGE 143 II 297 E. 5.4.2 (S. 323 f.) ferner klargestellt, dass im Rahmen der Beurteilung der Frage, ob der Wettbewerb durch die Abrede beeinträchtigt wird, auch der *potentielle Wettbewerb* geschützt werden soll. Denn mit der Vereinbarung und nicht erst mit der Praktizierung der Abreden wird „ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit“ geschaffen, das „volkswirtschaftlich oder sozial schädlich“ für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist. Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können. Auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung kommt es nicht an.

4.4.

4.4.1. Im konkreten Fall handelt es sich um eine besonders schädliche Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG (Gebietsabschottung; vgl. oben E. 4.1). Sie erfüllt somit nach der dargelegten Rechtsauffassung aufgrund ihrer Qualität bereits das Erfordernis der Erheblichkeit. Die Auswirkungen müssen nicht geprüft werden. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach nicht aufgrund der Qualität der Abrede von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen sei, sondern die Auswirkungen der Abrede massgebend seien, trifft deshalb nicht zu. Unbeachtlich ist zudem der funktionierende Interbrand-Wettbewerb. Auch die reklamierte fehlende Marktmacht spielt keine Rolle. Vielmehr wäre die Berücksichtigung von Marktmacht gesetzeswidrig.

Mit der Exportklausel 1.5 der seit dem 1. Oktober 2003 verwendeten Händlerverträge ist es den Händlern nicht gestattet, unmittelbar oder über Dritte neue BMW-Fahrzeuge und Original BMW-Teile an Abnehmer u.a. der Schweiz zu liefern noch Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten. Damit ist der Wettbewerb nach dem Gesagten erheblich beeinträchtigt.

Die Beschwerdeführerin verweist im Zusammenhang mit der erheblichen Beeinträchtigung des Öfteren auf den Umstand, dass die strittige Abrede keine volkswirtschaftlich schädliche bzw. wohlfahrtsschädliche Auswirkungen hätten. Dieser Fokus zielt an der Sache vorbei. Massgebend ist die potenzielle Wirkung auf den Wettbewerb (vgl. oben E. 4.3). Mit der dargestellten Rechtsprechung findet auch kein per-se-Verbot von gewissen Abreden oder ein Teilkartellverbot statt: Ob eine Abrede, welche den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt, unzulässig ist, steht erst fest, wenn die Rechtfertigung der Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) scheitert (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.1 S. 319).

4.4.2. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz mehrfach vor, dass diese die notwendigen Abklärungen für die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede, für die fehlende Befolgung der Abrede und für die tatsächliche Anzahl von Importen von BMW- und MINI-Fahrzeugen

verweigert hätte. Sie rügt mithin eine Gehörsverweigerung (Art. 29 Abs. 2 BV).

Diesem Verfassungsgrundsatz kommt hier indes höchstens im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung Bedeutung zu, denn massgebend ist das Verwaltungsverhältnis, welches durch das Kartellgesetz bestimmt wird. Das KG bildet unmittelbarer Prüfmasstab (dazu Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 7.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268).

Nach Art. 39 KG sind auf die Kartellrechtsverfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Für Fragen der Sachverhaltsfeststellung und des rechtlichen Gehörs gilt das VwVG (vgl. etwa STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 39, N. 20, 57 ff., insbes. 82 ff.). Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Hierfür massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. In diesem Sinne müssen angebotene Beweise nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen (vgl. Urteil 2C_1019/2013 / 2C_1027/2013 / 2C_1051/2013 vom 2. Juni 2014 E. 4.1). Dies trifft hier zu: Die Beschwerdeführerin hat Beweise für fehlende tatsächliche Auswirkungen der Abrede, für deren fehlende Befolgung und für die tatsächliche Anzahl von Importen von BMW- und MINI-Fahrzeugen anboten. Diese Umstände sind, sofern wie hier eine Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, für die Sachverhaltsfeststellung nicht relevant. Insofern hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör nicht verletzt.

4.5. Die absolute gebietsabschottende Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beeinträchtigt somit den Wettbewerb erheblich. Sie ist dann unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG), wenn es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, diese durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen. Solche Gründe bringt die Beschwerdeführerin keine vor. Insofern ist die fragliche Exportklausel 1.5 der seit dem 1. Oktober 2003 verwendeten Händlerverträge nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig.

5. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG und Subsumtion

5.1. 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 I 297 E. 9.3 S. 338 f.; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 79 f.).

5.2. Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, dass eine Sanktionierung nur möglich sei, wenn eine Abrede vorliege, welche den wirksamen Wettbewerb

beseitige. Dies ergebe sich aus dem Willen des Gesetzgebers und der überwiegenden Lehre. Bei der Passage „Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG“ handle es sich nur um solche, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen würden. Der Wortlaut sei eindeutig und decke sich auch mit dem Willen des Gesetzgebers. Da in casu keine Wettbewerbsbeseitigung vorliege, verstosse eine Sanktionierung gegen Bundesrecht.

5.3. Das Bundesgericht hat sich in BGE 143 II 297 ebenfalls mit dem Normsinn von Art. 49a Abs. 1 KG vertieft auseinandergesetzt. Auch dort war strittig, was unter einer „unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4“, „accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4“ bzw. „accordo illecito secondo l'articolo 5 capoversi 3 e 4“ zu verstehen sei. Für die einen ist es ein Verweis auf Abreden, die den Wettbewerb *beseitigen*, für die anderen ein solcher auf Abreden, die *unzulässig* sind (E. 9.4.1). Beide Auffassungen werden auch in der Literatur vertreten. Der Wortlaut ist nicht eindeutig (E. 9.4.2). Die deutsche Version scheint eher davon auszugehen, dass es sich um Abreden handelt, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführt und zudem unzulässig sind. Die romanischen Sprachen legen aufgrund des nachgestellten Adjektivs (illicite bzw. illecito) eher nahe, dass Abreden gemeint sind, die nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unzulässig sind. Weiter half die Auslegung von Art. 5 KG: Die Unzulässigkeit einer Abrede ergibt sich nur aus Art. 5 Abs. 1 und nicht aus Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Abreden sind danach unzulässig, wenn sie in einem gewissen Ausmass den Wettbewerb vermindern; damit wird das deutsche Wortlautargument gestützt (E. 9.4.2). Dass der Gesetzgeber mit Binnenverweisen gearbeitet hat, um Art. 49a Abs. 1 KG nicht zu überlasten, spricht auch dafür, dass Art. 49a Abs. 1 KG auf den Abredetyp Bezug nimmt (E. 9.4.3). Die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind zudem besonders schädliche Abreden; sie bewahren ihre Schädlichkeit auch nach Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Es wäre deshalb widersprüchlich, wenn bei gleichen, die Handlungsfreiheit beschränkenden Abreden in einem Fall eine Sanktion resultieren würde, im anderen Fall dagegen nicht. Schliesslich stützt auch das historische Argument das deutsche Wortlautargument (E. 9.4.5). Zusammenfassend lässt sich festhalten: Mit „Abreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4“ sind diejenigen Abreden gemeint, die in den beiden Absätzen aufgeführt sind. Art. 49a Abs. 1 KG nimmt somit Bezug zum Abredetyp. Diese Abreden sind deshalb zu sanktionieren, weil sie aus Sicht des Gesetzes als besonders problematisch betrachtete Einschränkungen der marktbezogenen Handlungsfreiheit gelten, aber sie sind nur dann zu sanktionieren, wenn sie nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind. Unzulässig sind solche Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG, wenn sie den Wettbewerb beseitigen oder den Wettbewerb ohne Rechtfertigung erheblich beeinträchtigen (E. 9.4.6).

5.4. Angesichts des oben dargestellten Auslegungsergebnisses ist eine Sanktionierung nicht nur möglich, wenn eine den wirksamen Wettbewerb beseitigende Abrede vorliegt. Eine Sanktion ist auch dann auszusprechen, wenn es sich um eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede mit den in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Gegenständen handelt (Art. 5 Abs. 1 erster Teil KG). Dies trifft im vorliegenden

Fall zu. Der objektive Tatbestand ist erfüllt. Der Kartellrechtsverstoss der Beschwerdeführerin ist auch subjektiv zurechenbar, was unbestritten geblieben ist.

Die Beschwerdeführerin unterliegt deshalb der Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG.

6. Rechtsfolge von Art. 49a Abs. 1 KG: Sanktionierung

6.1. Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Sanktionsbemessung sei falsch. So habe die Vorinstanz *zum einen* (siehe E. 6.3) die relevanten Märkte in der Schweiz nach Art. 3 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SVKG; SR 251.5) falsch ermittelt. Es seien nur diejenigen Märkte relevant, auf denen ein zu sanktionierender Kartellrechtsverstoss nachgewiesen wurde, und dazu gehörte zwingend die erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb. Die vorinstanzliche Auffassung wäre nur dann korrekt, wenn die Absprache als solche bereits erheblich sei. Massgebend seien die Auswirkungen. *Zum anderen* (siehe E. 6.4) sei die Art und Schwere des Verstosses nach Art. 3 SVKG fehlerhaft geprüft worden. Sie dürften nicht aufgrund einer per-se-Erheblichkeit der Abrede gewertet werden.

6.2. Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das 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. Die *konkrete Sanktionsbemessung* erfolgt anhand der in Art. 2 ff. der SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten: 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). Die Beschwerdeführerin bezieht ihre Rügen nur auf den ersten Schritt. Danach sei der Basisbetrag nach Art. 3 SVKG falsch ermittelt worden.

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 des relevanten Markts - Umsatz auf diesem - Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses. Die ersten beiden Schritte sind tatsächlicher Art, während der dritte wertend ist.

6.3. Relevante Märkte nach Art. 3 SVKG bestimmen sich nach Art. 11 Abs. 3 lit. a und b VKU (SR 251.4; z.B. ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, Rz. 280). Der *sachliche* Markt umfasst nach Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Die Vorinstanz hat den sachlichen Markt als die Märkte für Kleinwagen, untere und obere Mittelklasse, Oberklasse und Luxusklasse angesehen. Dieser ist vor Bundesgericht unbestritten geblieben.

Die Beschwerdeführerin bringt diesbezüglich aber vor, dass nur diejenigen Märkte relevant seien, auf denen ein zu sanktionierender Kartellrechtsverstoss nachgewiesen werde, und dazu gehöre zwingend die erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb. Es seien deshalb zur Ermittlung des Umsatzes nur diejenigen Märkte zu berücksichtigen, auf welchen die Beschwerdeführerin auch tatsächlich eine starke Marktposition habe, was nur für die Segmente obere Mittelklasse, Oberklasse und Luxusklasse zutrefte. Die vorinstanzliche Auffassung wäre allerdings dann korrekt, wenn die Absprache als solche bereits erheblich sei.

Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist - wie dargelegt - als solche bereits erheblich, da es sich um eine absolut gebietsabschottende Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG handelt, unabhängig vom Marktanteil auf den relevanten Märkten. Die Marktanteile sind daher nicht bei der Ermittlung des Umsatzes (Art. 3 SVKG), sondern bei der Beurteilung der Schwere zu berücksichtigen (hinten E. 6.4).

6.4. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird der Sanktionsbetrag u.a. nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens bestimmt. Art. 3 SVKG hält konkretisierend fest, dass der Basisbetrag nach Schwere und Art des Verstosses gebildet wird. Unter Schwere ist die *objektive*, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen (vgl. DOSS, a.a.O., Rz. 285; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, 2004, S. 127 ff., 139; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 3.236). Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential, und zu berücksichtigen ist zudem u.a. der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.236).

Bei der Beurteilung der „Schwere und Art des Verstosses“ nach Art. 3 SVKG hat sich die Vorinstanz - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin - nicht an einem (nicht vorhandenen und unzulässigen) per-se-Verbot von vertikalen Gebietsabreden, sondern am abstrakten Gefährdungspotential, am Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs und der Wirksamkeit des Verstosses orientiert - wie im Übrigen bereits die WEKO (vgl. Verfügung vom 7. Mai 2012 Rz. 374) :

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Basisbetrags bildet der Verstoss, in casu das Exportverbot. Danach ist es den Händlern weder gestattet, unmittelbar oder über Dritte neue BMW Fahrzeuge und Original BMW Teile an Abnehmer in Länder ausserhalb des EWR zu liefern noch Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten. Damit findet eine Abschottung des schweizerischen Marktes statt: Es handelt sich - wie bereits dargelegt - um eine besonders schädliche Abrede. Der Gesetzgeber ist bei einer solche Abrede davon ausgegangen, dass diese vermutlich den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Auch wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, ändert dies an der Qualifikation der Abrede nichts, denn die Widerlegung der Vermutung bezieht sich nicht auf die Abrede selbst, sondern lediglich auf den wirksamen Wettbewerb (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.4 S. 317 f.).

Die Marktabschottung behinderte damit Direkt- und Parallelimporte. Die Exportverbotsklausel betraf alle relevanten Märkte und alle BMW und MINI Händler im EWR. Die Vorinstanz hat in ihren Ausführungen allerdings richtigerweise auch berücksichtigt, dass in einem gewissen Rahmen Parallel- und Direktimporte auf allen relevanten Märkten möglich waren. Sie hat sodann dem Umstand Rechnung getragen, dass trotz einer besonders schädlichen Abrede der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt, sondern „lediglich“ ohne rechtfertigende Gründe beeinträchtigt wurde. Erschwerend ist hingegen zu beachten, dass die Beschwerdeführerin trotz Kenntnis der Unzulässigkeit der Exportverbotsklausel - wie die Vorinstanz bei der subjektiven Zurechenbarkeit schlüssig dargelegt und bereits die WEKO konstatiert hat (vgl. Verfügung vom 7. Mai 2012 Rz. 342 ff.) - weiterhin an dieser festgehalten hat.

Nicht zu beanstanden ist damit, wenn die Vorinstanz von einem mittelschweren Verstoss ausgegangen ist und den Basisbetrag auf 5% festgesetzt hat. Die Art und Schwere des Verstosses sind im Übrigen vergleichbar mit derjenigen in BGE 143 II 297. Auch dort handelt es sich um einen mittelschweren Verstoss und der Basisbetrag ist ebenfalls auf 5% festgesetzt worden.

Für diese Schlussfolgerung ist - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht relevant, ob und wie viele Anzeigen bei der WEKO überhaupt eingegangen sind. Ebenso wenig ist die genaue Zahl der Direkt- und Parallelimporte erforderlich. Denn diese Zahlen geben - abgesehen von der Schwierigkeit, diese überhaupt korrekt zu bestimmen - nur Auskunft darüber, dass das Exportverbot der Beschwerdeführerin nicht überall strikt beachtet wurde, was bereits oben berücksichtigt wurde. Die Zahlen geben indes keine Auskunft darüber, wie viele Personen mit Wohnsitz in der Schweiz gestützt auf das Exportverbot kein Auto der Beschwerdeführerin im EWR kaufen konnten. Dies trifft auch für die Anzahl Anzeigen zu. Dass das Exportverbot auch für andere Nicht-EWR-Länder als die Schweiz gilt, ändert nichts an der Schwere des unzulässigen Verhaltens in Bezug auf den Schweizer Markt.

Die Vorinstanz hat insofern kein Bundesrecht verletzt.

7. Kosten und Parteientschädigung

Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist 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. 100'000.-- 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.

E	Diverses Divers Diversi
E	1. Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz

Gutachten vom 22. Mai 2017 in Sachen Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung betreffend Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz

A Überblick und Verfahren

1. Zeitschriften aus dem europäischen Ausland werden in der Schweiz häufig zu einem höheren Preis als im Ursprungsland verkauft. Der nominale Unterschied zwischen den Preisen für ausländische Zeitschriften (insbesondere für deutsche, italienische und französische Zeitschriften) im Ausland und der Schweiz ist über die Jahre recht stabil geblieben. Seit dem Jahr 2007 hat sich der Euro allerdings gegenüber dem Schweizer Franken erheblich abgewertet (von einem Wechselkurs von 1.67 CHF/EUR auf weniger als 1.10 CHF/EUR). In den meisten Sektoren hat dies dazu geführt, dass auch die Preise von in der EU produzierten und in der Schweiz verkauften Waren gesenkt wurden und so ein Teil der Wechselkursvorteile an die Endkundinnen und Endkunden weitergegeben wurde. Eine solche Entwicklung ist bei Zeitschriften in den letzten Jahren weitgehend ausgeblieben. Dies wird von verschiedenen Seiten als problematisch angesehen und hat zu verschiedenen parlamentarischen Vorstössen geführt.

2. Im Hinblick auf eine mögliche Einführung einer gesetzlichen Bestimmung in das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251), mittels welcher den als problematisch erachteten Preisunterschieden begegnet werden soll, hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (nachfolgend: WBF) am 6. Dezember 2016 bei der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) ein Gutachten in Auftrag gegeben.¹

3. Mit dem Gutachten soll die WEKO die nachfolgenden Fragen beantworten:

- Wie ist der praktizierte Vertrieb von Zeitschriften als Kommissionsmodell kartellrechtlich zu beurteilen?
- Mit welchen Mitteln könnte die Problematik der Preisunterschiede der Zeitschriften zum Ausland angegangen werden?

