



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

2019/1

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: 727.000.19/1)

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

2019/1

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.

April/avril/aprile 2019

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

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

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

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

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

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

A	Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività	
A 1	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2018 der Wettbewerbskommission (WEKO)	1
	2. Rapport annuel 2018 de la Commission de la concurrence (COMCO)	20
	3. Rapporto annuale 2018 della Commissione della concorrenza (COMCO)	39
	4. Annual Report 2018 of the Competition Commission	57
B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Vergabe medialer Verwertungsrechte	76
	2. Beratungsanfrage betreffend Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens	82
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013	84
	2. VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013 – Geschäftsgeheimnisse	142
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten	147
	2. GU von AMAG und Swisscom (AutoSense AG)	153
	3. GU von BMW und Daimler	159
	4. Worldline S.A./SIX Payment Services Group	165
	5. Ringier/Bärtschi Media AG	176
	6. Tamedia/Zattoo International	178
	7. Embassy Jewel AG/Nolacas Holding AG	189
	8. Siemens/Alstom	191
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Revision des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung der Netzregulierung) – Vernehmlassung	192
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 3. Mai 2018 - Verfügung der Wettbewerbskommission vom 20. Juni 2016 betreffend Publikation	206
C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Entscheid des Obergerichtspräsidiums des Kantons Obwalden vom 2. Mai 2018 in Sachen A. gegen B. – Gesuch um vorsorgliche Massnahmen	214

2.	Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 19. Dezember 2018 in Sachen A. AG gegen B. AG – Missbrauch marktbeherrschender Stellung	221
3.	Entscheid des Handelsgerichts des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. März 2018 in Sachen A. AG gegen B. AG – Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) – Gesuch vom 16. Februar 2018	228
4.	Entscheid des Handelsgerichts des Obergerichts des Kantons Bern vom 14. Dezember 2018 in Sachen A. AG gegen B. AG – Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) – Gesuch vom 26. Oktober 2018	239
C 2	Bundesgericht	
	Tribunal fédéral	
	Tribunale federale	
1.	Urteil vom 10. September 2018 – Partnerschaftsvertrag; Kartellrecht; Zwischenentscheid über die Zuständigkeit zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen - Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichtspräsidenten des Kantons Obwalden	244
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	247
	Index (deutsch, français e italiano)	249

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. Jahresbericht 2018 der Wettbewerbskommission (WEKO)
------	--

Inhaltsverzeichnis

1	Vorwort des Präsidenten	2	4	Organisation und Statistik	13
2	Wichtigste Entscheide 2018	3	4.1	WEKO und Sekretariat	13
2.1	Entscheide der WEKO	3	4.2	Statistik	14
2.2	Urteile der Gerichte	4	5	Submissionsabreden	16
3	Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen	5	5.1	Ausgangslage	16
3.1	Bau	5	5.2	Prävention und Information	17
3.1.1	Submissionsabreden	5	5.3	Aufdeckung inkl. Screening	17
3.1.2	Baustoffe und Deponien	5	5.4	Verfolgung	18
3.1.3	Weitere Bereiche	6	5.5	Fazit	19
3.2	Dienstleistungen	6			
3.2.1	Finanzdienstleistungen	6			
3.2.2	Gesundheitswesen	6			
3.2.3	Freiberufliche und andere Dienstleistungen	7			
3.3	Infrastruktur	7			
3.3.1	Telekommunikation	7			
3.3.2	Medien	7			
3.3.3	Energie	8			
3.3.4	Weitere Bereiche	8			
3.4	Produktmärkte	8			
3.4.1	Schwerpunkt Vertikalabreden	8			
3.4.2	Konsumgüterindustrie und Detailhandel	9			
3.4.3	Uhrenindustrie	9			
3.4.4	Automobilsektor	9			
3.4.5	Landwirtschaft	10			
3.4.6	Weitere Bereiche	10			
3.5	Binnenmarkt	10			
3.6	Ermittlungen	11			
3.7	Internationales	11			
3.8	Gesetzgebung	12			

1 Vorwort des Präsidenten

Die Realität des Wettbewerbs und des Binnenmarkts wird durch die Praxis der Wettbewerbsbehörden und der Gerichte massgeblich geprägt. Die Entscheide der WEKO sind das Ergebnis einer umfassenden Auseinandersetzung mit umfangreichen Dossiers, der eingehenden Anhörung von Parteien und der intensiven Diskussion innerhalb der Kommission. 2018 schloss die WEKO vier Untersuchungen in verschiedenen Märkten ab und prüfte drei Medienzusammenschlüsse vertieft. Die Mehrheit dieser Entscheide ist rechtskräftig.

Hervorzuheben sind für das Jahr 2018 der Entscheid „Engadin I“ über zahlreiche Submissionsabreden im Unteren Engadin, die vertieften Prüfungen der drei Unternehmenszusammenschlüsse AZ Medien / NZZ, Tamedia / Goldbach und Tamedia/Basler Zeitung, der Entscheid zu den Preisabreden und Kundenaufteilungen von Husqvarna und Bucher über das Gerätebenzin Aspen, jener zum unzulässigen Exportverbot von Rollkoffern durch RIMOWA sowie der Entscheid „KTB-Werke“ über unzulässige Verhaltensweisen in der Kies- und Betonbranche im Raum Bern. Im Zusammenhang mit den drei Zusammenschlüssen im Medienbereich ist die gesetzliche Rolle der WEKO zu betonen: Sie hat zu prüfen, ob Zusammenschlüsse eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Die WEKO hat kein Mandat zum direkten Schutz der Medienvielfalt: Der Gesetzgeber hat ihr einen wettbewerbsrechtlichen, nicht aber einen medienpolitischen Rahmen vorgegeben.

Der im April 2018 kommunizierte Entscheid „Engadin I“ schlug grosse Wogen. Diese eine von insgesamt zehn Untersuchungen zu Submissionsabreden im Kanton Graubünden betrifft eine hohe Anzahl abgesprochener Beschaffungen im Unteren Engadin. Die Unternehmen sprachen sich darüber ab, wer welche Submission zu welchem Preis gewinnen sollte. Teilweise funktionierten diese Abreden als System über viele Jahre hinweg, teilweise für einzelne Bauprojekte. Das betroffene Beschaffungsvolumen der öffentlichen und privaten Hand im Engadin überschreitet CHF 100 Mio. deutlich. Der volkswirtschaftliche Schaden, den Submissionsabreden verursachen, ist hoch. Auch deshalb setzte die WEKO in den letzten zehn Jahren einen Schwerpunkt auf die Bekämpfung von Submissionsabreden.

Die Anstrengungen gehen über die Anwendung des Kartell- und Binnenmarktgesetzes in Einzelfällen hinaus. Ebenso wichtig waren die vielen Informations- und Sensibilisierungsveranstaltungen, u.a. jene mit und für Beschaffungsstellen des Bundes und der Kantone. Denn wer um Submissionsabreden weiss und sie zu erkennen vermag, kann sie weitgehend verhindern. Ebenfalls herauszustreichen ist der Aufbau eines statistischen Werkzeugs zur Erkennung von Auffälligkeiten im Offertverhalten von Anbietern. Dieses Werkzeug erlaubt es den Wettbewerbsbehörden, Kartelle aktiv aufzudecken und damit die präventive Wirkung des Kartellgesetzes zu erhöhen. Das vom WEKO-Sekretariat entwickelte Screening-Tool wurde nicht nur in der Schweiz verwendet, sondern rief ein internationales Echo und Interesse hervor.

Funktionierender Wettbewerb ist ein wichtiger Faktor für wirtschaftlichen Wohlstand. Die sorgfältige Anwendung des Kartell- und des Binnenmarktgesetzes ist deshalb im Interesse einer starken und funktionierenden schweizerischen Volkswirtschaft. In der gesellschaftlichen und politischen Diskussion werden das geltende Recht und seine Anwendung bisweilen als zu streng, manchmal als zu mild beurteilt. Davon zeugt auch die relativ hohe Anzahl politischer Vorstösse. Der Schutz des wirksamen Wettbewerbs ist ein zentraler Bestandteil nachhaltiger Wirtschaftspolitik, und die WEKO sichert diesen Aufgabenbereich institutionell ab. Die WEKO handelt im Auftrag des Wettbewerbs und nimmt zu diesem Zweck auch am öffentlichen Diskurs über wettbewerbsrelevante Themen teil. Ihre Hauptaufgabe besteht aber in der Anwendung des geltenden Rechts. Auch dieser Jahresbericht legt Zeugnis von der Vielschichtigkeit der hierfür erforderlichen Tätigkeit ab.

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident WEKO

2 Wichtigste Entscheide 2018

2.1 Entscheide der WEKO

Am 29. Januar 2018 schloss die WEKO die Untersuchung gegen Husqvarna und Bucher ab, welche sie am 31. Mai 2016 gestützt auf eine Selbstanzeige von Husqvarna eröffnet hatte. Die Untersuchung zeigte, dass zwischen Husqvarna und Bucher im Zeitraum von 1998 bis Anfang 2016 eine unzulässige horizontale Abrede über die Festsetzung von Preisen und über eine Kundenaufteilung beim Vertrieb von **Gerätebenzin** der Marke **Aspen** bestand. In einvernehmlichen Regelungen mit den Wettbewerbsbehörden haben sich beide Unternehmungen verpflichtet, derartige Abreden künftig zu unterlassen. Husqvarna wurde die Sanktion erlassen, weil sie die Wettbewerbsbehörden über die Abrede in Kenntnis gesetzt und damit die Untersuchungseröffnung ermöglicht hatte. Das kooperative Verhalten von Bucher hatte eine erhebliche Reduktion der Busse auf rund CHF 610'000 zur Folge. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Die WEKO schloss am 9. April 2018 die Untersuchung gegen die deutsche **RIMOWA** GmbH mit einer einvernehmlichen Regelung und einer Busse rechtskräftig ab. Die Untersuchung zeigte, dass RIMOWA im Händlervertrag mit ihren deutschen Vertriebspartnern im Zeitraum vom 25. Januar 2012 bis zum 13. November 2013 ein unzulässiges Exportverbot für ihre Produkte in die Schweiz vereinbart hatte. Das Unternehmen wurde deshalb mit CHF 134'943 gebüsst. In einer einvernehmlichen Regelung mit den Wettbewerbsbehörden verpflichtete sich RIMOWA, derartige Abreden künftig zu unterlassen. Das kooperative Verhalten des Unternehmens wirkte sich sanktionsmildernd aus.

Am 26. März 2018 sanktionierte die WEKO mit ihrem Entscheid **«Engadin I»** mehrere Bauunternehmen für zahlreiche Submissionsabreden im Unterengadin mit einer Busse in der Höhe von rund CHF 7.5 Mio. Die WEKO schloss damit die achte von insgesamt zehn Untersuchungen ab, die Submissionsabreden im Kanton Graubünden betreffen (vgl. Abschnitt 3.1.1). In ihrem Entscheid stellte die WEKO fest, dass Bauunternehmen in verschiedenen Kartellen zurückhaltend geschätzt über 400 Ausschreibungen im Hoch- und Tiefbau abgesprochen hatten. Das von den Abreden betroffene Beschaffungsvolumen übersteigt CHF 100 Mio. deutlich. Die Bauunternehmen stimmten über Jahre hinweg untereinander ab, welches von ihnen den Auftrag erhalten sollte. Meist wurde gleichzeitig der Offertpreis bestimmt, zu welchem der designierte «Gewinner» das Bauprojekt für die Beschaffungsstelle ausführen sollte. Einen Teil der Kartelle führten die Bündner Bauunternehmen systematisch und über mehrere Jahre hinweg durch. Diese Abreden wurden zum Teil an den vom graubündnerischen Baumeisterverband organisierten Vorversammlungen getroffen. Die Kartelle betrafen Ausschreibungen des Kantons Graubünden, von Gemeinden und von Privaten im Unterengadin. Die Auftragswerte der abgesprochenen Bauarbeiten reichen von wenigen zehntausend bis zu mehreren Millionen Franken. Da der Graubündnerische Baumeisterverband einen Teil der Kartelle organisierte, auferlegte ihm die WEKO einen Teil der Verfahrenskosten.