4. Am 14. Dezember 2016 bat das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) gestützt auf den Auftrag des WBF das Staatssekretariat für Wirtschaft (nachfolgend: SECO) und die Preisüberwachung per Amtshilfe um die Zustellung sämtlicher für die Erstellung des Gutachtens sachdienlicher Informationen.²

5. Mit E-Mail vom 16. Dezember 2016 stellte das SECO dem Sekretariat die aktuelle Version der Notiz z. Hd. der WAK-N betreffend die parlamentarische Initiative de Buman 16.420 in deutscher und französischer Sprache zu und gab an, dass beim SECO keine weiteren, darüber hinausgehenden sachdienlichen Unterlagen im Zusammenhang mit dem Dossier „Zeitschriftenvertrieb“ vorliegen würden.³

6. Am 21. Dezember 2016 fand zwischen dem Sekretariat und der Preisüberwachung ein Gespräch betreffend die Übergabe sachdienlicher Unterlagen statt. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2016⁴ hielt die Preisüberwachung fest, dass sie dem Sekretariat am 3. April 2013 einen Bericht über die festgestellten wettbewerblichen Mängel beim Zeitschriftenvertrieb sowie eine Stellungnahme vom 16. August 2013 zur Antwort des Sekretariats zu diesem Bericht habe zukommen lassen. Hierbei hat die Preisüberwachung auf zwei österreichische Urteile und eine Dissertation von Frau Anni Kollmann betreffend die Preisbindung für Zeitungen und Zeitschriften aufmerksam gemacht. Zudem wurde dem Sekretariat im damaligen Verfahren die Möglichkeit gegeben, von sachdienlichen Aktenstücken und Unterlagen Kopien anzufertigen. Weiter gibt die Preisüberwachung in ihrem Schreiben an, dass sie seit 2013 keine zusätzlichen Untersuchungshandlungen vorgenommen habe und weist darauf hin, dass gemäss dem letztmals im März 2015 publizierten Preisbarometer die Preisdifferenzen gegenüber Deutschland noch immer rund 69 %, gegenüber Frankreich rund 73 % und gegenüber Italien rund 133 % betragen würden.⁵

B Zugrunde gelegter Sachverhalt

7. Vorweg gilt es festzuhalten, dass sich die WEKO im Rahmen des vorliegenden Gutachtens lediglich auf den nachfolgend beschriebenen Sachverhalt stützt. Die tatsächlich zwischen Verlagen, Pressegrossist und Verkaufsstellen herrschenden Verhältnisse können von dem nachfolgend zugrunde gelegten Sachverhalt abweichen. Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass sich die beteiligten Unternehmen (Verlage, Pressegrossist und Verkaufsstellen) im vorliegenden Zusammenhang nicht

¹ Gutachtensauftrag des WBF vom 6. Dezember 2016.

² Amtshilfesuche an das SECO und die Preisüberwachung vom 14. Dezember 2016.

³ Amtshilfe durch das SECO vom 16. Dezember 2016.

⁴ Amtshilfe der Preisüberwachung vom 16. Dezember 2016.

⁵ In den zur Verfügung gestellten Unterlagen der Preisüberwachung befanden sich die nachfolgenden Aktenstücke: [...].

äussern konnten. Daher liefert das vorliegende Gutachten nur grundsätzliche Überlegungen zu den wesentlichen Rechtsfragen. Es stellt keine abschliessende Beurteilung der Verhaltensweisen der beteiligten Unternehmen dar.

8. Der Vertrieb ausländischer Zeitungen und Zeitschriften in der Schweiz erfolgt über den Pressegrossisten 7days Media Services GmbH (nachfolgend: 7days).⁶ 7days deckt, was den Vertrieb ausländischer Zeitungen und Zeitschriften anbelangt, sämtliche Sprachregionen der Schweiz ab, nachdem 7days im Jahr 2014 die Valora Mediaservices AG (damaliger Pressegrossist für die deutschsprachige und italienischsprachige Schweiz)⁷ und im Jahr 2016 Naville Distribution SA (damaliger Pressegrossist für die französischsprachige Schweiz)⁸ übernommen hat. Als Pressegrossist ist 7days der einzige Vertriebspartner für Presseerzeugnisse aller Verlags-häuser⁹ und ist damit das Bindeglied zwischen den Verlagen, die das Presseerzeugnis herstellen, und den Verkaufsstellen, die das Presseerzeugnis an den Endkunden verkaufen.

9. Das von 7days in der Schweiz angewendete Vertriebssystem zeichnet sich nach eigenen Angaben dadurch aus, dass (Zitat):¹⁰

- „**Dispositionsrecht:** der Verlag den Erstverkaufstag und den Angebotszeitraum bestimmt sowie dass der Verlag in Zusammenarbeit mit dem Grossisten die Angebotsmenge im Rahmen der Verkäuflichkeit bestimmt;
- **Remissionsrecht:** der Handel und der Grossist gegenüber den Verlagen ein volles Rückgaberecht auf Basis der Vertrauensremission hat;
- **Preisbindung:** der Verkaufspreis vom Verlag festgesetzt wird;
- **Verwendungsbindung:** der Pressetitel vom Verlag an den Grossisten angeliefert werden muss, um in den Handel zu gelangen;
- **Alleinauslieferungsrecht:** der Grossist ein Auslieferungsmonopol erhält und dafür die schweizweite Erhältlichkeit garantiert;
- **Neutralität:** der Grossist verpflichtet ist, für die Schweiz alle verkäuflichen Titel im Rahmen bestehender Gesetze und ökonomischer Grundsätze aufzunehmen und gleich zu behandeln.“

10. Hierbei gehen die Verlage mit 7days einen Vertrag betreffend den Vertrieb ihrer Presseerzeugnisse ein. In einem solchen Vertrag verpflichtet sich der Grossist in der Regel, die Presseerzeugnisse nur in dem vereinbarten Gebiet zu vertreiben. Der Verlag gesteht ihm im Gegenzug in der Regel das **Alleinvertriebsrecht** zu. Zudem wird der Grossist dazu verpflichtet, gegenüber den Verkaufsstellen (soweit gesetzlich zulässig) den vom Verlag festgelegten Endverkaufspreis (**Preisbindung**) sowie den Verkaufszeitraum (**Dispositionsrecht**) durchzusetzen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Verlag, die nicht verkauften Exemplare wieder zurück zu nehmen (**Remission**). Zwischen dem Verlag und dem Pressegrossisten wird in der Regel für den Vertrieb der Zeitschriften eine Marge auf dem mit dem Endverkaufspreis erzielten Umsatz vereinbart. Der Pressegrossist ist

dann für die Weitervermarktung im Handel innerhalb seines Gebiets zuständig (**Verwendungsbindung**).

11. Daher schliesst der Pressegrossist seinerseits mit den Verkaufsstellen jeweils Vertriebsverträge als Kommissionsverträge ab (vgl. nachfolgend Rz 17). Dies bedeutet, dass die Verkaufsstellen keine Eigentumsrechte an den Presseerzeugnissen erhalten und die Zeitschriften lediglich im Auftragsverhältnis für den Verlag allerdings in eigenem Namen an den Endkunden verkaufen. Im Rahmen dieser Verträge verpflichten sich die Verkaufsstellen, das Pressesortiment ausschliesslich beim Grossisten zu beziehen. Der Grossist legt zudem gegenüber den Verkaufsstellen individuell pro Verkaufspunkt das angebotene Sortiment fest – die Verkaufsstellen stellen also lediglich die Verkaufsflächen zur Verfügung. Den Verkaufsstellen wird weiter ein Rückgaberecht für unverkaufte Exemplare eingeräumt und es werden ihnen gewisse Warenrisiken übertragen (z.B. Kostentragung bei Verlust oder verspäteter Rückgabe). Für den Vertrieb der Presseerzeugnisse wird den Verkaufsstellen eine Marge auf dem mit dem Endverkaufspreis erzielten Umsatz gewährt. Der Endverkaufspreis ist allerdings für die Verkaufsstellen fix und kann nicht geändert werden. Auch dürfen die Presseerzeugnisse selbst nicht verändert werden und nur an Endkunden als Einzelverkäufe verkauft werden. Schliesslich ist den Verkaufsstellen der «Weiterverkauf» (d.h. Eigeneintritt) untersagt.¹¹

C Kartellrechtliche Beurteilung des Zeitschriftenvertriebs

12. Nachfolgend wird geprüft, ob die Ausgestaltung des im Sachverhalt beschriebenen Vertriebssystems als Kommissionsgeschäft eine Wettbewerbsabrede bzw. mehrere Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG enthält. Soweit eine Abrede vorliegt, erfolgt in einem zweiten Schritt deren kartellrechtliche Beurteilung, wobei insbesondere die relevanten Märkte abzugrenzen sind.

C.1 Der Vertrieb von Zeitschriften

13. Vor der kartellrechtlichen Beurteilung des in Kapitel B aufgeführten Sachverhalts ist es zunächst notwendig die ökonomischen Eigenschaften des Zeitschriftenvertriebs näher zu betrachten.

C.1.1 Zeitschriften als Informationsgut

14. Nach der ökonomischen Theorie sind Zeitschriften der Kategorie der Informationsgüter zuzuordnen.¹² Wie bei allen Informationsgütern sind auch bei Zeitschriften die initialen Herstellungskosten im Vergleich zu den

⁶ <so.chregister.ch/cr-portal/auszug/zefix?uid=CHE-326.530.560&lang=de> (23.12.2016).

⁷ RPW 2014/4, 744 ff., *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*.

⁸ RPW 2016/3, 782 ff., *7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import*.

⁹ RPW 2014/4, 479 Rz 40, *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*.

¹⁰ <www.7days-media.ch/wAssets/docs/Zeitschriftenvertriebssystem_7Days_DE.pdf> (23.12.2016).

¹¹ Vgl. Schreiben der Coop Genossenschaft vom 28. Februar 2017.

¹² CARL SHAPIRO/HAL A VARIAN, *Information Rules*, 1999, 3.

Reproduktionskosten sehr hoch. So kann die Herstellung einer Ausgabe einer Zeitschrift mehrere zehntausend Franken kosten, während die Druckkosten – je nach Qualität – unter einem Franken pro Heft liegen können. Diese Eigenschaften haben für Verlage als Hersteller und Vertreiber von Zeitschriften verschiedene Implikationen.

15. In der ökonomischen Literatur wird vorwiegend die Meinung vertreten, dass für die Preissetzung von Informationsgütern keine reine Grenzkostenbetrachtung angestellt werden kann, da ansonsten die sehr hohen Initialkosten für die Erstellung des Informationsgutes nicht getragen werden.¹³ Stattdessen setzen Unternehmen, die Informationsgüter herstellen und verkaufen, vorwiegend auf eine Produktdifferenzierungsstrategie, um ihren Kunden mit den differenzierten Produkten einen Mehrwert gegenüber Alternativen zu bieten. Dies erlaubt letztendlich eine Preissetzung, die sich eher am Kundennutzen als an den Grenzkosten orientiert.¹⁴

16. Kann ein Verlag daher einen Preis im Markt durchsetzen, der sich eher am Kundennutzen orientiert, ist er aufgrund der sehr geringen Reproduktionskosten daran interessiert, eine möglichst grosse Menge seiner Zeitschriften zu verkaufen, da jedes Exemplar, das er über den Reproduktionskosten verkaufen kann, einen positiven Deckungsbeitrag liefert. Um dies zu erreichen, versuchen Verlage ihre Zeitschriften an so vielen Orten wie möglich potenziellen Käufern zum Angebot zu unterbreiten. Für sie ist es unter diesen Umständen ökonomisch sinnvoll Ubiquität zu erreichen. Dies ist auch ohne Weiteres möglich, da aufgrund der im Vergleich zum erzielten Preis geringen Reproduktionskosten eine grössere Anzahl Zeitschriften produziert werden kann, als letztendlich von den Kunden nachgefragt wird.

C.1.2 Kommissionsgeschäft beim Zeitschriftenvertrieb

17. Der Zeitschriftenvertrieb ist in der Regel in drei Stufen organisiert, wobei die Verlage auf der obersten Stufe die Zeitschriften herstellen, die Pressegrossisten auf der nächsten Stufe die Verteilung und Auslieferung der Zeitschriften an die Verkaufsstellen vornehmen und auf der untersten Stufe die Verkaufsstellen die Zeitschriften an die Endkunden vertreiben. Dabei liegen sowohl als Kommissionsverträge bezeichnete Verträge zwischen Verlagen und Pressegrossisten als auch zwischen Pressegrossisten und Verkaufsstellen vor. Wie nachfolgend ausgeführt, bildete das Verhalten der Pressegrossisten wiederholt Gegenstand verschiedener Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden (Widerspruchsverfahren sowie einvernehmliche Regelungen zu den Handelsmargen), weshalb dieses nicht für die Problematik der Preisdifferenzen im Rahmen des Kommissionsgeschäfts ursächlich sein dürfte (vgl. nachfolgend Kap. D.3). Entsprechend ist nachfolgend die Marktstellung des Grossisten nicht Gegenstand der Beantwortung der ersten Frage des Gutachtensauftrags. Entsprechend ist die Unterscheidung zwischen den beiden Arten von Verträgen nicht entscheidend, weshalb für die Zwecke der Beurteilung des Kommissionsgeschäfts dieses als ein einziges Geschäft angesehen wird.

18. Beim Vertrieb von Zeitschriften verfügen die Verlage in der Regel weder über eine komplette Verkaufsorgani-

sation, welche eine Vielzahl von Verkaufsstellen umfasst, noch über die notwendige Marktnähe, um in der Schweiz einen flächendeckenden Verkauf von Zeitschriften zu bewerkstelligen. Die Verlage sind daher auf die Verkaufsdienstleistungen von Vertriebsorganisationen angewiesen. Zudem haben Verlage als Hersteller eines Informationsgutes ein Interesse daran, dass eine **möglichst grosse Anzahl** ihrer jeweiligen Zeitschriften an Kunden angeboten wird.

19. Für Verkaufsstellen sind Zeitschriften – sofern sie nicht im Kommissionsmodell vertrieben werden – ein reines Handelsgut, welches sich von anderen Handelsgütern nicht wesentlich unterscheidet. Die Verkaufsstelle hat für die einzelnen Handelsgüter aufgrund der voraussichtlichen Absatzmenge des Gutes und der Differenz zwischen dem Einkaufspreis und dem erzielbaren Verkaufspreis ihr Produktsortiment zu optimieren. Da eine Verkaufsstelle das Verkaufsrisiko für den Vertrieb eines gewöhnlichen Handelsgutes in der Regel selbst trägt, ist sie – im Gegensatz zum Verlag – nicht am Vertrieb einer möglichst maximalen, sondern lediglich am Vertrieb einer für sie **optimalen Anzahl** des jeweiligen Handelsgutes interessiert. Sobald das Verlustrisiko einer nicht verkauften Ware grösser ist als der zu erwartende Gewinn, wird eine Verkaufsstelle nach rationalen Überlegungen auf einen Vertrieb dieser Ware verzichten.

20. Damit haben Verlage am Verkauf einer möglichst grossen Anzahl der jeweils erstellten Zeitschriften ein Interesse, unabhängig davon, ob hierbei eine bedeutend grössere Menge produziert wird als letztendlich abgesetzt werden kann (vgl. Rz 14). Demgegenüber haben Verkaufsstellen, wenn sie – wie bei einem normalen Handelsgeschäft – das Verlustrisiko an nicht verkauften Exemplaren tragen, ein Interesse, nur so viele Zeitschriften einzukaufen, wie sie verkaufen können. Diese unterschiedlichen Interessen können dadurch ausgeglichen werden, dass die Verlage durch die Ausgestaltung des Zeitschriftenvertriebs das Verkaufsrisiko für die Verkaufsstelle übernehmen und damit den Verkaufsstellen ein Remissionsrecht einräumen. Damit kann aus rein ökonomischer Sicht eine solche Risikoteilung effizient sein.

C.1.3 Das Kommissionsgeschäft gemäss OR

21. Bei der obligationenrechtlichen Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts, kann die Frage gestellt werden, ob tatsächlich ein Kommissionsgeschäft im Sinne von Art. 425 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizer Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220) vorliegt oder ob aufgrund der Dauerhaftigkeit und Vielzahl betroffener Rechtsgeschäfte auch auf ein Agenturverhältnis im Sinne von Art. 418a ff. OR oder auf einen Innominatvertrag geschlossen werden könnte. Vorliegend spielt die obige Unterscheidung allerdings keine Rolle. Für den vorliegend allenfalls relevanten Abschlussagenten kommen einerseits ohnehin die Bestimmungen des Kommissionsvertrags ergänzend

¹³ CARL SHAPIRO/HAL A VARIAN, Information Rules, 1999, 3.

¹⁴ CARL SHAPIRO/HAL A VARIAN, Information Rules, 1999, 24 ff.

zur Anwendung (Art. 418b OR). Andererseits kommen für das Kommissionsverhältnis subsidiär die Bestimmungen des Auftragsrechts zur Anwendung (Art. 425 Abs. 2 OR). Daher wird nachfolgend von der im Markt gängigen Bezeichnung als Kommissionsgeschäft ausgegangen.

22. Das Kommissionsgeschäft ist gemäss Art. 425 OR ein Auftragsverhältnis, bei welchem ein Verkaufskommissionär gegen eine Kommissionsgebühr (Provision) in eigenem Namen für Rechnung eines anderen (Kommittenten) den Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen übernimmt. Das Kommissionsgeschäft findet oft in Konstellationen Anwendung, in denen der Kommissionär über eine Vermarktungsorganisation und über Marktbeziehungen verfügt, die dem Kommittenten fehlen, und der Kommittent über Kapazitäten verfügt, die ihm die Übernahme eines grösseren Handelsrisikos als dem Kommissionär erlaubt.¹⁵

23. Im Hinblick auf die Preisgestaltung sieht die gesetzliche Ausgestaltung des Kommissionsgeschäfts insbesondere vor, dass der Kommittent den Kommissionär an eine Preisvorgabe binden kann (Art. 428 Abs. 1 OR). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist allerdings der Kommissionär grundsätzlich frei, unter dem festgesetzten Preis zu verkaufen, wenn er für die Preisdifferenz aufkommt, indem er beispielsweise einen Teil der Provision dafür aufwendet und keine anderen Gründe (wenn beispielsweise aus verkaufpsychologischen Gründen ein bestimmtes Preissegment, z. B. im Luxuspreissegment, eingehalten werden soll) gegen einen Verkauf unter der vom Kommittenten gesetzten Preislimite sprechen.¹⁶ In der Lehre wird die Unterschreitung der Preislimite mit Blick auf Art. 428 Abs. 2 OR dagegen grundsätzlich als Vertragsverletzung qualifiziert, insbesondere wenn der Kommittent mit der Preislimite andere Ziele als einen Mindestgewinn verfolgt, die mit einer Unterschreitung des Preises unterlaufen würden.¹⁷ Als Beispiele werden hierbei die Erhaltung des Preisgefüges innerhalb seiner Produktpalette und die Aufrechterhaltung eines mit einem prestigeträchtigen Produkt assoziierten Mindestpreises aufgeführt. Allerdings gehen die zitierten Autoren nicht so weit, einen Verkauf unterhalb der vom Kommittenten gesetzten Preislimite als unredlich im Sinne von Art. 433 Abs. 1 OR zu qualifizieren, wenn der Kommissionär die Preisdifferenz übernimmt.¹⁸ Dies wird insbesondere daraus abgeleitet, dass ein Kommissionär gemäss Art. 436 Abs. 1 OR selbst als Käufer für das Gut, das er zu verkaufen beauftragt ist, eintreten kann.¹⁹ Er ist in einem solchen Fall gemäss Art. 436 Abs. 2 OR verpflichtet, den zur Zeit der Ausführung des Auftrages geltenden Börsen- oder Marktpreis in Rechnung zu bringen und kann sowohl die gewöhnliche Provision als die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen. Der Eigeneintritt kann jedoch gemäss Art. 436 Abs. 1 OR vertraglich ausgeschlossen werden.