Die WEKO hatte sich im Bereich Medien vertieft mit den drei Unternehmenszusammenschlüssen **AZ Medien /**

NZZ, Tamedia / Goldbach und **Tamedia / Basler Zeitung** zu befassen. Innerhalb der vertieften Prüfung bei **AZ Medien / NZZ** bestanden zwar Anhaltspunkte, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens von AZ Medien und NZZ in den Lesermärkten in den Gebieten Solothurn und Aargau sowie im Zeitschriften-Werbemarkt für Gebäudetechnik eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte. Ausserdem bestanden Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer gemeinsamen Marktbeherrschung mit der Basler Zeitung im Lesermarkt für Tageszeitungen im Raum Basel sowie mit der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe im Lesermarkt für Sonntagszeitungen. Allerdings war nicht zu erwarten, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf den genannten Märkten eröffnet, da weiterhin andere starke Konkurrenten verbleiben und der Zusammenschluss auf dem Markt für Sonntagszeitungen zu keiner relevanten Änderung der Wettbewerbssituation führt. Die vertiefte Prüfung der Übernahme von **Goldbach durch Tamedia** ergab, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht zu massgeblichen Veränderungen der Marktverhältnisse führen würde. Zudem war nicht zu erwarten, dass die durch den Zusammenschluss realisierten Portfolioeffekte zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen würden. Auch bei der vertieften Prüfung **Tamedia/Basler Zeitung** bestanden Anhaltspunkte, dass die Übernahme der Basler Zeitung im Lesermarkt für Tageszeitungen im Raum Basel und in verschiedenen Märkten für Rubrikanzeigen sowohl im Raum Basel als auch in der Deutschschweiz zusammen mit der NZZ/AZ-Gruppe und der Ringier-Gruppe eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte. Die WEKO kam zum Schluss, dass sich die Marktverhältnisse durch den Eigentümerwechsel bei der Basler Zeitung kaum verändern und die Übernahme zu keiner Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führt. Für die drei Zusammenschlüsse ergab die Beurteilung im Rahmen der vertieften Prüfung die Freigabe durch die WEKO im August und Oktober dieses Jahres. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die WEKO keine Medienpolitik betreibt. Medienpolitische Aspekte, wie etwa die Medienvielfalt, darf sie bei der Prüfung von Zusammenschlüssen nicht berücksichtigen.

Mit Entscheid vom 10. Dezember 2018 schloss die WEKO die Untersuchung „**KTB-Werke**“ ab. Diese ging aus der am 12. Januar 2015 eröffneten Untersuchung gegen Unternehmen der Baustoff- und Deponiebranche im Kanton Bern hervor (vgl. Abschnitt 3.1.2). Die WEKO eröffnete die Verfügung den Parteien Anfang 2019 und informierte dann die Öffentlichkeit mittels Pressemitteilung. Die Kästli- und Alluvia-Gruppe hatten sich im Beton- und Kiesbereich während mehreren Jahren über Preise und Preiselemente abgesprochen und sich das Gebiet im Raume Stadt Bern und Umgebung aufgeteilt. Sie beschränkten den Wettbewerb untereinander in erheblicher Weise und missbrauchten ihre gemeinsame marktbeherrschende Position im Raume Stadt Bern und Umgebung, um Konkurrenten am Markteintritt zu hindern. Gegen den Entscheid erhoben die Unternehmen Beschwerde beim BVGer.

2.2 Urteile der Gerichte

Am 3. Mai 2018 entschied das BVGer, nicht auf die Beschwerde von **Ticketcorner** gegen die Untersagung des Zusammenschlusses mit **Starticket** einzutreten. Das Gericht begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, dass Tamedia (als Muttergesellschaft von Starticket) auf eine Beschwerde verzichtet und öffentlich bekanntgegeben habe, Starticket aus eigener Kraft weiterzuentwickeln. Somit liege mangels eines (aktuellen und praktischen) schutzwürdigen Interesses an der Aufhebung oder Änderung des WEKO-Entscheids keine Beschwerdelegitimation von Ticketcorner vor. Der Entscheid des BVGer wurde angefochten. Bezüglich der Frage, ob im Falle der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens beide Zusammenschlussparteien zusammen gegen die Verfügung vorgehen müssen, erachtet das BVGer zwei Gesichtspunkte als relevant: Erstens könnte Ticketcorner den gegenwärtigen Zustand der schwebenden Unwirksamkeit des Zusammenschlussvertrags gegen die Interessen von Starticket künstlich verlängern, wäre es zulässig, dass nur eine beteiligte Zusammenschlusspartei Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung führen könnte. Auch könnte Ticketcorner damit die Schaffung von Rechtssicherheit und insbesondere eine rechtskräftige Feststellung hinsichtlich deren Marktstellung einseitig verzögern. Zweitens argumentiert das BVGer, dass Ticketcorner und Tamedia hinsichtlich des Zusammenschlusses eine Interessengemeinschaft bilden. Da beide Unternehmen meldepflichtig waren, hätten sie demnach – gestützt auf die zur Solidarität verpflichtende Interessengemeinschaft – auch gemeinsam gegen die Untersagung des Zusammenschlusses Beschwerde einlegen müssen.

Mit seinem Urteil vom 18. Mai 2018 in Sachen **Altimum SA / Bergsportartikel** hiess das BGer die Beschwerde des WBF und der WEKO gegen das Urteil des BVGer vom 17. Dezember 2015 teilweise gut und bestätigte die Verfügung der WEKO vom 20. August 2012 dahingehend, als es sich bei der Festsetzung von Mindestverkaufspreisen für Bergsportartikel durch die Altimum SA gegenüber ihren Wiederverkäufern um unzulässige vertikale Preisabreden gehandelt hatte. Das BGer führte u. a. aus, dass Händler, die sich unter der Bedingung der Einhaltung von Mindestverkaufspreisen beim Wiederverkauf auf einen Vertriebsvertrag mit einem Hersteller einlassen und sich für den Fall der Nichteinhaltung einem Lieferstopp aussetzen, eine Abrede mit dem Hersteller eingehen. Dabei reiche es aus, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke, die Prüfung von Auswirkungen, namentlich die Prüfung des Befolgungsgrades der Abrede, sei nicht erforderlich. Das BGer bestätigte hinsichtlich der Frage der Erheblichkeit seine GABA/Elmex-Rechtsprechung. Eine Rechtfertigung wäre nach Ansicht des BGer möglich gewesen, wenn die Festlegung von Mindestpreisen notwendig gewesen wäre, um Wiederverkäufern den Wettbewerb über die Qualität der Kundenberatung zu ermöglichen und so auch der „Trittbrettfahrer-Problematik“ zu begegnen (Bezug der Beratungsleistung im Fachgeschäft – Kauf bei günstigerem Anbieter). Diese Notwendigkeit sei hier nicht dargelegt worden. Aus prozessualen Gründen verhängte das BGer keine Sanktion gegen die Altimum SA.

Die WEKO ging mit ihrem Entscheid **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** vom 16. Dezember 2011 gegen Submissionsabreden vor. Vierzehn im Kanton Aargau tätige Bauunternehmungen wurden mit rund CHF 4 Mio. dafür sanktioniert, dass sie zwischen 2006 und 2009 unzulässige Submissionsabsprachen über Preise und die Aufteilung von Märkten vorgenommen haben. Von den zwischen 2006 bis 2009 abgesprochenen Submissionen waren rund 100 öffentliche und private Bauprojekte betroffen. Vier Unternehmen fochten den WEKO-Entscheid an. Das Verfahren war während rund sechseinhalb Jahren vor dem BVGer hängig. Am 25. Mai 2018 bestätigte das BVGer den Entscheid der WEKO gegen die Bauunternehmungen aus dem Kanton Aargau mehrheitlich. Das BVGer bestätigte die rechtliche Qualifikation der untersuchten Verhaltensweisen als harte horizontale Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne des Kartellgesetzes. Mit seinen Urteilen klärte das BVGer wichtige Grundsatzfragen. Dazu zählen die rechtlichen Mindestanforderungen an die Beweisführung und die Beweiswürdigung in kartellrechtlichen Untersuchungen, sowie der Umgang mit Informationen von Unternehmen, welche Selbstanzeigen einreichten und mit den Wettbewerbsbehörden kooperierten. Zudem klärte das BVGer Fragen im Zusammenhang mit angeblichen Verletzungen von Verfahrensrechten durch die Wettbewerbsbehörden und bestätigte die Sanktionierbarkeit der (teilweise umsatzlosen) Kartellrechtsverstösse sowie die Rechtmässigkeit der von der WEKO konkret angewendeten Methode zur Sanktionsbemessung. Aufgrund einer zum Teil von den Ausführungen der WEKO abweichenden Sachverhaltswürdigung reduzierte das Gericht dabei die Sanktionen. Ein Bauunternehmen zog das Urteil des BVGer an das BGer weiter.

Am 22. November 2016 reichte die WEKO beim Tribunale cantonale amministrativo drei Beschwerden gegen das kantonale Gesetz über die Gewerbebetriebe (**Legge sulle imprese artigiane, LIA**) ein. Die LIA sah eine umfassende und aufwändige Registrierung von Handwerksbetrieben vor. Für eine Registrierung mussten mehr als zehn Dokumente eingereicht und Nachweise erbracht werden. Gerade für ausserkantonale Betriebe behinderte die LIA den Marktzugang im Tessin. Das kantonale Verwaltungsgericht hiess die Beschwerden der WEKO mit seinen Entscheiden vom 27. Februar 2018 gut. Es erachtete die Anforderungen der LIA als Beschränkung des freien Zugangs zum Markt und als Verstoss gegen das Binnenmarktgesetz (BGBM). Auf die anschliessenden Beschwerden einiger Tessiner Gewerbeverbände und Handwerksunternehmen trat das BGer mit seinen Entscheiden vom 11. Oktober 2018 infolge fehlender Beschwerdelegitimation nicht ein, womit die Urteile des kantonalen Verwaltungsgerichts rechtskräftig wurden.

In Sachen **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** ergingen ebenfalls Entscheide des BVGer. Nach Abschluss vom 16. Dezember 2011 des Hauptverfahrens betreffend Submissionsabreden und der Publikation der Sanktionsverfügung stellten Beschaffungsstellen aus dem Kanton Aargau zwei **Gesuche um Einsicht** in die ungeschwärzte Verfügung der WEKO und entsprechende Akten. Dieses Verfahren wurde zunächst sistiert, und nach Aufhebung der Sistierung hat die WEKO mit Verfügungen vom 11. Dezember 2017 darüber entschieden.

Sie hiess die Einsichtsgesuche teilweise gut und beabsichtigte den Gesuchstellern in beschränktem Masse Einsicht zu gewähren resp. Auskunft zu geben. Gegen die Einsichtsverfügungen haben einzelne Parteien Beschwerde erhoben. Das BVGer erliess am 23. Oktober 2018 drei Urteile, mit welchen es die Beschwerden gut hiess. Die abweichende Beurteilung des BVGer beruht darauf, dass es Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG restriktiver auslegt als die WEKO. Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a des Datenschutzgesetzes (DSG) können die nachgesuchten Daten nur herausgegeben werden, wenn sie für den Gesuchsteller zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Das BVGer ist der Ansicht, eine solche Unentbehrlichkeit sei nur zu bejahen, wenn erstens ein rechtskräftiges Sanktionsurteil vorliegt, in dem zweitens ein entsprechender Kartellrechtsverstoss festgestellt worden ist. Die WEKO befand demgegenüber, die Rechtskraft müsse nicht abgewartet werden. Das WBF erhob in Zusammenarbeit mit der WEKO gegen zwei der drei Urteile des BVGer Beschwerde beim BGer. Das Urteil des BGer wird für die Behandlung diverser Einsichtsgesuche, die derzeit vor der WEKO hängig sind, wegweisend sein.

Schliesslich ergingen in verschiedenen Verfahren wichtige **Urteile betreffend die Publikation von Verfügungen** der WEKO, diese wurde von den Gerichten mehrheitlich als rechtmässig beurteilt (vgl. Abschnitte 3.3.2, 3.3.4 und 3.4.4).

3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

3.1 Bau

3.1.1 Submissionsabreden

Die WEKO fällt ab 2017 verschiedene Entscheide über **Submissionsabreden im Kanton Graubünden**. Den Ursprung haben diese Entscheide in der am 30. Oktober 2012 eröffneten Untersuchung „Bauleistungen Untere Engadin“ gegen verschiedene Unternehmen aus den Bereichen Hoch- und Tiefbau, Strassen- und Belagsarbeiten sowie den dazu vorgelagerten Märkten. Diese Untersuchung dehnte das Sekretariat im April 2013 auf den gesamten Kanton Graubünden und weitere Unternehmen sowie im November 2015 nochmals auf weitere Unternehmen aus. Im November 2015 teilte es diese Untersuchung aus prozessökonomischen Gründen in zehn Untersuchungen auf.