24. Bei der sogenannten Verkaufskommission wird der Kommissionär grundsätzlich nicht Eigentümer des Kommissionsgutes.²⁰ Der Kommissionär erbringt damit lediglich Verkaufsdienstleistungen für den Kommittenten. Dies folgt unter anderem der Überlegung, dass dem Kommissionär grösstmögliche Sicherheit im Hinblick auf das Verkaufsrisiko gewährt werden soll. Der Verkaufs-

kommissionär benötigt kein Eigentum an der Ware, um seinen Auftrag vertragskonform erfüllen zu können. Er braucht einzig die Ermächtigung, dem Käufer rechtsgültig Eigentum an der Ware zu verschaffen.

25. Beim Kommissionsgeschäft handelt der Kommissionär in eigenem Namen aber auf Rechnung des Kommittenten. Grundsätzlich wird der Kommittent dadurch, dass der Kommissionär in eigenem Namen handelt, durch das Geschäft nicht direkt verpflichtet (vgl. Art. 32 Abs. 1 OR e contrario). Ist es dem Erwerber jedoch gleichgültig, mit wem er den Vertrag abschliesst, so wird gemäss den Vorschriften zur Stellvertretung (Art. 32 Abs. 2 OR) der Kommittent und nicht der Kommissionär verpflichtet.

C.2 Geltungsbereich des Kartellgesetzes

26. Das Kartellgesetz²¹ gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 KG für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

27. Nachfolgend ist zu prüfen, ob es sich bei den Akteuren um Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG handelt. Hierzu ist zu berücksichtigen, dass Art. 2 KG von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Kartellgesetzes handelt.²² Der Geltungsbereich ist grundsätzlich weit auszulegen.²³ Entsprechend ist zu prüfen, ob ein Akteur selbständig als Anbieter oder Nachfrager in irgendeinem Wirtschaftsprozess auftritt.

28. Im vorliegenden Fall treten die Verlage als Anbieter von Zeitschriften sowie als Nachfrager von Vertriebs- und Verkaufsdienstleistungen im Wirtschaftsprozess auf. Die Pressegrossisten bieten gegenüber den Verlagen und Verkaufsstellen im Wesentlichen Vertriebsdienstleistungen im Wirtschaftsprozess des Zeitschriftenvertriebs an. Die Verkaufsstellen schliesslich sind als Anbieter von Verkaufsdienstleistungen zu betrachten.

¹⁵ CHRISTIAN LENZ/ANDREAS VON PLANTA, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), 6. Auflage, 2015, Vorbemerkungen zu Art. 425 – 438 OR, N 1.

¹⁶ Vgl. BGE 112 II 337, E. 4c.

¹⁷ BSK OR-LENZ/VON PLANTA (Fn 15), Art. 428 OR, N 2.

¹⁸ BSK OR-LENZ/VON PLANTA (Fn 15), Art. 428 OR, N 2.

¹⁹ BSK OR-LENZ/VON PLANTA (Fn 15), Art. 428 OR, N 2.

²⁰ BSK OR-LENZ/VON PLANTA (Fn 15), Art. 434 OR, N 4.

²¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz KG; SR 251).

²² Vgl. BGE 141 II 66, E. 3.2, welcher analog zwischen generell-abstrakter Marktabgrenzung im Hinblick auf die Beurteilung von Normkollisionen im Sinne von Art. 3 KG und der einzelfallspezifischen Marktabgrenzung bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Sachverhalten unterscheidet.

²³ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2016/3, 836 ff. E. 4, *Nikon AG/WEKO*.

29. Alle drei Akteure treten damit grundsätzlich im jeweiligen Wirtschaftsprozess – vorbehaltlich einer vertikalen Integration (Konzernsachverhalt) – als wirtschaftlich selbständige Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auf. Sie sind daher als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

C.3 Vorliegen einer Wettbewerbsabrede

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

31. Eine Wettbewerbsabrede 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.²⁴

C.3.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

32. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,²⁵ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden²⁶. Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.²⁷ Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition in einem konkreten Wirtschaftsprozess verzichten.²⁸

33. Als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten sowohl erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Erstere können in vertragsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Form gekleidet sein. Unter Zweiteren sind Übereinkünfte von Gesellschaften zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen;²⁹ es wird also auf die freiwillige Einhaltung solcher Vereinbarungen vertraut. Aus kartellrechtlicher Sicht sind beide dieser Formen von Vereinbarungen gleichwertig, weshalb nicht untersucht zu werden braucht, ob eine Vereinbarung gemäss den Abredeteiligen erzwingbar sein soll oder nicht.

34. Wie bereits in Rz 17 beschrieben, wird zum Zwecke des vorliegenden Gutachtens nicht zwischen den Kommissionsverträgen zwischen Verlagen und Grossisten einerseits und Grossisten und Verkaufsstellen andererseits unterschieden. Vielmehr wird von einem mittelbaren Kommissionsverhältnis zwischen Verlagen und Verkaufsstellen ausgegangen. Ob zur kartellrechtlichen Beurteilung des Verhaltens der Grossisten auch das Vorliegen einer Vertikalabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG für das Verhältnis zwischen Verlagen und Pressegrossisten zu prüfen wäre, kann vorliegend offen gelassen werden, da sich die Preisfestsetzung im Rahmen des Kommissions-

geschäfts letztendlich nur auf die Endverkaufsstelle direkt auswirkt.

35. Mittels Kommissionsvertrag wird das Zusammenwirken betreffend den Pressevertrieb zwischen Verlagen und Verkaufsstellen (mittelbar über den Pressegrossisten) geregelt. Damit liegt beim Kommissionsvertrag ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen Kommittenten (Verlag) und Kommissionär (Verkaufsstelle) bzw. von zwei wirtschaftlich unabhängigen Unternehmen vor. Hierbei legen der Kommissionär und der Kommittent die Modalitäten ihrer Zusammenarbeit fest. Der Kommissionär erbringt für den Kommittenten Verkaufsdienstleistungen, wobei Letzterer gegenüber dem Käufer des Kommissionsgutes in der Regel in eigenem Namen auftritt.

36. Grundsätzlich sieht das Kommissionsgeschäft die Möglichkeit des Eigeneintritts vor (vgl. Art. 436 Abs. 1 OR). Damit könnte der Kommissionär die Zeitschrift unter Abzug seiner Provision kaufen und so Eigentümer der Zeitschrift werden. Diese könnte er dann auf eigene Rechnung und eigenes unternehmerisches Risiko zu einem beliebigen Preis weiterverkaufen. Mit dem Eigeneintritt zwecks Weiterverkauf würde die Verkaufsstelle somit Nachfrager nach dem Vorleistungsprodukt Zeitschriften und würde diese als eigenständiger Anbieter von Zeitschriften wie ein Detailhändler verkaufen.

37. Indem der Eigeneintritt zwecks Weiterverkauf vertraglich ausgeschlossen wird (vgl. Rz 11), verzichten die Verkaufsstellen auf die Möglichkeit einer eigenen Wettbewerbsposition. Zwar ist die Möglichkeit des Ausschlusses des Eigeneintritts im OR explizit vorgesehen. Jedoch ist ein solcher dem Kommissionsgeschäft grundsätzlich nicht inhärent. Damit liegt mit dem Ausschluss des Weiterverkaufs ein zusätzliches bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Hinblick auf den Markteintritt der Verkaufsstellen im Bereich des Zeitschriftenverkaufs vor.

38. Ob und inwiefern der Ausschluss des Eigeneintritts von beiden Vertragsparteien gewollt ist, hängt von den konkreten Umständen ab. Je nach Interessenlage und Marktstellung kann ein solches Verbot auch einseitig erzwungen werden, mithin gegebenenfalls von einem Verhalten gemäss Art. 7 KG gesprochen werden muss (vgl. BGE 124 III 495 E.2.a).

²⁴ So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

²⁵ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

²⁶ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 25), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

²⁷ 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*.

²⁸ 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*.

²⁹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 25), Art. 4 Abs. 1 KG N 94, m.w.H.

39. Damit liegt ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen Verlagen und Verkaufsstellen sowohl im Hinblick auf die gemeinsame Ausgestaltung des Pressevertriebs als Kommissionsgeschäft als auch im Hinblick auf den Ausschluss des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf vor. Somit sind Verlage und Verkaufsstellen grundsätzlich Abredeparteien.

C.3.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

40. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“.

41. Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.³⁰ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.³¹

42. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.³² Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG eher rasch zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, da bereits ein „Bezwecken“ zu bejahen ist.³³ Für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG ist es nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden ist und dadurch bestimmte Wirkungen im Markt ausgelöst hat.³⁴ Dabei ist anzumerken, dass es nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts auch hinsichtlich des Tatbestandselements der Beeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG genügt, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können. Tatsächliche Auswirkungen müssen auch hier nicht nachgewiesen werden.³⁵

43. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.³⁶ 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 dabei unerheblich.³⁷

44. Es stellt sich die Frage, ob die Abredeparteien durch die Ausgestaltung des Pressevertriebs als Kommissionsgeschäft auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.

45. Indem die Verkaufsstellen im Rahmen des Kommissionsgeschäftes im Markt lediglich eine Verkaufsdienstleistung anbieten und nicht auf eigenes Risiko Zeitschriften einkaufen, um diese danach an die Endkunden weiterzuverkaufen, verzichten sie auf einen grossen Teil der Handlungsmöglichkeiten aber auch des unternehmerischen Risikos, welches für ein Detailhandelsunternehmen typisch ist.

46. Dies beinhaltet, dass die Verkaufsstelle als Kommissionär lediglich Auftragnehmer ist und damit nicht Eigentümer des Kommissionsgutes wird. Damit verbleiben das Eigentum sowie grundsätzlich sämtliche Rechte und Pflichten, so auch die Preissetzungshoheit, soweit nichts anderes vereinbart wurde, beim Kommittenten.

47. Gemäss den vertikalen Leitlinien der EU-Kommission kann ein Kommissionsgeschäft unter die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV³⁸ fallen, wenn der Kommissionär (bzw. Agent) ein nicht unerhebliches finanzielles oder unternehmerisches Risiko betreffend seine Tätigkeit als Auftragnehmer trägt.³⁹ Zudem kann der Agent bzw. Kommissionär unabhängig vom unternehmerischen Risiko unter den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, wenn das Auftragsverhältnis zu einer Erleichterung der Kollusion zwischen den Auftraggebern führen kann, namentlich, wenn mehrere Auftraggeber denselben Auftragnehmer im Hinblick auf eine mögliche horizontale Absprache zwischen den Auftraggebern wählen.⁴⁰ Letzteres wird in Kap. D.3 behandelt.

48. Die vorliegend interessierende Frage der Risikoteilung und damit dem Bestehen einer Wettbewerbsbeschränkung infolge eines Kommissionsgeschäfts wird in der EU im Rahmen des sog. Handelsvertreterprivilegs bzw. Agency-Agreements geprüft.⁴¹ Gemäss EU-Vertikalleitlinien ist ein Handelsvertreter „eine juristische oder natürliche Person, die mit der Vollmacht ausgestattet ist, im Auftrag einer anderen Person (des Auftraggebers) entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers Verträge auszuhandeln und/oder zu schliessen, die Folgendes zum Gegenstand haben: den

³⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 25), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.

³¹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 25), Art. 4 Abs. 1 KG N 63; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

³² Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

³³ So auch: Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

³⁴ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

³⁵ Vgl. Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.06.2016, E. 5.4.2, *Gaba/WEKO*.

³⁶ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 25), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

³⁷ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 25), Art. 4 Abs. 1 KG N 71; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

³⁸ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABL C 326/47 vom 26.10.2012 (AEUV).

³⁹ Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission, ABL C 130 vom 19.5.2010 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), N 13 ff.

⁴⁰ EU-Vertikalleitlinien, N 21 ff.

⁴¹ Vgl. zum Ganzen VOLKER EMMERICH, in: Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immennga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Auflage 2014, Art. 101 Abs. 1 AEUV N 185 ff.; vgl. auch RPW 2013/4, 478 ff. Rz 18 ff., *Costa Kreuzfahrten*. Zur analogen Anwendung des EU-Rechts: Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016, E. 5.3.4 und E. 6.2.3.

Ankauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Auftraggeber, oder den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen des Auftraggebers.⁴²

49. Im Rahmen des Handelsvertreterprivilegs ist im europäischen Recht das finanzielle oder geschäftliche Risiko, das der Handelsvertreter bezüglich der ihm vom Auftraggeber übertragenen Tätigkeiten trägt, entscheidend.⁴³ Danach beurteilt sich, ob der Handelsvertreter als eigenständige Abredepartei angesehen wird oder seine Handlungen dem Auftraggeber zugerechnet werden und die Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Handelsvertreter infolge Handelsvertreterprivileg nicht als Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden. Eine Vereinbarung wird dabei im Allgemeinen als unter das Handelsvertreterprivileg fallend betrachtet, wenn das Eigentum an erworbenen oder verkauften Vertragswaren nicht auf den Handelsvertreter übergeht, wenn der Handelsvertreter die Vertragsdienstleistungen nicht selbst erbringt und wenn der Vertreter:⁴⁴

- a) sich nicht an den Kosten, einschliesslich Beförderungskosten, beteiligt, die mit der Lieferung/Erbringung bzw. dem Erwerb der Vertragswaren oder -dienstleistungen verbunden sind. Dies schliesst nicht aus, dass der Handelsvertreter Beförderungsleistungen erbringt, sofern die Kosten vom Auftraggeber übernommen werden;
- b) nicht auf eigene Kosten oder eigenes Risiko Vertragswaren lagert, was die Kosten für die Finanzierung der Lagerbestände und für den Verlust von Lagerbeständen einschliesst, und unverkaufte Waren unentgeltlich an den Auftraggeber zurückgeben kann, sofern der Handelsvertreter nicht für Verschulden haftet, (wenn er es z. B. versäumt, zumutbare Sicherheitsmassnahmen zu treffen, um den Verlust von Lagerbeständen zu vermeiden);
- c) gegenüber Dritten keine Haftung für Schäden übernimmt, die durch das verkaufte Produkt verursacht wurden (Produkthaftung), es sei denn, er ist als Handelsvertreter dafür verantwortlich;
- d) keine Haftung dafür übernimmt, dass die Kunden ihre Vertragspflichten erfüllen, mit Ausnahme des Verlustes der Provision des Handelsvertreters, sofern dieser nicht für Verschulden haftet (wenn er es z. B. versäumt, zumutbare Sicherheitsmassnahmen oder Diebstahlsicherungen vorzusehen oder zumutbare Massnahmen zu treffen, um Diebstähle dem Auftraggeber oder der Polizei zu melden, oder es unterlässt, dem Auftraggeber alle ihm bekannten Informationen hinsichtlich der Zahlungserlässlichkeit seiner Kunden zu übermitteln);
- e) weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet ist, in verkaufsfördernde Massnahmen zu investieren und sich z. B. an den Werbeaufwendungen des Auftraggebers zu beteiligen;
- f) nicht in marktspezifische Ausrüstungen, Räumlichkeiten oder Mitarbeiterschulungen investiert, wie z. B. einen Kraftstofftank im Fall des Kraftstoff Einzelhandels oder spezielle Software für den Verkauf von Policen im Fall von Versicherungs-

vermittlern, es sei denn, der Auftraggeber übernimmt diese Kosten in vollem Umfang;

- g) keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers auf demselben sachlich relevanten Markt wahrnehmen muss, es sei denn, der Auftraggeber übernimmt die Kosten hierfür in vollem Umfang.

50. In der Schweiz ist der Begriff des Handelsvertreters nicht kodifiziert.⁴⁵ Dennoch können die in der EU entwickelten Grundlagen bezüglich der Risikoverteilung im Hinblick auf die Klärung der Frage herangezogen werden, ob einzelne an einem Auftragsverhältnis beteiligte Unternehmen auf einen Teil ihrer unternehmerischen Handlungsmöglichkeiten verzichten, um das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einzuschränken. Hierbei stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit des Auftragnehmers aufgrund des fehlenden unternehmerischen Risikos vollumfänglich dem Auftraggeber zuzurechnen ist, womit keine Wettbewerbsabrede zwischen den beiden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen würde oder ob die Tätigkeit des Auftragnehmers im Hinblick auf das von ihm getragene Risiko eigenständige Handlungsmöglichkeiten zu qualifizieren sind, welche im Rahmen des Auftragsverhältnisses durch eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG eingeschränkt werden.

51. Im vorliegenden Kommissionsmodell beim Zeitschriftenvertrieb geht wie im zugrunde gelegten Sachverhalt ausgeführt grundsätzlich kein Eigentum am gehandelten Gut (Zeitschriften) auf die Verkaufsstelle über (vgl. Rz 23). Zudem beteiligt sich die Verkaufsstelle nicht an den Transportkosten (Rz 49 lit. a). Die Verkaufsstelle kann aufgrund des Remissionsrechts nicht verkaufte Exemplare an den Verlag zurückgeben (Rz 49 lit. b). Zwar muss die Verkaufsstelle im Rahmen ihrer Tätigkeit Verkaufsflächen vorhalten, für welche sie nur entschädigt wird, wenn sie auch tatsächlich Zeitschriften verkauft. Es stellt sich daher im konkreten Einzelfall die Frage, ob dieses Entgelt für die Bereitstellung der Verkaufsfläche bzw. das damit zusammenhängende Risiko der Unverkäuflichkeit bereits in der Marge abgegolten ist. Sollte die Bereitstellung der Verkaufsfläche nicht in der gewährten Handelsmarge abgegolten sein, läge allenfalls ein nicht zu vernachlässigendes unternehmerisches Risiko vor (vgl. Rz 49 lit. b). Gemäss dem zugrunde gelegten Sachverhalt übernimmt die Verkaufsstelle auch keine Haftung für Schäden, die durch die Zeitschrift verursacht werden könnten (z.B. Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Rz 49 lit. c). Eine Haftung für Vertragspflichten der Kunden im Sinne von Rz 49 lit. d kommt gemäss dem zugrunde gelegten Sachverhalts ebenfalls nicht zu Stande, da es sich beim Zeitschriftenverkauf um ein Zug um Zug Geschäft handelt. Wie bereits oben (vgl. Rz 25) ausgeführt, ist es fraglich ob die Verkaufsstelle

⁴² EU-Vertikalleitlinien N 12.

⁴³ EU-Vertikalleitlinien N 13.

⁴⁴ EU-Vertikalleitlinien N 16.

⁴⁵ Am ehesten dürften darunter die Vertragsverhältnisse des Auftrags (Art. 394 ff. OR), insbesondere des Agenturvertrags (Art. 418a ff. OR), und der Kommission (Art. 425 ff. OR) fallen.

durch das Kommissionsgeschäft mittelbar oder unmittelbar im Verkaufsgeschäft verpflichtet. Falls dies nicht der Fall ist, bedeutet dies, dass lediglich eine Vertragsbeziehung zwischen dem Kunden und dem Verlag besteht. Andernfalls könnte sich die Verkaufsstelle möglichen Regressforderungen seitens der Endkunden und damit einem nicht unerheblichem unternehmerischen Risiko ausgesetzt sehen. Weiter sind die Verkaufsstellen gemäss dem zugrunde gelegten Sachverhalt nicht verpflichtet in verkaufsfördernde Massnahmen zu investieren (Rz 49 lit. e). Auch machen die Verlage gemäss dem zugrunde gelegten Sachverhalt keine speziellen Vorgaben hinsichtlich marktspezifischen Ausrüstungen, Räumlichkeiten etc (Rz 49 lit. f). Schliesslich bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass die Verkaufsstellen weitere Tätigkeiten auf Verlangen der Verlage auszuführen hätten (Rz 49 lit. g). Wie bereits einleitend ausgeführt, kann die WEKO im Rahmen des vorliegenden Gutachtens keine abschliessende Beurteilung des tatsächlichen Sachverhalts vornehmen (vgl. Rz 7).

52. Im europäischen Ausland gibt es Beispiele in denen dem Kommissionsmodell beim Zeitschriftenvertrieb der Charakter einer Abrede zugesprochen wird. Zu erwähnen ist § 30 des deutschen Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in dem der deutsche Gesetzgeber die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften vom Kartellverbot gemäss § 1 GWB ausgenommen hat. Dies ist ein Hinweis dafür, dass der deutsche Gesetzgeber die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften grundsätzlich als Abrede qualifiziert, ansonsten kein Bedarf bestünde, sie vom Kartellverbot freizustellen.⁴⁶

53. Auch der EuGH stellte im Verfahren gegen AMP die Unvereinbarkeit der Vertriebsverträge der belgischen Presse mit Art. 101 Abs. 1 AEUV fest. Der EuGH hat aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es Sache der Kommission sei, zu prüfen, ob in diesem Fall eine Preisbindung gerechtfertigt und somit nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt ist.⁴⁷ Die EU-Kommission hat es in der Folge als zulässig erachtet, dass im Rahmen eines Vertriebssystems, in welchem ein Herausgeber mit einem Händler eine Rücknahmeklausel vereinbart, der das Hauptrisiko tragende Herausgeber auch den Verkaufspreis festlegt. Die Vereinbarung wurde entsprechend freigestellt.⁴⁸

54. Weiter gibt es Urteile der österreichischen Kartellgerichte, in denen die Preisbindung und das Allgemeinvertriebsrecht des Grossisten als Abrede qualifiziert und das Vorliegen eines Handelsvertreterprivilegs verneint worden ist.⁴⁹ Im fortgesetzten Verfahren hat der Oberste Gerichtshof das Pressevertriebssystem allerdings als gerechtfertigt im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV und damit als zulässig qualifiziert.⁵⁰

55. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass das benachbarte Ausland sowie die EU das Pressevertriebssystem trotz möglicher wettbewerbsrechtlicher Bedenken insbesondere hinsichtlich der Preissetzung durch die Verlage und der Gebietsmonopole als zulässig erachtet oder freigestellt hat.

56. In der Literatur wird das Thema kontrovers diskutiert. So finden sich Hinweise dafür, dass das Handelsvertreterprivileg auf den Zeitschriftenvertrieb nicht anwendbar

ist. In einer 2011 publizierten Dissertation wird die Auffassung vertreten, dass das heutige Vertriebssystem dem europäischen Kartellrecht (Art. 101 AEUV) widerspricht und in dieser Form nicht zwingend notwendig ist, um die damit angestrebte Titelvielfalt und flächendeckende Versorgung mit Zeitungen und Zeitschriften sicherzustellen. Auch wird darin das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung der Preisbindung gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV verneint.⁵¹ Andererseits wird postuliert, dass ausgehend von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise in der Schweiz weder der Agent noch der Kommissionär in Bezug auf den Markt für die Vertragswaren als Unternehmen i. S. v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren sei.⁵²

57. Anzumerken ist dabei, dass das Schweizer Kartellrecht keine ex ante Freistellungsmöglichkeit kennt. Sofern ein Kommissionsvertriebssystem als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren wäre, müsste dieses in der Schweiz aufgrund des Vermutungstatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG unter Umständen (Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs) verboten werden, ohne dass die in der europäischen Praxis anerkannten Rechtfertigungsgründe geprüft werden könnten. Vorbehalten bliebe in diesem Fall lediglich die ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat aus überwiegenden öffentlichen Interessen gemäss Art. 8 KG.

58. Für die Schweiz ergibt sich somit Folgendes. Falls die oben genannten Kriterien (vgl. Rz 49) nicht erfüllt sind und die Verkaufsstellen damit nicht nur Verkaufsdienstleistungen erbringen, sondern beim Vertrieb von Zeitschriften aufgrund des von ihnen getragenen unternehmerischen Risikos als eigenständige wirtschaftliche Akteure anzusehen sind, ist ihre Tätigkeit nicht den Verlagen zuzurechnen. In einem solchen Fall ist das im Rahmen des Pressevertriebs gelebte Kommissionsmodell als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

59. Separat zu prüfen ist der Ausschluss des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf beim Zeitschriftenvertrieb, zumal dieser dem Kommissionsvertrag nicht immanent ist. Durch den Ausschluss des Eigeneintritts zwecks

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen VOLKER EMMERICH, in: Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB/Teil 1, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Auflage 2014, § 30 GWB N 3 ff.

⁴⁷ EuGH Urteil vom 03.07.1985 — 243/83. Slg. 1985, S. 2015. Rn. 48 Abs. 4 — AMP.

⁴⁸ Vgl. XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999 der Europäischen Kommission, S. 182 f.

⁴⁹ Urteil des Obersten Gerichtshofs als Kartellgericht vom 15. Juli 2009 (GZ 16 Ok 6/09); Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 20.03.2013 (GZ 26Kt 17, 18, 27, 28/07-150).

⁵⁰ Medienmitteilung der Bundeswettbewerbsbehörde in Sachen Presse-grosshandel, abrufbar unter: www.bwb.gv.at/KartelleUndMarkmacht/misbrauch/Entscheidungen/Seiten/BWBK-144Pressegrosshandel.asp, zuletzt besucht am 09.05.2017.

⁵¹ ANNI KOLLMANN, Die Preisbindung für Zeitungen und Zeitschriften, eine ökonomische und rechtliche Betrachtung, Baden-Baden 2011.

⁵² MONIKA RUGGLI, Agentur und Kommission im Kartellrecht, SIC! 2006, S. 162.

Weiterverkauf beim Zeitschriftenvertrieb haben die Verkaufsstellen (und grundsätzlich auch die Pressegrossisten) keine Möglichkeit als potenzielle Anbieter der Zeitschrift ebenfalls im Markt aufzutreten. Damit liegt im Ergebnis ein zwischen den Vertragsparteien vereinbartes Konkurrenzverbot vor, welches grundsätzlich geeignet ist, den Wettbewerb unter den Verkaufsstellen zu beschränken. Entsprechend wird mit dem Ausschluss des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

C.3.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

60. Horizontale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen derselben Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken.⁵³ Auf derselben Marktstufe befinden sich Unternehmen, wenn sie infolge der Austauschbarkeit ihrer Güter oder Dienstleistungen tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen sich tatsächlich konkurrenzieren (aktueller Wettbewerb) oder ob die Unternehmen nur der Möglichkeit nach (potentiell) in Konkurrenz zueinander stehen.⁵⁴

61. 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 (d.h. Haupt- oder Nebenleistungen), zu denen die Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek⁵⁵). 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. Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen tatsächlich auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind oder ob sie nur der Möglichkeit nach (potentiell) auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren können.

62. Im Falle eines Eigeneintritts der Verkaufsstelle zwecks Weiterverkauf (vgl. Rz 23) tritt die jeweilige Verkaufsstelle als Zwischenhändler und damit als Anbieter von und Nachfrager nach Zeitschriften im Wirtschaftsprozess des Zeitschriftenverkaufs auf. Auch hier gilt anzumerken, dass ein genereller Eigeneintritt der Verkaufsstelle zwecks Weiterverkauf bei sämtlichen Zeitschriften aus unternehmerischer Sicht nicht sinnvoll ist, zumal dadurch das Absatzrisiko wiederum vollumfänglich bei der Verkaufsstelle liegen würde (vgl. Rz 14). Lediglich ein Eigeneintritt im konkreten Einzelfall, d. h. eine logische Sekunde vor dem Zeitpunkt des Verkaufs einer Zeitschrift, könnte für die Verkaufsstelle ohne Absatzrisiko erfolgen, da sie für die übrigen Zeitschriften ihr Remissionsrecht im Rahmen des Kommissionsgeschäfts behalten würde.

63. Für eine Verkaufsstelle könnte ein situativer Eigeneintritt zwecks Weiterverkauf nur dann Sinn machen, wenn sie zu einem anderen Preis verkaufen möchte als denjenigen, den der Verlag gesetzt hat. Dies kann auf der einen Seite ein tieferer Verkaufspreis sein, wenn die

Verkaufsstelle eine Rabattaktion im Hinblick auf eine Absatzsteigerung durchführen möchte. In einem solchen Fall könnte eine Verkaufsstelle die Preise allerdings nur auf Kosten ihrer Marge senken. Auf der anderen Seite könnten Verkaufsstellen durch den Eigeneintritt zwecks Weiterverkauf einen höheren Verkaufspreis als der Verlag setzen. Dies etwa wenn sich die Verkaufsstelle an einer privilegierten Lage befindet und so gegenüber den Endkunden höhere Preise durchsetzen könnte. In einem solchen Fall würde ein Verbot des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf eine Preiserhöhung durch die Verkaufsstellen verhindern.

64. Der Ausschluss des Weiterverkaufs der Zeitschriften mittels Eigeneintritt verhindert, dass Verkaufsstellen neben den Verlagen als Anbieter von Zeitschriften im Markt auftreten. Damit liegt in der Wirkung eine Abrede zwischen Unternehmen vor, die der Möglichkeit nach auf gleicher Marktstufe stehen (vgl. Rz 60).

C.3.4 Fazit

65. Wie oben ausgeführt ist das Kommissionsgeschäft zumindest dann nicht als Wettbewerbsabrede zwischen Verlag und Verkaufsstelle bzw. Pressegrossist zu qualifizieren, wenn die Verkaufsstelle im Hinblick auf den Verkauf der Zeitschriften kein relevantes unternehmerisches Risiko trägt. Andernfalls würde eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen.

66. Daneben ist die Beschränkung des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, da Verkaufsstellen und Verlage dadurch ein Konkurrenzverbot statuieren.

C.4 Beurteilung der Wettbewerbsabrede

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

68. Wie gezeigt liegt mit dem Ausschluss des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf von Zeitschriften eine Abrede vor (vgl. Rz 65). Diese Abrede stellt eine Abrede zwischen Unternehmen potenziell gleicher Marktstufe dar. Aufgrund der Abrede verzichten die Verkaufsstellen Endkunden Zeitschriften auf eigene Rechnung zu verkaufen. Damit stellt die Wettbewerbsabrede faktisch ein Konkurrenzverbot dar. Dies kann als potenziell unzulässige Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG qualifiziert werden. Analoges gilt für den Fall, in dem die vertikale Preisbindung aufgrund eines allfälligen unternehmerischen Risikos, welches bei der Verkaufsstelle verbleibt, als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren wäre.

⁵³ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468, 545.

⁵⁴ Urteil des BVerfG B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.2.16, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVerfG B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.1.8, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVerfG B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.13, *SFS unimarket AG/WEKO*.

⁵⁵ Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek; BBl 2010 5078 ff.).

69. Zur Prüfung, ob die Abrede zu einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt, ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen.

C.4.1 Der relevante Markt

70. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁵⁶

71. 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 VKU⁵⁷, der hier analog anzuwenden ist).⁵⁸

72. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁵⁹ 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.⁶⁰ 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.⁶¹ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁶²

73. 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).⁶³

C.4.1.1 Lesermärkte

74. Auf den Lesermärkten stehen sich grundsätzlich auf der Anbieterseite die Verlage und auf der Nachfrageseite die Endkunden gegenüber. Im Falle eines Eigeneintritts der Verkaufsstellen zwecks Weiterverkauf an Endkunden treten die Verkaufsstellen sowohl als Nachfrager gegenüber den Verlagen als auch als Anbieter gegenüber den Endkunden auf den Markt ein.

75. Verkaufsstellen sind im Falle eines Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf als Handelsunternehmen sowohl als Nachfrager gegenüber dem Verlag als auch als Anbieter gegenüber den Endkunden im Markt tätig und dabei vorwiegend daran interessiert, durch den Verkauf von Presserzeugnissen ihren Gewinn zu maximieren. Hierbei spielen lediglich die Marge und die erwarteten Umsätze für die Sortimentswahl eine Rolle. Ihre Nachfrage nach der jeweiligen Zeitschrift richtet sich daher nach der Nachfrage der jeweiligen Endkunden. Da sie die Zeitschrift weder verarbeiten noch selbst konsumieren, sind sie im Gegensatz zum Endkunden an deren Inhalt nicht unmittelbar interessiert. Daher ist die vorliegende Marktabgrenzung einzig aus Sicht der Endkunden als Marktgegenseite vorzunehmen.

76. Nach konstanter Praxis der WEKO ergeben sich aus der Nachfrage der Endkunden die Lesermärkte für Zeitschriften. Hierbei ist relevant, ob die verschiedenen Zeit-

schriften von der Nachfrageseite als substituierbar angesehen werden. Entsprechend werden die Lesermärkte in der Regel weiter unterteilt. Hierfür können die WEMF-Kategorien wertvolle Hinweise liefern.⁶⁴ Die tatsächliche Marktabgrenzung hängt hierbei jedoch von der jeweiligen Zeitschrift und deren Substituierbarkeit durch andere Zeitschriften ab. Für die weitere Prüfung werden daher zwei Konstellationen unterschieden. Einerseits kann eine von einem Verlag vertriebene Zeitschrift so spezialisiert sein, dass sie aus Sicht der Marktgegenseite nicht substituierbar ist und damit einen eigenständigen Lesermarkt darstellt. Andererseits können in einem konkreten Lesermarkt mehrere Zeitschriften Substitute darstellen.

77. Gemäss Praxis der WEKO werden die Lesermärkte in der Regel sprachregional abgegrenzt, wobei auch eine engere Marktabgrenzung möglich ist.⁶⁵

C.4.1.2 Markt für Kommissionsdienstleistungen durch Verkaufsstellen beim Zeitschriftenvertrieb

78. Auf dem Markt für Kommissionsdienstleistungen durch Verkaufsstellen beim Zeitschriftenvertrieb stehen sich auf der Anbieterseite Verkaufsstellen, welche für die Verlage Verkaufsdienstleistungen gegenüber den Endkunden anbieten, und auf der Nachfrageseite Verlage, die ihre Zeitschriften über die Verkaufsstellen an Endkunden vertreiben wollen, gegenüber. In der Wertschöpfungskette wird zwischen der Erzeugung der Zeitschriften durch die Verlage, der Distribution der Zeitschriften durch die Pressegrossisten sowie dem Verkauf an die Endkunden durch die Verkaufsstellen unterschieden. Die Verlage treten somit mit den Verkaufsstellen nicht in eine direkte Vertragsbeziehung, vielmehr werden Verlage und Verkaufsstellen durch die Vermittlung des Pressegrossisten zusammengebracht. Für die Beantwortung der ersten Gutachtensfrage wird vorliegend auf die (mittelbare) Beziehung zwischen Verlag und Verkaufsstelle fokussiert. Inwieweit eine separate Betrachtung der Beziehung zwischen Verlag und Grosshandel bzw. Grosshandel und Verkaufsstelle Sinn machen würde, kann mangels heute vorliegender Informationen nicht beurteilt werden.

⁵⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵⁷ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁵⁸ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵⁹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁶⁰ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

⁶¹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁶² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁶³ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁶⁴ RPW 2015/3, 438 ff. Rz 94 ff., *Axel Springer Schweiz / Ringier*.

⁶⁵ RPW 2014/1, 287 Rz 8, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*.

79. Die Nachfrage nach den Verkaufsdienstleistungen durch den Verlag hängt aufgrund der Eigenschaften von Zeitschriften als Informationsgut einzig von der Verkaufsleistung der Verkaufsstelle ab. Je mehr Zeitschriften eine Verkaufsstelle absetzen kann, desto interessanter ist sie für den Verlag und entsprechend grösser ist die Nachfrage nach den Verkaufsdienstleistungen. Auf der anderen Seite bemisst sich die Attraktivität der Verkaufsstelle gegenüber den Endkunden aufgrund verschiedener Parameter wie Standortqualität, Gesamtverkaufssortiment, Standortmarketing etc.

80. Für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens kann ebenfalls von einer zumindest sprachregionalen Markt- abgrenzung ausgegangen werden.

C.4.2 Wettbewerbssituation

81. Der Ausschluss des Eigeneintritts zum Zweck des Wiederverkaufs führt dazu, dass die Verkaufsstellen nicht in den Lesermarkt für Zeitschriften eintreten können und somit unter den Verkaufsstellen kein Wettbewerb betreffend die Zeitschriften entstehen kann.