Die erste Untersuchung schloss die WEKO mit Entscheid vom 10. Juli 2017 ab. Sie stellte rechtskräftig fest, dass Hoch- und Tiefbauunternehmen im **Münstertal (GR)** zwischen 2004 und 2012 mehr als hundert Ausschreibungen abgesprochen hatten (vgl. Jahresbericht 2017); das Gesuch des Kantons Graubünden um Einsicht in den nicht geschwärzten Entscheid und entsprechende Akten behandelte die WEKO am 17. September 2018 mit einer separaten Verfügung, die angefochten wurde und nun vor dem BVGer hängig ist. **Sechs weitere Entscheide** über Submissionsabreden im Hoch- und Tiefbau des Kantons Graubünden fällt die WEKO am 2. Oktober 2017. Diese Submissionsabreden betrafen einzelne Beschaffungen im Engadin. Zwei dieser Entscheide sind rechtskräftig, vier vor dem BVGer hängig. Im 2018 schloss die WEKO mit ihrem Entscheid „**Engadin I**“ die achte der zehn Untersuchungen ab (vgl. Abschnitt 2.1). Drei Unternehmen haben den Entscheid vor BVGer angefochten.

Die letzten zwei Entscheide sind für Sommer 2019 geplant. Eine dieser Untersuchungen betrifft den Hoch- und Tiefbau, sie wird kleinerer Natur sein, ähnlich zu den Entscheiden vom 2. Oktober 2017. Die andere, grössere Untersuchung betrifft den **Strassenbau** des gesamten Kantons Graubünden. Der Abschluss dieser Untersuchung wurde verzögert, da über zwei Jahre eine Zwischenverfügung vom Mai 2016 vor BVGer hängig war, welche die Rechtsfrage beinhaltete, ob ein ehemaliger Mitarbeiter einer Verfahrenspartei als Zeuge einvernommen werden kann oder nicht. Nach Entscheid des BVGer im September 2018 konnten die letzten Ermittlungshandlungen erfolgen.

Am 8. Juli 2016 entschied die WEKO, dass acht Strassen- und Tiefbauunternehmen in den Bezirken **See-Gaster (SG) sowie March und Höfe (SZ)** zwischen 2002 und 2009 bei mehreren hundert Ausschreibungen in unzulässiger Weise die Preise abgesprochen und bestimmt hatten, wer den Zuschlag erhalten soll. Einige Unternehmen haben den WEKO-Entscheid vor BVGer angefochten, wo er seither hängig ist. Ein Teil der Unternehmen stellte sich zudem auf den Standpunkt, dass der WEKO-Entscheid nicht publiziert werden dürfe. Gegen die zwei entsprechenden Publikationsverfügungen der WEKO vom 30. Oktober 2017 erhob eine Partei Beschwerde vor BVGer, was zu mehreren Zwischenentscheiden vor BVGer und BGer führte, welche die Standpunkte der WEKO grundsätzlich stützten. Eine vorläufige Publikation konnte damit zwischenzeitlich erfolgen. Der Hauptentscheid in dieser Sache steht noch aus.

In Sachen **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** haben vier Parteien den Entscheid der WEKO vom 16. Dezember 2011 angefochten. Das BVGer bestätigte den Entscheid der WEKO gegen die Baufirmen aus dem Kanton Aargau mehrheitlich (vgl. Abschnitt 2.1). In gleicher Sache entschied die WEKO am 11. Dezember 2017 über zwei **Gesuche** von Beschaffungsstellen aus dem Kanton Aargau **um Einsicht** in die ungeschwärzte Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 und entsprechende Akten. Die WEKO gewährte den Beschaffungsstellen einen beschränkten Zugang. Die entsprechenden Entscheide wurden jedoch von Verfahrensparteien vor dem BVGer angefochten. Den Beschwerden gab das BVGer im Oktober 2018 statt, worauf hin das WBF in Zusammenarbeit mit der WEKO zwei der drei Entscheide ans BGer weiterzog (vgl. Abschnitt 2.1).

Das Sekretariat führte in fünf Westschweizer Kantonen und im Tessin **Sensibilisierungskampagnen** bei den Kantonen zu Submissionsabsprachen und zum Binnenmarktrecht durch (vgl. Abschnitt 5.2).

3.1.2 Baustoffe und Deponien

Im Bereiche der **Baustoff- und Deponiebranche** eröffnete das Sekretariat am 12. Januar 2015 eine Untersuchung gegen verschiedene Unternehmen im Kanton Bern und führte Hausdurchsuchungen durch. Es besteht der Verdacht, dass die betreffenden Unternehmen Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen getroffen haben. Weiter liegen Anhaltspunkte vor, dass die betreffenden Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen und diese missbraucht haben, indem insbesondere Geschäftsbeziehungen mit Drittunternehmen verweigert und Handelspartner diskriminiert wurden sowie der Abschluss

von Verträgen an die Bedingung gekoppelt wurde, zusätzliche Leistungen anzunehmen. Am 19. Mai 2015 wurde die Untersuchung in Bezug auf den Vorwurf der Preis-, Mengen- und Gebietsabreden auf ein weiteres Unternehmen ausgedehnt. Im Rahmen der Untersuchung soll geprüft werden, ob unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen.

Die Untersuchung der **Baustoff- und Deponiebranche** wurde im November 2016 aus prozessökonomischen Gründen in zwei Verfahren aufgeteilt: die Untersuchung „**KTB-Werke**“ sowie die Untersuchung „**Baustoffe und Deponien Bern (KAGA)**“. Gegenstand der Untersuchung KTB-Werke waren Preis- und Gebietsabreden im Raum Bern sowie der Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, indem die marktbeherrschenden Unternehmen mittels gemeinsamer Sonderkonditionen Dritte am Markteintritt hinderten. Die **Ermittlungsarbeiten** in beiden Untersuchungen wurden im Jahr 2017 weitgehend abgeschlossen. Mit Entscheid vom 10. Dezember 2018 schloss die WEKO die kleinere Untersuchung „KTB-Werke“ ab (vgl. Abschnitt 2.1).

3.1.3 Weitere Bereiche

Im Februar 2017 eröffnete das Sekretariat eine **Vorabklärung** gegen den Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein (SIA) und dessen Mitglieder und teilte dem SIA im September 2017 seine vorläufige kartellrechtliche Beurteilung mit. Im Fokus stehen die Berechnungsformeln für die Honorare von Architekten und Architektinnen sowie von Ingenieuren und Ingenieurinnen, die Vorgaben zur Berechnung der Honorare bei Aufträgen, die nach Wettbewerben vergeben werden sowie die Charta „Faire Honorare für kompetente Leistungen“. Im Jahr 2018 diskutierten das Sekretariat und der SIA die Anregungen des Sekretariates für Verhaltensänderungen des SIA und von dessen Mitgliedern, welche den kartellrechtlichen Bedenken Rechnung tragen. Diesen Anregungen entsprechend erarbeitete der SIA für einige Ordnungen für Leistungen und Honorare (LHO) eine Übergangslösung, andere zog er zurück. Der SIA arbeitet zudem an einer längerfristigen Lösung.