82. Nachfolgend wird betrachtet, welchen Einfluss der Ausschluss des Eigeneintritts zum Zweck des Wiederverkaufs auf den Wettbewerb auf dem Lesermarkt und auf den Plattformwettbewerb unter den Verkaufsstellen auf dem Markt für Kommissionsdienstleistungen durch Verkaufsstellen beim Zeitschriftenvertrieb hat.

C.4.2.1 Einfluss auf den Wettbewerb auf den Lesermärkten

83. Im derzeitigen Vertriebsmodell verkaufen die Verlage unter Vermittlung durch die Pressegrossisten und Verkaufsstellen ihre Zeitschriften an die Endkunden. Entsprechend dem oben Ausgeführten (vgl. Rz 76) hängt die Wettbewerbssituation davon ab, ob für einen bestimmten Lesermarkt unter den Verlagen Wettbewerb herrscht. Hierbei können Situationen auftreten, in welchen – insbesondere bei Special Interest Magazinen – zu einer Zeitschrift keine Substitute bestehen und der Verlag daher als marktbeherrschend anzusehen ist (kein Interbrandwettbewerb). Andererseits kann je nach Zeitschrift zwischen den Verlagen wirksamer Wettbewerb bestehen (Interbrandwettbewerb).

84. Falls der Eigeneintritt zwecks Wiederverkauf im Kommissionsmodell zulässig wäre, könnten die Verkaufsstellen ebenfalls als Anbieter in die Lesermärkte eintreten. Sie hätten dabei die Möglichkeit, die Zeitschriften von den Verlagen unter Abzug ihrer Kommission zu beziehen, um diese danach zu dem von ihnen gesetzten Preis anzubieten (Intrabrandwettbewerb). Es ist zu analysieren, ob der Ausschluss des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf, welcher im Ergebnis ein Konkurrenzverbot darstellt (vgl. Rz 68), zu einer erheblichen Beeinträchtigung oder Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf den Lesermärkten führt (Art. 5 Abs. 3 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 KG).

85. In einer Konstellation, in welcher ein Verlag aufgrund fehlender Substitute zu seiner Zeitschrift als marktbeherrschend zu qualifizieren wäre, führt der Ausschluss des Eintritts der Verkaufsstellen zwecks Weiterverkauf – sofern die Verkaufsstelle mangels eigenen unternehmerischen Risikos betreffend den eigentlichen Verkauf der

Zeitschriften lediglich als «verlängerter Arm» des Verlages anzusehen ist – dazu, dass der Verlag der einzige Anbieter auf dem Lesermarkt bleibt.

86. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass selbst im Falle des (wirtschaftlich ohnehin nicht sinnvollen) Eigeneintritts der Preissetzungsspielraum der Verkaufsstellen auf die ihnen zur Verfügung stehende Marge beschränkt wäre, da sie den vom Verlag gesetzten Vorleistungspreis in jedem Fall zu entrichten hätten. Dies würde dazu führen, dass die Verlage durch einen möglichen Eintritt der Verkaufsstellen auf die Lesermärkte in ihrer Preissetzung nicht diszipliniert würden und nach wie vor als marktbeherrschend anzusehen wären. Ein Eintritt der Verkaufsstellen auf die Lesermärkte könnte zu etwas Wettbewerb unter den Verkaufsstellen führen. Es stellt sich daher die Frage, ob der von den Verkaufsstellen hierdurch ausgehende Wettbewerbsdruck (Intrabrandwettbewerb) ausreichen würde, um im Gesamtmarkt von zu wirksamem Wettbewerb ausgehen zu können. Im Falle einer marktbeherrschenden Verkaufsstelle könnte der Eigeneintritt zwecks Weiterverkauf aber auch dazu führen, dass die Verkaufsstelle einen höheren Verkaufspreis als den vom Verlag gesetzten verlangt. Schlimmstenfalls könnte damit eine gesamtwirtschaftlich ineffiziente doppelte Marginalisierung resultieren. Aktuell gibt es keine Hinweise auf eine marktbeherrschende Verkaufsstelle.

87. In einer Konstellation, in welcher ein Verlag mit anderen Verlagen betreffend seine Zeitschrift im Wettbewerb stehen würde, führte der Ausschluss des Eigeneintritts der Verkaufsstellen ebenfalls dazu, dass die Verlage die einzigen Anbieter auf dem Lesermarkt bleiben. Wenn hingegen der (wirtschaftlich nicht sinnvolle) Eigeneintritt zwecks Weiterverkauf möglich wäre, würden die Verkaufsstellen kaum zu mehr Wettbewerb im Markt beitragen können, da ein solcher ohnehin bereits zwischen den Verlagen bestünde. Entsprechend hat auch hier das Verbot des Eigeneintritts keinen massgeblichen Einfluss auf die Wettbewerbssituation auf den betroffenen Lesermärkten. Falls eine Verkaufsstelle zudem marktbeherrschend wäre, könnte ein Eigeneintritt zwecks Weiterverkauf sogar zu einer Preiserhöhung führen.

88. Mit anderen Worten stellt das Verbot des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf soweit ersichtlich keine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auf den Lesermärkten dar (Art. 5 Abs. 1 KG).

C.4.2.2 Einfluss auf den Markt für Kommissionsdienstleistungen durch Verkaufsstellen beim Zeitschriftenvertrieb

89. Die Verkaufsstellen liefern sich untereinander im Wesentlichen einen Qualitätswettbewerb im Hinblick auf die Attraktivität ihrer Verkaufsstelle gegenüber dem Verlag. Die Attraktivität bemisst sich daran, wie gross der mögliche Absatz der Verkaufsstelle ist. Neben Kriterien wie Standortqualität, Attraktivität der Gestaltung der Verkaufsstelle, Marketing der Verkaufsstelle, Umfang des Gesamtverkaufssortiments etc. kann die Preissetzung der Zeitschriften ebenfalls einen massgeblichen Einfluss auf den Absatz der Verkaufsstelle haben.

90. Indem der Eigeneintritt zwecks Weiterverkauf vertraglich ausgeschlossen ist, verzichten die Verkaufsstellen im Wettbewerb untereinander darauf als eigenständige Anbieter von Presserzeugnissen und nicht als blosse Vermittlungsdienstleister aufzutreten. Dies hat zur Folge, dass die Verkaufsstellen bei Zeitschriften nicht über die Preissetzung selbständig entscheiden können. Auf die übrigen Eigenschaften der Zeitschrift haben die Verkaufsstellen keinen Einfluss.

91. Auch bei Eigeneintritt zum Zwecke des Weiterverkaufs müssten die Verkaufsstellen den gegenüber dem Verlag zu entrichtenden Vorleistungspreis (Endverkaufspreis abzüglich ihrer Marge) berücksichtigen. Damit wären sie in ihren Preissenkungsmöglichkeiten eingeschränkt.

92. Aus Sicht der Endkunden bemisst sich die Attraktivität der Verkaufsstelle nach verschiedenen Parametern wie Standortqualität, Gesamtverkaufssortiment, Standortmarketing etc. (vgl. Rz 79). Zwar ist davon auszugehen, dass die Endkunden bei der Wahl der Verkaufsstelle unterschiedliche Preise für dieselbe Zeitschrift berücksichtigen würden. Allerdings sind die durch die Möglichkeit des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf zu erwartenden Preisunterschiede gering (vgl. Rz 86), so dass die übrigen Standortfaktoren einen im Vergleich zum Preisunterschied wesentlicheren Einfluss haben dürften. Falls eine Verkaufsstelle aufgrund der übrigen Standortfaktoren als marktbeherrschend zu qualifizieren wäre, könnte der Eigeneintritt zwecks Weiterverkauf gar zu höheren Verkaufspreisen führen. In einem solchen Fall würde das Verbot des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf womöglich eine disziplinierende Wirkung auf die marktbeherrschende Verkaufsstelle ausüben.

93. Damit dürfte der Ausschluss des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf nicht zu einer Beseitigung des wirksamen Standortwettbewerbs unter den Verkaufsstellen führen. Ob hierdurch allenfalls eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs unter den Verkaufsstellen resultiert, kann im Falle des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG offen gelassen werden (vgl. nachfolgend Rz 96 ff.).

C.4.2.3 Fazit

94. Wie die obigen Ausführungen zeigen, ist nicht zu erwarten, dass durch das Verbot des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auf den Lesermärkten bewirkt wird (vgl. Rz 88 f.).

95. Der Wettbewerb auf dem Markt für Kommissionsdienstleistungen beim Zeitschriftenvertrieb wird durch den Ausschluss des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf zumindest nicht beseitigt. Ob eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vorliegt, kann im Falle des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen offen gelassen werden.

C.4.3 Mögliche Rechtfertigungsgründe

96. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG können Wettbewerbsabreden, die den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden, wenn sie (a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten

zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

97. Aufgrund der generellen Interessenlage und der Eigenschaften von Zeitschriften als Informationsgut sind – wie beispielsweise in den das belgische bzw. österreichische Vertriebssystem betreffenden Verfahren (vgl. Rz 53 f.) – allenfalls die nachfolgenden Rechtfertigungsgründe denkbar.

98. Die Verlage sind an einem möglichst dichten Verkaufstellennetz interessiert, um den grösstmöglichen Absatz ihrer Zeitschriften zu erreichen. Daher sind sie an einer möglichen Überallverfügbarkeit (Ubiquität) der Zeitschriften interessiert. Entsprechend ist ein Verdrängungswettbewerb zwischen den Verkaufsstellen nicht in ihrem Interesse und wohl auch nicht effizient.

99. Der Ausschluss des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf stellt ein geeignetes Mittel dar, einen solchen Verdrängungswettbewerb zu verhindern, um aufgrund der höheren Anzahl an Verkaufsstellen mehr Zeitschriften absetzen zu können. Bei Informationsgütern (wie vorliegend Zeitschriften) ist ein möglichst grosser Absatz grundsätzlich geeignet und erforderlich, um die eingesetzten Ressourcen rationeller nutzen zu können. Wie bereits oben aufgeführt, könnte ein Eigeneintritt der Verkaufsstelle zwecks Weiterverkauf aufgrund ihrer geringen Marge, wenn überhaupt, nur zu einer unwesentlichen Preissenkung führen. Es ist daher fraglich, ob durch das Verbot des Eigeneintritts überhaupt eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung resultieren würde. Unabhängig davon kann aufgrund der Ubiquitätsgründe das Verbot des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf in der Regel als verhältnismässig und insgesamt gegebenenfalls als gerechtfertigt im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG angesehen werden.

100. Hinzu kommt, dass das Verbot des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf allenfalls marktbeherrschende Verkaufsstellen daran hindern kann, ihrerseits überhöhte Preise für die verkauften Zeitschriften zu setzen. Damit würde das Verbot des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf wie ein Maximalpreis wirken, über welchen die Verkaufsstelle nicht hinausgehen dürfte. In einem solchen Fall wäre das Verbot des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt.

C.5 Zwischenergebnis

101. Die Frage, wie der praktizierte Vertrieb von Zeitschriften als Kommissionsmodell kartellrechtlich zu beurteilen ist, kann daher wie folgt beantwortet werden:

102. Die Ausgestaltung als Kommissionsmodell entsprechend den Vorschriften des Obligationenrechts (Art. 425 ff. OR) stellt grundsätzlich im Hinblick auf den Verkauf von Zeitschriften eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, sofern die Tätigkeit des Kommissionärs aufgrund der Risikoverteilung nicht dem Verlag zuzurechnen ist. In einem solchen Fall können die Abreden auf ihre Zulässigkeit hin überprüft werden. Dies

kann im Rahmen eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens geschehen.⁶⁶ Andernfalls, wenn der Kommissionär ohne eigenes Risiko lediglich als «verlängerter Arm» des Kommittenten handelt, ist das Kommissionsmodell als solches kartellrechtlich unbedenklich und nicht dazu geeignet, den Wettbewerb auf den Lesermärkten wesentlich zu beeinflussen.

103. Der Ausschluss des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf stellt grundsätzlich eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 66). Eine solche Wettbewerbsabrede wäre als Konkurrenzverbot zu qualifizieren (vgl. Kap. C.4.2). Die Wettbewerbsabrede stellt aber soweit ersichtlich keine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Lesermarkt dar (vgl. Kap. C.4.2.1). Auf dem Markt für Kommissionsdienstleistungen durch Verkaufsstellen beim Zeitschriftenvertrieb führt die Wettbewerbsabrede dazu, dass die Verkaufsstellen im Wettbewerb untereinander eingeschränkt sind (vgl. Kap. C.4.2.2). Ob dadurch der Wettbewerb unter den Verkaufsstellen allenfalls erheblich beeinträchtigt wird, kann offen gelassen werden, da sich eine solche Abrede aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lässt (vgl. Kap. C.4.3).

104. Wie die obige Analyse zeigt, findet die Preissetzung unabhängig vom Kommissionsmodell bzw. einer möglichen Abrede zwischen Verlagen und Verkaufsstellen statt. Auch das Verbot eines Ausschlusses des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf würde bestenfalls zu minimal tieferen Preisen auf Kosten der wirtschaftlich effizienten Ubiquität führen. Unabhängig davon, ob die Verkaufsstellen im Kommissionsmodell oder in einem normalen Handelsgeschäftsmodell (im Falle eines Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf) tätig sind, haben sie den Verlagen einen allenfalls überhöhten Vorleistungspreis (Endverkaufspreis abzüglich Marge) zu entrichten. Damit ist die Ausgestaltung des Zeitschriftenvertriebs als Kommissionsgeschäft und der damit verbundenen „Preisbindung“ für die hohen Preisdifferenzen zum Ausland nicht ursächlich.

D Handlungsmöglichkeiten

105. Mit der zweiten Gutachtenfrage soll geklärt werden, mit welchen Mitteln die Problematik der Preisunterschiede der Zeitschriften zum Ausland angegangen werden kann. Dabei ist zu beachten, dass die Frage, ob die Preisunterschiede unzulässig sind, nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist.

D.1 Kartellrechtliche Handlungsmöglichkeiten betreffend Kommissionsmodell

106. Wie bereits in Kap. C.3 dargelegt, ist das Kommissionsgeschäft als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, es sei denn, den Verkaufsstellen kommt im konkreten Fall kein relevantes unternehmerisches Risiko zu, weshalb das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG verneint werden müsste (vgl. Rz 102). Ist dies nicht der Fall, so bestehen de lege lata die entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Handlungsmöglichkeiten gestützt auf das Kartellgesetz oder das Preisüberwachungsgesetz.

D.2 Kartellrechtliche Handlungsmöglichkeiten betreffend Verbot des Eigeneintritts

107. Wie aus den Ausführungen in Kapitel C.3 und C.4 ersichtlich, vermag eine Intervention im Hinblick auf den Ausschluss des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf beim Kommissionsmodell im Zeitschriftenvertrieb die Preissetzung durch die Verlage nicht zu beeinflussen.

108. Dass die Verkaufsstellen Wettbewerbsdruck auf die Verlage auszuüben vermögen, erscheint unwahrscheinlich, wie das Beispiel von Coop zeigt. Coop hat im Jahr 2015 in Folge der Nichtweitergabe der Währungsvorteile einen Teil der ausländischen Zeitschriften ausgelistet. Nach Verhandlungen mit den Verlagen konnte Coop in der Folge eine Rabattaktion für einen Teil der ausländischen Zeitschriften durchführen. Diese Preissenkungen waren allerdings nicht von Dauer und wurden wieder eingestellt, so dass davon auszugehen ist, dass die Preissenkungen für die Verlage nicht zu einer ausreichenden Erhöhung der Nachfrage geführt haben, um gewinnbringend zu sein. Dies zeigt auch, dass selbst Coop als eine der grösseren Verkaufsstellen, keinen disziplinierenden Einfluss auf die Verlage hat ausüben können, um die Preise dauerhaft zu senken. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass die Möglichkeit des Eigeneintritts zwecks Weiterverkauf nicht geeignet ist, die Preissetzung durch die Verlage massgeblich zu disziplinieren und insbesondere eine Weitergabe der Währungsvorteile zu bewirken.

109. Damit erweist sich eine Intervention betreffend das Verbot des Eigeneintritts im Rahmen des Kommissionsgeschäfts als nicht zielführend, um der Problematik der Preisdifferenzen zum Ausland zu begegnen. Im Übrigen zeigt die Analyse, dass selbst im Falle des Vorliegens einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung durch das Verbot des Eigeneintritts, ein solches Verbot aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden könnte.

D.3 Kartellrechtliche Handlungsmöglichkeiten betreffend den Pressegrosshandel

110. Die Verlage weisen den einzelnen Pressegrossisten in der Regel ein bestimmtes Gebiet zum alleinigen Vertrieb (Alleinauslieferungsrecht) der Presseerzeugnisse zu (vgl. Rz 9). Falls die Handlungen des Pressegrossisten aufgrund der Risikoteilung nicht den Verlagen zuzurechnen sind und damit eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, könnte das Alleinauslieferungsrecht im Rahmen eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens geprüft werden. In einem solchen Fall könnte das Alleinauslieferungsrecht als Gebietsabrede zwischen den Verlagen und dem Pressegrossisten qualifiziert werden (Art. 5 Abs. 4 KG). Zudem wäre die Preisbindung, welche auch zwischen den Verlagen und dem Pressegrossisten gilt, als Preisabrede zu qualifizieren

⁶⁶ Vgl. PIERRE TERCIER/VINCENT MARTENET, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2e édition, 2013, Introduction générale N 258 ff.

(Art. 5 Abs. 4 KG). Zur Beurteilung dieser allenfalls vorliegenden Abreden, kann auf die Ausführungen in Kapitel C.4 verwiesen werden. Ob eine aufgrund der Risikoteilung von einer Abrede auszugehen ist oder nicht, kann aufgrund einer fehlenden detaillierten Sachverhaltsabklärung nicht abschliessend beurteilt werden.

111. Wenn weder Pressegrossist noch die Verkaufsstellen selbständige Nachfrager nach Zeitschriften sind, spielen auch allenfalls durch den Alleinvertrieb ausgeschlossene Parallelimporte keine Rolle. Daher hat das Alleinvertriebsrecht des Pressegrosshandels, soweit der Pressegrossist lediglich «verlängerter Arm» der Verlage ohne eigenes unternehmerisches Risiko ist, keinen Einfluss auf die durch die Verlage vorgenommene Preissetzung.

112. Der Pressegrossist könnte ausländische Verlage zudem im Hinblick auf ihre Preissetzung in der Schweiz beraten und so die Preissetzung zwischen den Verlagen im Sinne einer horizontalen Preisabrede koordinieren (Art. 5 Abs. 3 KG). Für das Vorliegen einer direkten oder indirekten horizontalen Preisabrede zwischen den Verlagen bestehen allerdings keine Hinweise.

113. Durch das Alleinvertriebsrecht des Pressegrosshandels in einem bestimmten Verkaufsgebiet könnte dieser in dem jeweiligen Gebiet hierdurch eine marktbeherrschende Stellung erlangen und diese missbrauchen, um für seine Vertriebsdienstleistungen überhöhte Preise (in Form von überhöhten Handelsmargen) zu erzwingen (im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Die Marktstellung und Verhaltensweise des Pressegrosshandels wurde bereits mehrfach durch die Preisüberwachung gestützt auf PÜG geprüft, wobei kein unzulässiges Verhalten der Pressegrossisten festgestellt werden konnte bzw. die Handelsmargen bereits im Einvernehmen mit der Preisüberwachung festgelegt wurden.⁶⁷

114. Denkbar wäre allenfalls, dass eine Verkaufsstelle im Ausland Zeitschriften zwecks Wiederverkauf in der Schweiz nachfragt. In einem solchen Fall wären die Verkaufsstellen im Lesermarkt als Anbieter unternehmerisch tätig. Die Verkaufsstellen stünden dabei nicht in einem Kommissionsverhältnis zum Verlag bzw. zum Pressegrosshandel und müssten das vollständige Verkaufsrisiko der nicht abgesetzten Zeitschriften tragen. Es bestehen derzeit keine Anhaltspunkte, dass für ein solches Geschäftsmodell seitens der Verkaufsstellen eine entsprechende Nachfrage besteht. Grundsätzlich wäre eine Unterbindung von Parallelimport als kartellrechtlich problematisch einzustufen. Hierbei gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass aus dem Kartellrecht wohl kein Anspruch auf Einbindung in ein ausländisches Pressevertriebssystem mit Remissionsrecht abgeleitet werden kann.

115. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Alleinvertriebsrecht durch den Pressegrosshandel im Kommissionsgeschäft bereits durch die Preisüberwachung weitgehend in preislicher Hinsicht reguliert ist. Entsprechend sind sämtliche wettbewerbsrechtlichen Möglichkeiten betreffend das Alleinvertriebsrecht bereits ausgeschöpft. Damit bestehen im Hinblick auf das Alleinvertriebsrecht durch den Pressegrosshandel keine weiteren zielführenden Handlungsmöglichkeiten, um der

Problematik der Preisdifferenzen zum Ausland zu begegnen.

D.4 Handlungsmöglichkeiten nach PÜG

116. Es bestünde allenfalls die Möglichkeit, die Preissetzung durch die Verlage unter dem Aspekt eines möglicherweise fehlenden wirksamen Wettbewerbs unter den einzelnen Zeitschriftentiteln zu prüfen (Art. 12 des Preisüberwachungsgesetzes, PÜG; SR 942.20). Dies würde voraussetzen, dass eine Preisabrede besteht (vgl. Kap. D.1) oder die Verlage aufgrund fehlender Substitute zu ihren Presserzeugnissen als marktmächtig zu qualifizieren sind (Art. 2 PÜG).

117. Zur Beurteilung, ob die Verlage mit ihren jeweiligen Zeitschriftentiteln als marktmächtig zu qualifizieren sind, müssten Sachverhaltsabklärungen zu den einzelnen Zeitschriften sowie deren Substituierbarkeit erfolgen, um festzustellen, ob gemäss der Theorie zu Informationsgütern (vgl. Kap C.1.1) die einzelnen Zeitschriften jeweils insoweit differenziert sind, dass jeweils von getrennten Märkten pro Zeitschrift auszugehen ist.

118. Falls basierend auf einer solchen Analyse von marktmächtigen Unternehmen auszugehen wäre, könnten die Preise nach Massgabe von Art. 12 f. PÜG geprüft und gegebenenfalls gesenkt werden. Auch das WBF kommt zum Schluss, dass im Falle von missbräuchlichen Preisen (d. h. wenn diese nicht Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind) bereits heute die Preisüberwachung gestützt auf das PÜG eine Preissenkung verfügen könnte.⁶⁸

119. Die Preisüberwachung hat festgestellt, dass ein solches Vorgehen gestützt auf das PÜG grundsätzlich möglich wäre. Sie kommt allerdings zum Schluss, dass dieses nur einzelfallweise durchgeführt werden könnte.⁶⁹ Die Preisüberwachung führt aus, dass dabei praktische Durchsetzungsprobleme bei Untersuchungshandlungen und Zwangsmassnahmen gegenüber Unternehmen, die wie die allermeisten deutschen Verlage in der Schweiz über keine Tochtergesellschaften oder Niederlassungen verfügen, bestehen würden. Zudem verfüge die Preisüberwachung über keine Hinweise für eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen ausländischen Verlags.

120. Wie bereits oben erwähnt (vgl. Rz 108), hat Coop im Jahr 2015 einige Zeitschriften aufgelistet⁷⁰ und so die Verlage dazu gebracht, eine Rabattaktion für bestimmte Zeitschriften⁷¹ durchzuführen. Diese Preissenkungen waren aber nicht von Dauer und wurden von den Verlagen einseitig wieder rückgängig gemacht. Damit ist eine marktmächtige Position der Verlage aber gerade nicht

⁶⁷ Einvernehmliche Regelung zwischen Preisüberwachung und Valora vom 28. März 2012.

⁶⁸ Vgl. Notiz WBF z.Hd. der WAK-N betreffend Pa. Iv. de Buman 16.420 – Für angemessene Zeitschriftenpreise in der Schweiz, S. 9.

⁶⁹ Schreiben Preisüberwachung an Sekretariat vom 16. August 2013, S. 3.

⁷⁰ www.coop.ch/pb/site/medien/node/81850820/Lde/index.html, zuletzt besucht am 27.02.2017.

⁷¹ www.coop.ch/pb/site/medien/node/81854420/Lde/index.html, zuletzt besucht am 27.02.2017.

von vorne herein ausgeschlossen. Vielmehr müsste eine entsprechende Marktanalyse durchgeführt werden, die die Preisüberwachung gemäss Art. 5 Abs. 4 PüG vor Erlass einer Verfügung im Rahmen einer Konsultation der WEKO zu unterbreiten hätte.

D.5 Handlungsmöglichkeiten nach Art. 7 KG

121. Würde eine Marktanalyse entsprechend den Ausführungen in Kap. D.4 ergeben, dass gewisse Verlage mit ihren Zeitschriftentiteln nicht nur als marktmächtig, sondern auch als marktbeherrschend zu qualifizieren wären, könnte die Preissetzung auch unter dem Aspekt der Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG geprüft werden.

122. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Eingriffsschwelle für eine Herabsetzung der Preise gemäss Art. 2 PüG bedeutend tiefer ist, da sie im Gegensatz zum KG lediglich an der Marktmacht und nicht am Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sowie der *Erzwingung* unangemessener Preise anknüpft. Die Verwendung von Preiskontrollen steht zudem generell im Widerspruch zu den Zielen des Kartellrechts, dient dieses doch dazu, den Wettbewerb zu schützen und nicht primär die Preise zu regulieren.⁷² Letzteres fällt vielmehr in den Aufgabenbereich der Preisüberwachung. Daher wurde die aufkommende Thematik der Preisunterschiede zum Ausland am 11. Mai 2010 einvernehmlich im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 KG an die Preisüberwachung übergeben.⁷³

123. Entsprechend hat sich die Preisüberwachung im Gegensatz zum Sekretariat bzw. zur WEKO bereits seit 2010 mit der Thematik auseinandersetzt. Somit wäre es im Hinblick auf die Vermeidung von Doppelspurigkeiten nicht zielführend, dass sich die WEKO vertieft in die Thematik einarbeitet, solange die Preisüberwachung noch nicht alle Handlungsmöglichkeiten (vgl. Kap. D.4) ausgeschöpft hat. Dies gilt umso mehr, als die Verfahren nach Kartellgesetz, nicht zuletzt aufgrund der höheren Eingriffsschwellen, in der Regel bedeutend umfangreicher und aufwändiger zu führen sind.

124. Insgesamt käme daher ein Vorgehen nach Art. 7 KG im Hinblick auf die Problematik der Preisdifferenzen zum Ausland höchstens subsidiär zum PüG in Frage.

D.6 Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten

125. Aufgrund der weitgehend fehlenden bzw. nicht zielführenden kartellrechtlichen Möglichkeiten, unerwünschte Preisdifferenzen für ausländische Zeitschriften flächendeckend zu beheben, kommen neben den generellen Preisregulierungskompetenzen der Preisüberwachung gegebenenfalls sektorspezifische gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten in Frage, welche nachfolgend diskutiert werden. Hierbei ist zu bedenken, dass das Kartellgesetz bezweckt eine freiheitliche marktwirtschaftliche Ordnung zu fördern, weshalb die WEKO gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgeht, wohingegen Preisregulierungen nicht zu den Kernaufgaben der WEKO gehören. Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen daher nur der Vollständigkeit halber und lehnen sich an bereits bestehende bzw. geplante gesetzgeberische Lösungen an. Es ist eine politische Entscheidung, die der Gesetzgeber zu treffen hat, ob er eine Preisregulie-

rung und den damit verbundenen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vornehmen will.

D.6.1 Parlamentarische Initiative de Buman

126. Die Parlamentarische Initiative de Buman schlägt die Aufnahme eines Art. 6a KG mit dem nachfolgenden Wortlaut vor:

Art. 6a Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften

1 Preisbindungen, durch die ein Unternehmen, das Zeitungen und Zeitschriften herstellt, die Abnehmer dieser Erzeugnisse rechtlich oder wirtschaftlich bindet, beim Wiederverkauf bestimmte Preise einzuhalten, sind vorbehältlich Absatz 2 zulässig.

2 Die WEKO kann die Preisbindung von Amtes wegen oder auf Antrag des Preisüberwachers untersagen, wenn sie missbräuchlich gehandhabt wird. Als missbräuchliche Handhabung gilt insbesondere die Auferlegung von missbräuchlich hohen Preisen.

3 Zur Frage der Missbräuchlichkeit der Preise hat die WEKO den Preisüberwacher zu konsultieren.

127. Das WBF führt dazu aus, dass in der Schweiz keine Sondernorm für den Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften bestehe und allfällige Vereinbarungen der beteiligten Unternehmen wie andere Absprachen bereits heute Art. 5 KG unterstehen würden, wenn sie eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen könnten sie auch heute schon von der WEKO sanktioniert werden. Ein Art. 6a E-KG sei deshalb aus Sicht der Verwaltung eine redundante Ergänzung für eine spezifische Branche.⁷⁴

128. Falls aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Kommissionsgeschäfts die Verkaufsstellen beim Verkauf der Zeitschriften ein relevantes unternehmerisches Risiko tragen, fallen Vereinbarungen zwischen den Verkaufsstellen und den Verlagen in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes und des Preisüberwachungsgesetzes. Dies wäre darin begründet, dass die Handlungen der Verkaufsstellen nicht den Verlagen zuzurechnen wären.

129. Hierbei ist zu beachten, dass die WEKO aufgrund des Kartellgesetzes die Preisbindung gegebenenfalls nur verbieten und das Verhalten der Marktteilnehmer sanktionieren (Art. 49a Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 4 KG) oder bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zulassen (Art. 5 Abs. 2 KG) könnte. Eine Herabsetzung der Preise könnte hingegen nur gestützt auf das Preisüberwachungsgesetz durch die Preisüberwachung vorgenommen werden (Art. 10 PüG i. V. m. Art. 12 Abs. 1

⁷² Vgl. Notiz WBF z.Hd. der WAK-N betreffend Pa. Iv. de Buman 16.420 – Für angemessene Zeitschriftenpreise in der Schweiz, S. 10.

⁷³ Schreiben Sekretariat WEKO an die Preisüberwachung vom 10. Mai 2010.

⁷⁴ Vgl. Notiz WBF z.Hd. der WAK-N betreffend Pa. Iv. de Buman 16.420 – Für angemessene Zeitschriftenpreise in der Schweiz, S. 2.

PüG und Art. 2 PüG). Durch die Parlamentarische Initiative de Buman würde somit eine originäre und heute bei der Preisüberwachung angesiedelte Kompetenz – nämlich die Preiskontrolle – an die WEKO übertragen. Zudem würde sie mit der Drohung verbunden, dass die WEKO bei einem Preismissbrauch quasi das gesamte heute geltende Zeitschriftenvertriebssystem zu untersagen habe. Die Untersagung des heute geltenden Zeitschriftenvertriebssystems wäre allerdings eine weitreichende Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und für die mit Art. 6a E-KG bezweckte Preissenkung nicht zielführend.

130. Wie die vorgehenden Ausführungen zeigen, liegt beim Kommissionsgeschäft grundsätzlich eine Wettbewerbsabrede vor, soweit die Verkaufsstelle ein relevantes unternehmerisches Risiko beim Zeitschriftenverkauf trägt (vgl. Kapitel C.3) und nicht nur als «verlängerter Arm» des Verlags angesehen werden kann (vgl. Rz 102). In einem solchen Fall bestehen bereits heute aufgrund von Art. 5 Abs. 4 KG oder aufgrund von Art. 2 PüG i. V. m. Art. 12 PüG eine Eingriffsmöglichkeit. Falls die Verkaufsstelle kein relevantes unternehmerisches Risiko trägt, bedeutet dies, dass in einem solchen Verkaufsmodell Pressegrossisten und Verkaufsstellen grundsätzlich nicht als Beteiligte an einer Preisbindung im Sinne von Art. 6a Abs. 1 E-KG i. V. m. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind. Daher käme der geplante Art. 6a Abs. 1 E-KG aufgrund des fehlenden Aufgreifkriteriums der Preisbindung in diesen Fällen nicht zur Anwendung.

131. Wollte der Gesetzgeber mit dem vorgeschlagenen Art. 6a E-KG in jedem Fall eine Interventionsmöglichkeit schaffen, so müsste er den Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts, welcher heute namentlich an einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG anknüpft, erweitern. Eine solche Erweiterung müsste je nach Verankerung der Norm entweder im Kartellgesetz oder im Preisüberwachungsgesetz vorgenommen werden. Ein anderer Geltungsbereich als Kartelle und marktbeherrschende Stellungen wäre dem Kartellgesetz allerdings systemfremd. Dies gilt umso mehr, als dieser lediglich für eine spezifische Branche (Presseerzeugnisse) anwendbar wäre. Darüber hinaus zielt der vorgeschlagene Art. 6a E-KG letztlich nicht auf ein Verbot des heutigen Pressevertriebssystems, sondern lediglich auf eine Senkung der Zeitschriftenpreise ab. Da die unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallenden Sachverhalte zudem sanktionsbedroht sind, stellt sich die Frage, ob eine Preisregulierung aufgrund der weitgehenden Unsicherheiten bei der Festlegung des «korrekten» Preises und der damit verbundenen Rechtsunsicherheiten überhaupt mit einer Sanktion bedroht werden könnte. Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes ist daher abzulehnen.

132. Von den gesetzlichen Kompetenzregelungen her ist zudem zu beachten, dass wie oben erwähnt, die Verwendung von Preiskontrollen generell im Widerspruch zu den Zielen des Kartellrechts steht, da dieses den Wettbewerb schützen und nicht primär die Preise regulieren soll.⁷⁵ Letzteres fällt in den Aufgabenbereich der Preisüberwachung. Daher sollte ein entsprechendes Gesetz, wenn überhaupt, die Preisaufsichts- und Preisregulierungskompetenzen ausschliesslich der Preis-

überwachung zuweisen.⁷⁶ Dies könnte entweder direkt im Preisüberwachungsgesetz (vgl. Kap. D.6.2) oder in Anlehnung an das damals geplante Buchpreisbindungsgesetz in einem Spezialgesetz (vgl. Kap. D.6.3) normiert werden. Eine systemfremde Ausweitung des Geltungsbereichs des Kartellgesetzes ist hingegen abzulehnen.

D.6.2 Sektorspezifische Ausweitung des Geltungsbereichs des PüG

133. Der Gesetzgeber könnte, um die Preise ausländischer Zeitschriften unabhängig vom Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede oder einer markt-mächtigen Stellung eines Unternehmens regulieren zu können, den persönlichen Geltungsbereich von Art. 2 PüG entsprechend unabhängig von den genannten gesetzlichen Kriterien auf den Vertrieb ausländischer Zeitschriften ausweiten. Zudem könnte er in Art. 12 PüG definieren, unter welchen Umständen bzw. Bedingungen Preise von ausländischen Presseerzeugnissen, die in der Schweiz vertrieben werden, zu regulieren wären.

D.6.3 Regulierung analog geplantem Buchpreisbindungsgesetz

134. Der Gesetzgeber könnte in Analogie zum damals geplanten Bundesgesetz über die Buchpreisbindung (BuPG) für Zeitschriften ein Zeitschriftenpreisbindungsgesetz erlassen oder das PüG um die entsprechenden Gesetzesartikel ergänzen. Dabei könnte er wie im damaligen Art. 4 Abs. 1 BuPG an der Preissetzung der Verlegerinnen und Verleger anknüpfen und entsprechend Art. 4 Abs. 3 BuPG der Preisüberwachung die Beobachtung der Zeitschriftenpreise mit den entsprechenden Interventionsmöglichkeiten einräumen.

135. Das in der Referendumsabstimmung vom 11. März 2012 abgelehnte Buchpreisbindungsgesetz sah in Art. 4 BuPG folgende Preisfestsetzung vor:

„Preisfestsetzung

¹ Die Verlegerin, der Verleger, die Importeurin oder der Importeur setzt den Endverkaufspreis für die von ihr oder ihm verlegten oder eingeführten Bücher fest.

² Sie oder er muss den Endverkaufspreis vor der ersten Ausgabe des Buches oder vor der Preisänderung veröffentlichen; sie oder er gibt in der gleichen Veröffentlichung das Erscheinungsdatum oder das Datum der Preisänderung an.