3.2 Dienstleistungen

3.2.1 Finanzdienstleistungen

Im Bereich der **Finanzdienstleistungen** wurden die laufenden Untersuchungen (IBOR-Verfahren, „Forex“, Edelmetalle und Leasing) vorangetrieben, so dass mit Entscheiden im Jahr 2019 zu rechnen ist. In der Untersuchung Währungswechselkurse („Forex“) erliess das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Auskunftsverfügung betreffend die Herausgabe von Umsatzzahlen für die Sanktionsberechnung. Das Bundesverwaltungsgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab.

Die neueste Untersuchung der WEKO gegen mehrere Schweizer Finanzinstitute bildet ein mutmasslicher **Boycott mobiler Bezahlösungen internationaler Anbieter** wie Apple Pay und Samsung Pay. Mit der Untersuchung soll geklärt werden, ob mehrere Schweizer Finanzinstitute eine Abrede getroffen haben, mobile Bezahlösungen internationaler Anbieter wie Apple Pay und Samsung Pay nicht zu unterstützen. Es besteht der Verdacht, dass Schweizer Finanzinstitute sich abgesprochen haben, ihre

Kreditkarten nicht für die Benutzung mit Apple Pay und Samsung Pay freizugeben, um die Schweizer Lösung TWINT zu bevorzugen.

Das Sekretariat einigte sich mit **Apple** im Rahmen einer Vorabklärung auf eine wettbewerbsfördernden **TWINT**-Lösung und stellte in der Folge das Verfahren gegen Apple ein. Der Sachverhalt der Vorabklärung betraf Apple Pay, eine mobile Zahlungslösung für Apple-Geräte. Diese Geräte und die App sind so konfiguriert, dass Apple Pay automatisch aufstartet und den Bezahlvorgang über Apple Pay ermöglicht, wenn das Apple-Gerät in die Nähe eines Bezahlterminals gehalten wird. TWINT-Zahlungen an Bezahlterminals erfolgen dadurch, dass der Kunde und die Kundin mit seinem und ihrem Mobiltelefon einen QR-Code vom Display des Bezahlterminals scannt. Während dieses Vorgangs bestand bis anhin die Gefahr, dass sich Apple Pay automatisch öffnet und den Bezahlvorgang mit der TWINT-App unterbricht. Apple hat sich gegenüber dem Sekretariat verpflichtet, TWINT ab sofort die technische Möglichkeit zur Verfügung zu stellen, um den automatischen Start von Apple Pay während der Dauer des Bezahlvorgangs mit der TWINT-App zu unterdrücken.

3.2.2 Gesundheitswesen

Die **Hirslanden AG** beantragte zusammen mit der Klinik Stephanshorn vorsorgliche Massnahmen im Rahmen der Spitalplanung des Kantons St. Gallen für die Dauer einer Untersuchung wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Namentlich sollte der Regierungsrat des Kantons St. Gallen vorsorglich angewiesen werden, die Klinik Stephanshorn für bestimmte Leistungsgruppen auf die Spitalliste Akutsomatik 2017 zu nehmen. Das Gesuch wurde abgelehnt, da die Voraussetzungen – insbesondere mangels eindeutiger Entscheidprognose sowie eines fehlenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils – zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht erfüllt waren.

Das **St. Clara Spital** Basel und das **Universitätsspital Basel** gründen im Bereich der Viszeralchirurgie und der Gastroenterologie ein Zentrum für Bauchmedizin „Clarunis“, in welchem sie das hochspezialisierte medizinische Personal, welches für diese Eingriffe benötigt wird, gemeinsam anstellen. Mit dem Bauchzentrum bezwecken die beiden Spitäler in den Bereichen der einfachen, spezialisierten und hochspezialisierten Versorgung gemeinsame Medizinaldienstleistungen zu erbringen und gemeinsam zur universitären Lehre und Forschung beizutragen. Die am Vorhaben beteiligten Spitäler haben eine Meldung im Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG eingereicht. Obwohl die Patientensteuerung in einem hochspezialisierten Medizinalbereich potentiell hätte problematisch sein können, verzichteten die Wettbewerbsbehörden auf die Eröffnung eines Verfahrens, da im Bereich der hochspezialisierten Viszeralchirurgie die Patientensteuerung als Folge des schweizweit angestossenen Konzentrationsprozesses vorgenommen wurde.

Verschiedene Krankenversicherer haben im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens eine **Branchenvereinbarung „Externe Vermittler“** eingereicht, die sie abzuschliessen beabsichtigen. Diese hat gemäss Art. 19 Abs. 3 Krankenversicherungsaufsichtsgesetz (KVAG) und Art. 31a Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) zum Ziel, die

Qualität der Beratung und der Abschlüsse zu verbessern, die Gebühren an die externen Vermittler auf ein sinnvolles Mass zu beschränken und die telefonische Kaltakquise zu verhindern. Hauptfrage der Meldung war deshalb, inwiefern vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 KG bestehen. Daneben kam der Frage der Meldefähigkeit spezielle Bedeutung zu, da aktuell entsprechende Vereinbarungen in Kraft stehen. Die Anforderung für die Ausbildung der externen Vermittler und die Höhe der Entschädigung im Versicherungsvertragsgesetz (VVG)-Bereich hätten potentiell problematisch sein können. Dies wurde den Versicherern signalisiert ohne ein Verfahren zu eröffnen.

Drei weitere Fälle betrafen den Markt für **Spitex-Dienstleistungen** in den Kantonen Basel-Stadt, Fribourg und Thurgau, wobei die Problemkreise vergleichbar sind. Erstens fehlen öffentliche Ausschreibungsverfahren, welche die Aufträge für die Leistungen an ein Unternehmen vergaben. Zweitens beruhen die Fälle auf Beschwerden von privaten Unternehmen, die sich von Gemeinde und Kanton diskriminiert fühlten. Namentlich ist das System hinsichtlich der Gewährung von Subventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen umstritten. Dieses System scheint die Spitex-Organisation, die von den Subventionen profitiert, zu begünstigen. Die Wettbewerbsbehörden beschäftigen sich zurzeit mit der näheren Betrachtung genannter Problemkreise.

Im Laufe des Jahres wurden zahlreiche Bürgeranfragen im Bereich des Gesundheitswesens eingereicht. Einige dieser Anfragen führten zu Marktbeobachtungen, die noch nicht abgeschlossen sind.