³ Die Entwicklung der Buchpreise wird von der Preisüberwacherin oder vom Preisüberwacher beobachtet (Art. 4 Abs. 1 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985). Sie oder er kann dem Bundesrat beantragen, unter Berücksichtigung der Sprachregionen in einer Verordnung maximal zulässige Preisdifferenzen zum Ausland festzulegen.“

⁷⁵ Vgl. Notiz WBF z.Hd. der WAK-N betreffend Pa. Iv. de Buman 16.420 – Für angemessene Zeitschriftenpreise in der Schweiz, S. 10.

⁷⁶ Schreiben Sekretariat WEKO an die Preisüberwachung vom 10. Mai 2010.

136. Eine solcher Mechanismus wäre daher keine Neuerung, auch wenn die Regulierung des BuPG nicht telquel übernommen werden könnte sondern den Gegebenheiten beim Zeitschriftenvertrieb anzupassen wäre. Auf diese Weise hätte der Preisüberwacher bzw. der Bundesrat jedenfalls ein Instrument um gegen grosse Preisdifferenzen, insbesondere um gegen die Nichtweitergabe von Währungsvorteilen, vorgehen zu können.

D.6.4 Direkte Regulierung von Zeitschriftenpreisen

137. Denkbar wäre auch eine direkte Preisregulierung ausländischer Zeitschriften durch den Gesetzgeber. In diesem Rahmen könnte der Gesetzgeber einen vom Wechselkurs abhängigen maximalen Aufschlag auf den Verkaufspreis der jeweiligen Zeitschriften im Herkunftsland festlegen. Hierbei müsste der Gesetzgeber eine Behörde mit der Überwachung und Durchsetzung der Verkaufspreise beauftragen.

138. Eine solche direkte Preisregulierung in einem Bundesgesetz wäre soweit ersichtlich einmalig in der Schweizer Rechtsordnung. So existiert selbst im stark regulierten Bereich der Arzneimittel keine direkte Preisregulierung im Gesetz.⁷⁷

D.6.5 Fazit zu den gesetzgeberischen Handlungsalternativen

139. Die Analyse zeigt, dass die parlamentarische Initiative De Buman (Kap. D.6.1) im Hinblick auf die vorliegende Problematik der Preisdifferenzen von ausländischen Zeitschriften nicht zielführend ist, solange sie am Aufgreifkriterium der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bzw. Art. 2 PÜG anknüpft.

140. Eine Preisregulierung, welche direkt an der Preissetzung durch die Verlage anknüpft (Kap. D.6.2 bis D.6.4) wäre in Bezug auf die Preissetzungsproblematik, insbesondere die Weitergabe von Währungsvorteilen, zielführend. Zudem könnte mittels einer solchen Preisregulierung eine flächendeckende Wirkung innert nützlicher Frist erreicht werden. Hierbei wären allerdings einzelfallspezifischen Preisregulierungen (Kap. D.6.2 und D.6.3) gegenüber der direkten Regulierung (Kap. D.6.4) der Vorzug zu geben, da sie den weniger schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Verlage darstellen auch wenn sie administrativ aufwändiger wären.

141. Gleichwohl würde eine entsprechende Preisregulierung einen massiven Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und die Wettbewerbsordnung darstellen. Zudem wäre zu berücksichtigen, dass eine solche Preisregulierung einen erheblichen Überwachungs- und Durchsetzungsaufwand nach sich ziehen würde. Ob eine solche Lösung anzustreben ist, muss auf politischer Ebene entschieden werden.

⁷⁷ Vgl. Art. 52 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10).

E	2. Gutachten: Erstellung einer Netzwerkinfrastruktur für die BORS
----------	--

Gutachten vom 27. November 2017 in Sachen Bundesamt für Bevölkerungsschutz (BABS) betreffend Erstellung einer Netzwerkinfrastruktur für die BORS

A Zweck des Gutachtens

1. Im Hinblick auf die Erstellung einer drahtlosen Breitbandkommunikationsinfrastruktur für die Behörden und Organisationen für Rettung und Sicherheit (nachfolgend: BORS), hat Gebert Rechtsanwälte AG im Auftrag des Bundesamts für Bevölkerungsschutz (nachfolgend: BABS) am 8. August 2017 bei der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) ein Gutachten gemäss Art. 47 KG in Auftrag gegeben.

2. Im Folgenden werden die Aufgaben und Anforderungen der BORS für ihre Arbeit (Kapitel A) und der Inhalt der Anfrage sowie der zugrundegelegte Sachverhalt (Kapitel B) wiedergegeben. Die darin enthaltenen Erläuterungen müssen nicht notwendigerweise den Auffassungen und Ansichten der WEKO übereinstimmen. Den zugrundeliegenden Sachverhalt begutachtet die WEKO in kartellrechtlicher Sicht (Kapitel C) und hinsichtlich möglicher Einflüsse auf den Wettbewerb in den Telekommunikationsmärkten (Kapitel D).

3. Die BORS sind für die Erfüllung ihrer Aufgaben auf ein funktionsfähiges Kommunikationssystem angewiesen. Dank neuen Kommunikationsmöglichkeiten und dem stetigen Wandel der Kommunikationstechnologie ist bei den Partnerorganisationen der BORS der Bedarf nach hochverfügbaren Breitbanddiensten gestiegen. Daher soll ein auf dem neusten Mobilfunkstandard Long Term Evolution (LTE) basierendes System ergänzend zum heutigen Polycom-Sprachfunknetz realisiert werden. So wird in der beigelegten Marktstudie „Drahtlose Breitbandkommunikation für die Schweizer BORS“ der CSI Consulting AG auf die Wichtigkeit einer garantierten Bandbreite und einer hohen Verfügbarkeit des Kommunikationssystems für die Führung der Einsatzkräfte und den Informationsaustausch hingewiesen.¹ Auch für die mobile Führung der Einselemente der Schweizer Armee werden hochverfügbare Breitbanddienste gefordert.

4. Private Provider können diese Dienstleistungen aktuell nicht im gewünschten Leistungsumfang erbringen und die notwendige Verfügbarkeit nicht flächendeckend garantieren. Deshalb soll in den kommenden Jahren eine neue Breitbandkommunikationsinfrastruktur für die BORS aufgebaut werden. Die mit der Planung beauftragten Gremien haben zwei gangbare Lösungswege skizziert, die in Kapitel B.1 und B.2 näher beschrieben werden.

5. Im Zuge der Gutachtensanfrage wurden die nachfolgenden drei Fragen an die WEKO gerichtet:

- 1) Welches sind die juristischen Konsequenzen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bei der Finanzierung kommerzieller Infrastrukturen durch die öffentliche Hand?

- 2) Oder anders gefragt: Sind die beiden in Folge beschriebenen Lösungswege aus Sicht der WEKO problematisch resp. als unzulässige Marktverzerrung zu beurteilen?

- 3) Wenn ja, welche Massnahmen sind zu ergreifen, damit das Vorgehen wettbewerbsrechtlich rechtskonform abgewickelt werden kann?

6. Ausgehend von diesen Fragen nimmt die WEKO zu dem nachfolgend zugrundegelegten Sachverhalt sowohl in kartellrechtlicher (Kapitel C) als auch im Hinblick auf die möglichen Einflüsse der Lösungswege auf den Wettbewerb in den Telekommunikationsmärkten (Kapitel D) Stellung.

B Zugrunde gelegter Sachverhalt

7. Die BORS sind in rasch zunehmendem Masse auf drahtlose Datenkommunikationsmittel angewiesen. Bis heute nutzen sie dafür ausschliesslich die Netze der kommerziellen Anbieter (Swisscom, Sunrise und Salt). Obwohl diese Netze in der Regel sehr zuverlässig funktionieren, gibt es Situationen, in welchen eine Datenkommunikation über die Netze dieser Anbieter nur noch eingeschränkt oder gar nicht mehr möglich ist.

8. Beispiele dafür sind gemäss ihrer Anfrage:

- a.) Grossveranstaltungen/Grossereignisse wie Fussballspiele, Konzerte oder die Streetparade.
- b.) Von den öffentlichen Anbietern aus kommerziellen Überlegungen nicht versorgte Gebiete wie abgelegene Gegenden, Gebirgstäler oder Bahntunnels.
- c.) Stromausfälle auf lokaler, regionaler oder nationaler Ebene.

9. Durch Priorisierung der Kommunikationsmittel der BORS im Netz der öffentlichen Anbieter kann in den Beispielen a.) Abhilfe geschaffen werden. Für die unter b.) und c.) beschriebenen Situationen müssen andere Wege gefunden werden.

10. Der Fall b.) kann nur durch den Bau zusätzlicher Senderstandorte aufgefangen werden, um die Interessengebiete der BORS zu versorgen. Gemäss Anfrage wird mit Kosten zwischen 100'000 CHF bis 1'000'000 CHF pro Standort gerechnet. Dem Fall c.) ist lediglich durch die Versorgung einzelner Senderstandorte mit Notstrom zu begegnen, um so deren Funktionstüchtigkeit auch bei Ausfall der öffentlichen Stromversorgung sicherstellen zu können. Diese Kosten belaufen sich auf ca. 10'000 CHF pro Standort. In beiden Fällen zusammen wird mit einigen Hundert bis Tausend Senderstandorten gerechnet, die neu zu bauen oder aufzurüsten wären.

¹ In der Studie werden die konzeptionellen Vorarbeiten geleistet um den Bedarf an und die Kosten der zukünftigen Netzinfrastruktur, mithilfe den Antworten der befragten Systemlieferanten, abschätzen zu können.

11. Der Bau eines Senders dauert laut Anfrage ca. 2 Jahre, das Up-Grade von bestehenden Sendern ohne bauliche Massnahmen ca. ein halbes Jahr, jenes mit baulichen Massnahmen ca. $\frac{3}{4}$ - 1 Jahr. Angesichts der grossen Anzahl zusätzlich benötigter Senderstandorte wird eine Staffelung der Umsetzung nötig sein, was zu einer Realisierungsdauer des kompletten, erwähnten Infrastrukturtails (der bis zu Tausend Standorte umfasst) von 5 – 10 Jahren führen dürfte. Die Lebensdauer der Technik des Infrastrukturtails kann mit ca. 10 – 15 Jahren angegeben werden.

12. In den zuständigen Gremien stehen im Moment zwei Lösungswege zur Diskussion, die in den folgenden beiden Abschnitten kurz zusammengefasst werden.

Lösungsweg 1

13. Das BAKOM stellt für BORS eine eigene Frequenz zur Verfügung (bedürfte eines Bundesratsentscheides). Nutzer der Frequenz sind nur die BORS, also keine Private. Allfällig benötigte zusätzliche Senderstandorte werden durch die jeweiligen Kantone in Eigenregie gebaut resp. beschafft. Mittels Beschaffung erfolgt ebenfalls die Auswahl des SIM-Karten-Anbieters. Die Endgeräte beschafft jeder BORS-Nutzer selbständig.

14. In Gebieten wo die BORS keinen Bedarf an eigenen Senderstandorten haben, könnten die den BORS zugeordneten Frequenzen grundsätzlich von den kommerziellen Mobilfunkanbietern genutzt werden. Alternativ wäre auch denkbar, dass die kommerziellen Anbieter über die Sendeeinrichtungen der BORS ihre Kunden versorgen könnten – natürlich nur so lange genügend Kapazitäten zur Befriedigung der Bedürfnisse der BORS vorhanden sind.

Lösungsweg 2

15. Mittels Beschaffung wird die Netznutzung mit folgenden Optionen ausgeschrieben: Weiterausbau/Neubau von Senderstandorten und Aufrüstung von bestehenden Senderstandorten (Erreichen der Notstromtauglichkeit). Der Netzbetreiber verpflichtet sich somit wie ein Generalunternehmer zum Bereitstellen seines Netzes sowie dem Ausbau, Neubau und Aufrüsten von Senderstandorten. Nutzer sind die BORS und auch Private, welche beim ausgewählten Netzanbieter Kunden sind.

16. Gemäss Anfrage sind die politischen Zeichen momentan in Bezug auf den Lösungsweg 1 so zu interpretiert, dass dieser Weg wohl nicht in Frage kommen wird. Womit Lösungsweg 2 ins Auge gefasst werden muss.

C Kartellrechtliche Beurteilung der zwei Lösungswege

17. Bei der Beurteilung sind neben den kartellrechtlichen Einschätzungen auch die Auswirkungen der beiden Lösungswege auf den Wettbewerb allgemein zu berücksichtigen, wie dies aus Frage 2) hervorgeht (vgl. Rz 5).

18. Auf allfällige vergaberechtliche Fragestellungen, welche sich im Konkreten bei der Umsetzung des einen oder des anderen Lösungsweges ergeben, wird im Rahmen dieses Gutachtens nicht im Detail eingegangen. Diesbezüglich sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) zu berücksichtigen.

C.1 Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

19. Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, Kartellgesetz; SR 251) gilt das Kartellgesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Als Unternehmen gelten gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

20. Für die Sicherstellung der Zusammenarbeit zwischen den einzelnen BORS besteht gemäss den Art. 3 bis 5 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 2002 über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz (BZG; SR 520.1) eine gesetzliche Grundlage. Die BORS sind hierbei hoheitlich tätig. In dieser Tätigkeit sind die BORS nicht als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess anzusehen, so dass im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeit das Kartellgesetz grundsätzlich keine Anwendung findet.

21. Das Kartellgesetz kommt nur dann zur Anwendung, wenn sich die BORS als Anbieter oder Nachfrager im Wirtschaftsprozess beteiligen, sprich, wenn sie im Rahmen ihrer Tätigkeit mit Privaten in eine Wirtschaftsbeziehung eintreten. Diese Schnittstellen können für die beiden Lösungswegen wie folgt beschrieben werden:

Lösungsweg 1

22. Beim Lösungsweg 1 würden lediglich die Tätigkeiten der Beschaffung und gegebenenfalls eines möglichen externen Betriebs sowie die Tätigkeit der kommerziellen Zurverfügungstellung der Netzwerkinfrastruktur an andere Fernmeldedienstanbieter unter den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen. In beschaffungsrechtlicher Hinsicht wären ebenfalls die Bestimmungen des BöB zu berücksichtigen.

23. Der gesamte Betrieb des zu errichtenden Mobilfunknetzwerkes für den Gebrauch der BORS wäre hingegen als hoheitliche Tätigkeit anzusehen und ist daher nicht Teil des Wirtschaftsprozesses. Diese Tätigkeit fällt folglich auch nicht in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Ein möglicherweise kommerzielles Angebot der Netznutzung durch Dritte würde hingegen wiederum als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Kartellgesetzes angesehen, da die BORS als Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen am Markt auftreten würden.

Lösungsweg 2

24. Anders als beim Lösungsweg 1 würden die BORS beim Lösungsweg 2 Fernmeldedienstleistungen einkaufen und sich zudem an den Ausbaurkosten der Infrastruktur des Fernmeldedienstleisters beteiligen. Somit würden die BORS als Nachfrager einer speziellen Fernmeldedienstleistung im Markt tätig. Folglich würde diese Tätigkeit unter den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um eine entsprechende öffentliche Beschaffung handeln würde, welche nach den Vorgaben des BöB durchgeführt werden müsste.

C.2 Kartellrechtliche Einschätzung

25. Kartellrechtlich unzulässig sind gemäss Art. 5 Abs. 1 KG 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 des wirksamen Wettbewerbs führen. Zur Beurteilung von Wettbewerbsabreden ist daher zu analysieren, ob solche geeignet sind, die daran Beteiligten dazu zu veranlassen, von ihnen zur Verfügung stehenden Wettbewerbsparametern keinen Gebrauch zu machen, obwohl ein Ausnutzen dieser Wettbewerbsparameter aus einer individuellen Sicht ökonomisch rational wäre.

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

C.2.1 Lösungsweg 1

27. Beim Lösungsweg 1 würden die BORS eine eigenständige Mobilfunknetzwerkinfrastruktur für sich aufbauen. Hinsichtlich des Eigengebrauchs des neu aufgebauten Mobilfunknetzes wären die BORS hoheitlich tätig und somit das KG nicht anwendbar. Falls sie hierüber kommerziell Mobilfunkdienstleistungen an Dritte anbieten würden, würden sie als Mobilfunknetzbetreiber (nachfolgend: MNO) in den Markt eintreten. Dies könnte auf unterschiedliche Weise geschehen. Sie könnten den bestehenden MNOs einen Zugang zu ihrem Mobilfunknetz gewähren. Sie können zusätzlich virtuellen Mobilfunknetzbetreibern (nachfolgend: MVNO) gewisse Mobilfunkübertragungsdienstleistungen anbieten. Sie könnten theoretisch sogar gegenüber Endkunden Mobilfunkdienstleistungen anbieten. Aus den Unterlagen geht jedoch nicht hervor, dass ein möglicher Eintritt in den Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen geplant wäre.

28. Gewährten die BORS anderen MNOs/MVNOs einen Zugang zu ihrer Mobilfunkinfrastruktur, würden sie als Marktteilnehmer auf dem Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt) eintreten, womit das KG auf diese Tätigkeiten der BORS grundsätzlich anwendbar wäre. Hierbei kann der Zugang zum Mobilfunknetz über eine temporäre Mitbenutzung durch andere FDA (nationales Roaming) oder eine dauerhafte Netznutzung, wie dies für MVNOs typisch ist, erfolgen. Dies kann zu analogen Bedingungen erfolgen, wie dies bereits bei internationalen Roaming-Vereinbarungen oder nationalen Netzmitbenutzungsverträgen (MVNO) der Fall ist. Es ist daher möglich die Mitbenutzung in kartellrechtskonformer Weise auszugestalten.

29. Da beim Lösungsweg 1 eine Netzwerkinfrastruktur aufgebaut würde, welche über im Markt einzigartige Eigenschaften hinsichtlich der Netzabdeckung sowie der Ausfallsicherheit verfügen würde, könnte hieraus – je nach Nachfragesituation – eine marktbeherrschende Stellung resultieren. Eine solche könnte insbesondere dann gegeben sein, wenn seitens der Endkunden eine entsprechende Nachfrage besteht und gleichzeitig den

kommerziellen MNOs/MVNOs keine adäquaten Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

30. Falls daher aufgrund der Nachfragesituation in Kombination mit den Eigenschaften des durch die BORS aufzubauenden und am Markt anzubietenden Mobilfunknetzes eine marktbeherrschende Stellung entstehen würde, müssten die BORS bei ihrem kommerziellen Angebot die Bestimmungen von Art. 7 KG berücksichtigen. Demnach wäre eine Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens unzulässig, wenn es durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.