Zudem war das Sekretariat an etwa hundert Konsultationsverfahren beteiligt, mehrheitlich betreffend parlamentarische Vorstösse im Bereich Sozialversicherungen und Gesundheitsmärkte. Im Rahmen dieser „Advocacy“-Tätigkeit wurden zahlreiche Stellungnahmen an die zuständigen Bundesbehörden eingereicht.

Mit dem Entscheid **Hors-Liste Medikamente** vom 2. November 2009 hat die WEKO die Publikumspreisempfehlungen (PPE), welche Produzenten der Medikamente gegen erektile Dysfunktion festgelegt haben, als harte vertikale Wettbewerbsabreden für unzulässig erklärt und die betroffenen Pharmaunternehmen sanktioniert. Die hiergegen erhobenen Beschwerden hiess das BVGer gut. Gegen dieses Urteil reichte die WEKO beim BGer Beschwerde ein. Das BGer folgte der WEKO und wies den Entscheid am 12. Februar 2015 ans BVGer zurück. In seinen fünf Urteilen vom 19. Dezember 2017 kam das BVGer zum Schluss, dass die veröffentlichten Preisempfehlungen den Wettbewerb nicht beschränkt hatten. Als Höchstpreis-Empfehlungen verhinderten sie vielmehr eine allzu hohe Preisentwicklung. Die Sanktionen gegen Hersteller von Potenzmitteln hob es auf. Gegen diese Urteile legte das WBF, in Zusammenarbeit mit der WEKO, Ende Januar 2018 beim BGer Beschwerde ein.

3.2.3 Freiberufliche und andere Dienstleistungen

Im Jahr 2018 wurden im Bereich freie Berufe und freiberufliche Dienstleistungen zwei Untersuchungen anlässlich von Hausdurchsuchungen eröffnet. Eine Untersuchung betrifft die Installations- und Elektrizitätsdienstleistungen in Genf. Bei verschiedenen Unternehmen, bei welchen Hausdurchsuchungen durchgeführt wurden, fand eine

grosse Anzahl von Einvernahmen der ersten Stunde statt. Zurzeit werden die gesicherten Daten analysiert um zu beurteilen, ob die beteiligten Unternehmen Preise bei privaten und öffentlichen Ausschreibungen im Bereich der Installations- und Elektrizitätsdienstleistungen abgesprochen haben.

Am 5. März 2018 eröffneten die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung gegen den **Fahrlehrerverband Oberwallis** (FVO) und dessen Aktivmitglieder und führten Hausdurchsuchungen durch. Im Zentrum der Untersuchung stehen Anhaltspunkte, dass die Untersuchungsadressatinnen bei Autofahrstunden und dem Verkehrskundeunterricht im Oberwallis Preisabsprachen getroffen haben. Aufgrund dieser Anhaltspunkte sowie der in der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Unterlagen wird nun geprüft, ob der Fahrlehrerverband Oberwallis und seine Aktivmitglieder tatsächlich unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben. Ein Entscheid der WEKO ist zu Beginn des Jahres 2019 zu erwarten.

Darüber hinaus beschäftigte sich der Dienst mit den Bereichen Liftwartung, Skischulen und Taxidienstleistungen.

3.3 Infrastruktur

3.3.1 Telekommunikation

Die WEKO auferlegte Naxoo am 11. Dezember 2017 in der Untersuchung **Supermédia** eine Sanktion von rund CHF 3,6 Millionen, nachdem sich gezeigt hatte, dass Naxoo in ihrem Tätigkeitsgebiet, insbesondere in der Stadt Genf, über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Kabelanschlüsse verfügte und diese Position einerseits durch unangemessene Geschäftsbedingungen in den Verträgen für Kabelanschlüsse gegenüber Hauseigentümern und andererseits durch die Behinderung von Dritten missbraucht hatte. Naxoo erhob gegen den Entscheid Beschwerde.

Die Vorabklärung im Zusammenhang mit der **breitbandigen Vernetzung von Unternehmensstandorten (WAN-Anbindung)** wurde weiter vorangetrieben.

3.3.2 Medien

Am 29. Januar 2018 wies das Bundesgericht die Beschwerde der Editions des 5 frontières SA gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. April 2017, welcher die Publikation des materiellen Entscheids in Sachen **Bücherpreise Romandie (marché du livre en français)** im Publikationsorgan der WEKO DPC/RPW vorsah, ab. Das Unternehmen beantragte beim Bundesgericht festzustellen, dass die Textstellen, welche seine Räumlichkeiten und seine interne Organisation sowie die Daten der zitierten Vertragsabschlüsse beinhalten, in der obgenannten Verfügung integral zu schwärzen sind.

Die im Mai 2017 von der WEKO eröffnete Untersuchung gegen die UPC Schweiz GmbH wegen Anhaltspunkten für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich der Übertragung von **Eishockey im Pay-TV** wurde fortgeführt. UPC hatte im Sommer 2016 von der Swiss Ice Hockey Federation für fünf Jahre die Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen ab der Saison 2017/18 erworben. In der Untersuchung steht die Frage im Vordergrund, ob UPC konkurrierenden, insbesondere nicht über das Kabelnetz operierenden TV-

Plattformanbietern die Eishockeyübertragungen in unge-rechtfertigter Weise vorenthält.

Die WEKO hat zudem im Bereich Medien in drei Unter-nehmenszusammenschlüssen vertiefte Prüfungen durch-geführt. So ergab die Beurteilung im Rahmen der vertief-ten Prüfung bei den Unternehmenszusammenschlüssen **AZ Medien/NZZ, Tamedia/Goldbach** und **Tamedia/Bas-ler Zeitung** die Freigabe durch die WEKO (vgl. Ziff. 2.1.)

Des Weiteren hatte die WEKO im Bereich Medien fol-gende **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurtei-len: Beim Zusammenschlussvorhaben SDA/Keystone be-absichtigten die SDA und Keystone eine Fusion zu einer Schweizer Vollagentur. Bei Tamedia/AXA/JV planten Ta-media und die Axa Versicherung ein Gemeinschaftsun-ternehmen für den online Gebrauchtwagenhandel zu gründen. Für alle diese Zusammenschlüsse ergab die Be-urteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung die Frei-gabe durch die WEKO.