31. Sie müssten insbesondere Massnahmen treffen, dass keinen Marktteilnehmern eine Geschäftsbeziehung in unzulässiger Weise verweigert wird (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), dass es zu keiner Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen kommt (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), dass keine unangemessenen Preise oder sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen werden (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG), dass keine gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen erfolgt, sowie dass keine Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung resultieren (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG).

C.2.2 Lösungsweg 2

32. Bei einem Verzicht auf den Aufbau einer eigenen Infrastruktur müssten die entsprechenden Dienstleistungen von Fernmeldedienstleistern eingekauft werden. Hierbei stellt sich die Frage, wie die Verträge, welche insbesondere die Investitionen in die bereits bestehende Netzwerkinfrastruktur eines MNO umfassen und den Neuausbau von Sendestationen vorsehen, ausgestaltet werden. Hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen an die Grundversorgungsanbieterin wären zudem die vergaberechtlichen Bestimmungen im Bereich Fernmeldeverkehr gemäss dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterale Verträge I: Beschaffungswesen; SR 0.172.052.68) zu beachten.²

33. Soweit die Verträge das Verhältnis zwischen dem Netzbetreiber und den BORS als Nachfrager in der Rolle eines Endkunden regeln, ist es unwahrscheinlich, dass es zu einer wettbewerbsrechtlich problematischen Abrede im Sinne von Art. 5 KG kommt, solange hierdurch keine erhebliche Beeinträchtigung bzw. keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten resultiert. Eine erhebliche Beeinträchtigung bzw. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs könnte unter gewissen Umständen dann resultieren, wenn umfassende Exklusivitäten zu Ungunsten anderer Marktteilnehmer vereinbart würden. Aus den Unterlagen, die den Wettbewerbsbehörden derzeit vorliegen, geht nicht hervor, dass solche Exklusivitäten für die BORS notwendig wären, bzw. geplant seien.

² Insbesondere Art. 3 Abs. 2-5, Art. 6 sowie Anhang I B.

34. Hinsichtlich der Finanzierung eines ihren Ansprüchen genügenden Ausbaus der Netzwerkinfrastruktur durch die BORS ist darauf hinzuweisen, dass dies zu einer Begründung oder allenfalls zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung eines Mobilfunknetzbetreibers führen könnte. In einem solchen Fall würden sich die Anforderungen an den Netzbetreiber dahingehend erhöhen, dass er ein besonderes Augenmerk auf die in Art. 7 KG statuierten Pflichten legen müsste. Für die BORS als Nachfrager von spezifischen Mobilfunkdienstleistungen würden sich hieraus allerdings keine kartellrechtlichen Pflichten ergeben. Aufgrund der Problematik der Verstärkung einer möglicherweise bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung wäre es daher wünschenswert verschiedene Möglichkeiten zu prüfen, um entweder einen wirksamen Wettbewerb zu fördern oder den bestehenden Wettbewerb zumindest nicht zu behindern. Gemäss Art. 21 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) können verschiedene Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Hierbei könnte ein Zuschlagskriterium die Auswirkung auf den wirksamen Wettbewerb sein. Es ist allerdings zu beachten, dass durch ein solches Zuschlagskriterium kein Fernmeldedienstanbieter per se von der Ausschreibung ausgeschlossen werden darf und dieses Kriterium entsprechend zu gewichten wäre.

35. Weitere geeignete Massnahmen könnten beispielsweise sein den Netzausbau auf verschiedene Netzbetreiber zu verteilen, so dass sämtliche Netzbetreiber regional und/oder national von einem solchen Ausbau profitieren könnten. Durch die Finanzierung eines Netzausbaus könnte zudem Wettbewerb geschaffen werden, wenn die Kooperation mit einem Kooperationspartner gesucht würde, der bisher nicht als Mobilfunknetzbetreiber tätig ist, für den es aber relativ günstig wäre ein solches Mobilfunknetz aufzubauen, da er bereits über eine gewisse nationale Infrastruktur (z.B. ein schweizweiter Betreiber von Mobilfunkmasten sowie ein schweizweiter Betreiber einer Breitbandinfrastruktur) verfügt.

C.2.3 Fazit aus den kartellrechtlichen Einschätzungen

36. Aus rein kartellrechtlicher Sicht sind beide Lösungswege grundsätzlich als wenig problematisch anzusehen.

37. Beim Lösungsweg 1 könnte, was die Erschliessung von abgelegenen Gebieten anbelangt, die heute noch nicht erschlossen sind, unter Umständen eine marktbeherrschende Stellung der BORS resultieren. Falls sich die BORS unter diesen Umständen dazu entschliessen würden als Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen auf dem Wholesale-Markt für den Netzzugang und die Originierung (Netzzugangsmarkt) aufzutreten, müssten sie die Bestimmungen von Art. 7 KG beachten.

38. Hinsichtlich der Finanzierung des Ausbaus der Netzwerkinfrastruktur eines bereits bestehenden kommerziellen MNO gemäss Lösungsweg 2 sind grundsätzlich keine kartellrechtswidrigen Sachverhalte ersichtlich. Falls durch die Finanzierung des Ausbaus der Netzwerkinfrastruktur eines kommerziellen MNO eine marktbeherrschende Stellung dieses Anbieters resultiert oder verstärkt würde, so müsste dieser sich entsprechend an die gesetzlichen Vorgaben von Art. 7 KG halten.

D Beurteilung der Auswirkungen auf den Wettbewerb im Schweizer Telekommunikationsmarkt

39. Neben den rein kartellrechtlichen Auswirkungen sind allerdings auch die Auswirkungen auf den Wettbewerb in den Mobilfunktelekommunikationsmärkten zu berücksichtigen. So bieten beide Lösungswege auf der einen Seite Chancen und auf der anderen Seite Risiken für den wirksamen Mobilfunknetzbetrieb in der Schweiz. Nachfolgend werden daher für beide Lösungswege die Chancen und Risiken für den Wettbewerb aufgezeigt und Anhaltspunkte geliefert, worauf bei der Beschreibung einer dieser beiden Lösungswege im Sinne eines funktionierenden Wettbewerbs zu achten sein wird.

D.1 Lösungsweg 1

40. Mit dem Aufbau einer kompletten Mobilfunknetzwerkinfrastruktur würde in der Schweiz ein potenzieller neuer staatlicher Wettbewerber in den Markt eintreten. Dieser hätte gegenüber den kommerziellen Wettbewerbern den Vorteil, dass einerseits die Netzaufbaukosten staatlich finanziert würden und dass andererseits aufgrund der Anforderungen der BORS in Punkto Netzabdeckung und Ausfallsicherheit ein qualitativ höherwertiges Mobilfunknetz als diejenigen der kommerziellen Netzanbieter entstehen würde. Dies könnte bei einem rein kommerziellen Markteintritt als MNO zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der bisher bestehenden MNOs führen.

41. Bei einem entsprechenden Markteintritt wäre daher zu beachten, dass allfällige Wettbewerbsverzerrungen so gering wie möglich ausfallen. Hierbei wäre zu berücksichtigen auf welcher Marktstufe die BORS auf den Markt eintreten würden.

42. Falls die BORS lediglich als Infrastrukturanbieter eines Mobilfunknetzes gegenüber den bestehenden Mobilfunknetzbetreibern durch Anbieten von nationalem Roaming in den Markt eintreten würden, so dass diese in Punkto Ausfallsicherheit und Netzabdeckung qualitativ höherwertigere Dienstleistungen anbieten können, wäre darauf zu achten, dass ein diskriminierungsfreier Zugang zur Infrastruktur sämtlichen MNOs offensteht.

43. Eine Öffnung des Netzes für MVNOs könnte aus wettbewerblicher Sicht als problematisch angesehen werden, da auf diese Weise ein staatlich finanzierter Wettbewerber zusätzlich zu den kommerziellen MNO entstehen würde, der mit den kommerziellen MNO in Wettbewerb treten und ein bestehendes Marktpotenzial abschöpfen würde. Das dadurch reduzierte Ertragspotenzial für die bestehenden kommerziellen MNOs könnte sich wiederum auf deren zukünftige Investitionen auswirken. Auf der anderen Seite könnte die Zurverfügungstellung eines Mobilfunknetzes für MVNO den Schweizer Mobilfunktelekommunikationsmarkt beleben. So könnten, abhängig von den zur Verfügung stehenden Kapazitäten, MVNOs je nach Vorleistungspreis attraktivere Tarifangebote gestalten, um so zu den heute im Markt agierenden kommerziellen MNOs in Wettbewerb treten.

44. Ein Markteintritt der BORS im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen würde ebenfalls zu Wettbewerbsverzerrungen führen, da hierdurch eine der Wirtschaftsfreiheit unterliegende kommerzielle Tätigkeit durch den Staat erbracht würde, wobei ein Teil der Infra-

strukturkosten durch den Staat getragen würden. Somit hätte der staatliche Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen gegenüber den kommerziellen Anbietern einen Wettbewerbsvorteil.

D.2 Lösungsweg 2

45. Beim Lösungsweg 2 finanzieren die BORS den Netzausbau eines Mobilfunknetzbetreibers hinsichtlich ihrer Anforderungen betreffend Netzabdeckung und Ausfallsicherheit. Dieser Netzausbau wäre allerdings nicht auf die BORS als Nachfrager dieser Anforderungen beschränkt, sondern würde grundsätzlich allen Kunden des Netzbetreibers bzw. der Netzbetreiber (vgl. Rz 35) zur Verfügung stehen. Dies kann je nach Ausgestaltung des Vergabeverfahrens zu entsprechenden Wettbewerbsvorteilen und damit zusammenhängenden Wettbewerbsverzerrungen führen. Insbesondere bei einer Kooperation mit einem Anbieter von Grundversorgungsdienstleistungen sind auch die vergaberechtlichen Vorgaben der bilateralen Verträge zu öffentlichen Beschaffungen zu berücksichtigen (vgl. Rz 34). Falls der Lösungsweg 2 eingeschlagen würde, wären aufgrund der zu erwartenden Wettbewerbsverzerrungen die nachfolgenden Punkte zu berücksichtigen:

1. Aus vergaberechtlicher Sicht wäre die Beihilfe-problematik zu beachten (vgl. Rz 32).
2. Die Finanzierung eines Netzausbaus durch die BORS wäre im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens zu vergeben.
3. Hierbei wäre aus wettbewerblicher Sicht sicherzustellen, dass durch die Vergabe keine zusätzlichen Wettbewerbsvorteile für ohnehin schon marktmächtige oder marktbeherrschende Unternehmen entstehen. Wünschenswert wäre eine Vergabe, die sich prokompetitiv auf den Mobilfunkmärkten auswirkt.

46. Zudem wäre zu prüfen, ob ein Ausbau der Infrastruktur in einer Art und Weise getätigt werden könnte, dass die Erweiterung des Netzes im staatlichen Eigentum verbliebe. Dies hätte zur Folge, dass die BORS lediglich Dienstleistungen des FDA (Unterhalt des Netzausbaus sowie Fernmeldedienste) einkaufen würde und die FDA im Falle einer eigenen Nutzung der Erweiterung des Netzes die BORS entschädigen müsste. Auf dieser Weise könnte eine Trennung zwischen staatlich finanzierter Infrastruktur und den Diensten der FDA realisiert werden. Eventuell stünde gegebenenfalls ein Wechsel des FDA zur Erbringung der Dienste zu einem späteren Zeitpunkt offen.

47. Fraglich ist, ob durch nationales Roaming oder die Mitbenutzung der neu aufzubauenden Sendemasten ermöglicht werden kann, dass andere MNOs bzw. MVNOs vom höheren Netzausbaustandard ebenfalls profitieren können. In einem solchen Fall könnten die möglicherweise entstehenden Marktverzerrungen geringer ausfallen.

48. Ob hinsichtlich der erhöhten Ausfallsicherheit des für die BORS ausgebauten Netzes eine Mitbenutzung im

Krisenfall möglich und realisierbar ist, kann aufgrund der vorliegend zur Verfügung stehenden Informationen nicht abgeschätzt werden. Falls aufgrund der erhöhten Ausfallsicherheit des Netzes eine zusätzliche Wettbewerbsverzerrung entstehen würde, müssten andere Wege gefunden werden, um diese so gering wie möglich zu halten.

E Fazit

49. Aus einer rein kartellrechtlichen Optik ist gegen beide Lösungswege grundsätzlich nichts einzuwenden. Dies bedeutet, dass keiner der beiden vorgeschlagenen Lösungswege voraussichtlich gegen kartellrechtliche Bestimmungen verstossen wird bzw. beide Lösungswege so ausgestaltet werden können, dass hierdurch keine Kartellrechtsverletzungen entstehen.

50. Aus wettbewerblicher Sicht bergen allerdings beide Lösungswege das Risiko, eine Wettbewerbsverzerrung herbeizuführen.

51. Beim Lösungsweg 1 ist eine solche mögliche Wettbewerbsverzerrung nur dann zu erwarten, wenn die BORS ihr Netz Dritten zur Nutzung öffnen. Hierbei haben die BORS insbesondere darauf zu achten, dass sie Dritten einen diskriminierungsfreien Zugang zu ihrem Netz gewähren. Hinsichtlich der Netzabdeckung und möglicherweise der Ausfallsicherheit wäre ein nichtdiskriminierender Zugang für die bereits bestehenden MNOs die Lösung, die voraussichtlich zu einer geringstmöglichen Wettbewerbsverzerrung führen würde. Eine Öffnung gegenüber MVNO würde hingegen auf der einen Seite das Ertragspotenzial der kommerziellen MNO mindern, könnte aber auf der anderen Seite zu einer Belebung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen führen, wenn MVNO der Netzzugang zu kostenorientierten Bedingungen gewährt würde.

52. Beim Lösungsweg 2 wird derjenige MNO, dessen Netzausbau quasi durch die BORS finanziert wird, bevorteilt. Ob und inwiefern diese Bevorteilung einen starken Einfluss auf den Wettbewerb hat, hängt davon ab, wie sensibel die Mobilfunkkunden auf die erhöhte Qualität des ausgebauten Mobilfunknetzes reagieren. Es ist allerdings denkbar, dass für den MNO durch den Ausbau sowohl in qualitativer Hinsicht als auch hinsichtlich der Reputation ein erheblicher Wettbewerbsvorteil resultiert. Daher ist aus wettbewerblicher Sicht darauf zu achten, dass ein bereits starker MNO hierdurch seine Marktstellung nicht noch weiter ausbaut.

53. Beim Vergleich der beiden Lösungswege kann festgehalten werden, dass beim Lösungsweg 1 bei möglichen Wettbewerbsverzerrungen den BORS weitgehende Handlungsmöglichkeiten bestehen bleiben, diese zu reduzieren oder zu beseitigen. Beim Lösungsweg 2 sind die durch die Finanzierung des Netzausbaus des Zuschlagsempfängers möglicherweise entstehenden Wettbewerbsverzerrungen hingegen weitgehend unumkehrbar und könnten nachträglich nur durch eine Intervention der Wettbewerbsbehörden korrigiert werden.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral		
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GU	Gemeinschaftsunternehmen
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	H	
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HGer	Handelsgericht
		HMG	Heilmittelgesetz
B		I	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	J	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	K	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	L	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
C		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
D		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	M	
DG	Direction Générale (UE)	N	
E		O	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
F		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
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)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Püg	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
R		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	V	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	X	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Y	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Z	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 547, 566, 570, 683 ff., 700
- Abrede 542, 544, 546 ff., 554 f., 557, 559 ff., 563, 565 f., 574, 579, 589, 592, 596, 600, 603, 617 f., 620, 644, 656, 658 f., 661, 663 f., 667 ff., 673, 675 ff., 679, 680 ff., 687, 689 ff., 697, 699, 707 ff., 711 f., 713 f.
- Acquiring 548 f., 561
- Anhörung 680, 683 f.
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) 658, 664
- B**
- Banken 550, 553, 574, 591, 630
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 713
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 542 ff., 559 ff., 564
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 549 ff., 553, 555, 561 f., 708
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 555, 680, 698, 709
- Erheblichkeit 549, 560 f., 682, 687, 691 ff
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 542 ff., 559 ff.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 552, 567, 574 f., 580, 592, 619 f., 705
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten 544, 546 ff., 562 f.
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 549, 572 f., 575 f., 581 f., 586 ff., 592 f., 595 ff., 607 ff., 616 ff., 622, 630, 691, 709, 711, 715 f.
- Marktgegenseite 552, 575, 582 ff., 593, 597 f., 622, 693, 705, 715
- Marktorganisation -
- Marktstruktur -
- Marktzutrittsschranken -
- Meldepflicht 575, 579 ff., 592, 619, 621 f.
- Missbrauch 648, 651, 654 f., 660, 667, 670, 672, 678, 703, 709 ff., 715
- N**
- Netzwerk 549 ff., 567, 572, 574, 582, 584, 591, 620, 622 f., 625 ff., 658, 676, 713 ff.
- Netzwerkkosten 550
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb -
- Preisabrede 548 f., 555, 557, 560 f., 563, 644, 663, 708 f.
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte -
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 644, 653, 656 f. 663, 666, 671, 674 f., 680, 688, 690, 693
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -

Submissionskartell -	Veröffentlichung 644 f., 647, 650, 652, 655 ff., 660, 665 f., 669 f., 673 ff., 678, 711
T	
Tarife -	Verschulden 694, 702
Tarifvertrag -	Vierparteiensysteme -
Tierärzte/innen -	vorbehaltene Vorschriften 546, 580, 592, 621
Transparenzmassnahmen -	vorgezogene Recyclinggebühren -
U	
Umstossung der Vermutung -	W
Untersuchung 544, 547, 552, 555, 557, 559, 563, 568, 596, 644 f., 647 ff., 655 f., 658, 661, 663 ff., 668, 673 f., 676, 678 ff., 682, 686, 689, 696, 705, 709	Wettbewerb um den Markt -
unzulässige Wettbewerbsabrede 546, 680, 689 ff.	X
V	Y
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede	Z
	Zahlungsmittel 543, 548 f., 551 ff.
	zweiseitige Märkte -