3.3.3 Energie

Das Sekretariat führte im Bereich **Gas** zwei Vorabklärun-gen weiter. Im einen Fall stehen verschiedene Verhal-tenweisen eines lokalen Erdgasnetzbetreibers im Raum, die zu einer unterschiedlichen Verrechnung von Netznut-zungsentgelten bei eigenen Endkunden und solchen, die von einem Drittlieferanten beliefert werden, führen könn-ten. Im anderen Fall geht es um die Weigerung zweier Erdgasnetzbetreiber, drittbeschafftes Erdgas durchzulei-ten. In beiden Vorabklärungen wird ermittelt, ob Anhalts-punkte für ein im Sinne von Art. 7 KG missbräuchliches Verhalten der Netzbetreiber vorliegen.

Im Bereich **Strom** wurde das Sekretariat im Rahmen von Ämterkonsultationen bzw. die WEKO im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren und Anhörungen mehrfach zu Stellungnahmen eingeladen.

3.3.4 Weitere Bereiche

Weiterhin hängig ist das Beschwerdeverfahren vor dem BVGer in Sachen **Luftfracht**. Gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2013, welche die Untersuchung Luftfracht abgeschlossen hat und mit welcher elf Fluggesellschaften wegen horizontalen Preisabreden mit insgesamt rund CHF 11 Mio. sanktioniert wurden, hatten verschiedene Parteien Beschwerde ans BVGer erhoben. In diesem Fall strittig war zudem, ob und inwieweit die Verfügung vom 2. Dezember 2013 publiziert wird. Die neun diesbezüglichen erhobenen Beschwerden wurden am 30. Oktober 2017 vom BVGer in Bezug auf den Umfang der Publika-tion teilweise gutgeheissen. Nach Rückweisung an die WEKO hat diese am 12. November 2018 die Veröffentli-chung einer überarbeiteten Publikationsversion verfügt. Gegen diese Verfügung kann erneut Beschwerde erho-ben werden.

Gegen den Entscheid der WEKO vom 30. Oktober 2017 in Sachen **Geschäftskunden-Preissystem für Brief-postsendungen** hat die Post Beschwerde ans BVGer er-hoben. Mit dem ergangenen Entscheid hatte die WEKO die Untersuchung gegen die Post abgeschlossen und sie mit einer Sanktion von rund CHF 22,6 Millionen belegt. Gegenstand der Untersuchung waren Preissysteme der

Post für Geschäftskunden im Bereich adressierte Brief-sendungen, mit welchen sie ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat.

Die WEKO hatte im Bereich Post den Unternehmenszu-sammenschluss **TNT Swiss Post / FedEx Express** zu beurteilen. TNT Swiss Post beabsichtigte FedEx Express zu übernehmen. Nach der vorläufigen Prüfung des Vor-habens erfolgte die Freigabe durch die WEKO.

3.4 Produktemärkte

3.4.1 Schwerpunkt Vertikalabreden

Am 9. April 2018 ergänzte die WEKO die Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung um das Leiturteil des Euro-päischen Gerichtshofes (EuGH) zu **Drittplattformverbo-ten** i.S. Coty. Vorher hatten sich die VertBek-Erläuterun-gen nicht zu Drittplattformverboten bzw. Beschränkungen des Verkaufs über elektronische Marktplätze geäussert, da diesbezüglich keine gefestigte Praxis bestanden hatte. Die Erläuterungen halten nun fest, dass ein Drittplattform-verbot, wie es dem EuGH-Urteil zugrunde lag, grundsätz-lich keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbe-schränkung darstellt. Die vorgenommene nachträgliche Anpassung der Erläuterungen zur Vertikalbekanntma-chung zeigt auf, dass die WEKO die Erläuterungen bei Bedarf rasch anpasst und die europäischen Regeln in konsequenter Weise analog auch für die Schweiz anwen-det.

Wie bereits im Jahr 2017 ging das Sekretariat auch im Jahr 2018 den in der Öffentlichkeit genannten Beispielen von überhöhten Preisen importierter Produkte in Zusam-menhang mit der **Fair-Preis-Initiative** („Stop der Hoch-preisinsel“) nach. Grösstenteils handelte es sich um Sachverhalte, bei welchen Schweizer Kundinnen und Kunden direkt den Hersteller im Ausland für eine Beliefe-rung angefragt hatten und dieser die Kundinnen und Kun-den an seinen Generalimporteur oder seine Niederlas-sung bzw. Tochtergesellschaft in der Schweiz verwiesen hatte. Solche Sachverhalte erfüllen die Voraussetzungen einer möglicherweise unzulässigen Gebietsschutzabrede nicht. Zwei Beispiele, die ein Verband dem Sekretariat auf dessen Nachfrage hin zustellte, enthielten Hinweise auf möglicherweise unzulässige absolute Gebietsschutzab-reden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG. Eine Abklärung des Sachverhalts bestätigte diese Hinweise indes nicht. Vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage empfahl das Sekretariat den Marktteilnehmern, ihre Anfragen an einen vom Hersteller unabhängigen Händler im Ausland zu rich-ten und sich bei Importschwierigkeiten, die möglicher-weise auf eine entsprechende Wettbewerbsabrede – z.B. zwischen einem Hersteller und einem ausländischen, vom Hersteller unabhängigen Händler – zurückzuführen sind, beim Sekretariat zu melden.

Zum Thema „**Hochpreisinsel Schweiz**“ führte das Sek-retariat sodann über zwanzig Marktbeobachtungen we-gen Verdachts auf Preisabreden, Marktabschottungen und Behinderung von Online-Handel durch. In einigen Fällen wurden Korrekturen empfohlen und umgesetzt, um Klarheit zu schaffen und Missverständnisse zu vermei-den. Einzelne Marktbeobachtungen betrafen mögliche Exportverbote in Vertriebsverträgen ausserhalb des Euro-päischen Wirtschaftsraums (EWR) und Importverbote

aus Ländern ausserhalb des EWR. Gemäss Rechtsprechung des BGer in Sachen Gaba/Elmex und des BVGers in Sachen Nikon sind solche Verbote unzulässig, sofern sie nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind. Das Sekretariat ging deshalb insbesondere der Frage nach dem Sinn und Zweck solcher Vertragsklauseln nach und wies die ausländischen Anbieter auf die Rechtslage in der Schweiz hin. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wurde auf eine Verfahrenseröffnung verzichtet.

3.4.2 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Am 9. April 2018 schloss die WEKO die Untersuchung gegen die deutsche **RIMOWA** GmbH mit einer einvernehmlichen Regelung und einer Busse ab (vgl. Abschnitt 2.1).

Anlässlich der öffentlichen Urteilsberatung vom 18. Mai 2018 i.S. **Altimum SA** kam das BGer zum Schluss, dass die Altimum SA das Kartellrecht verletzte, indem sie ihren Wiederverkäufern Mindestverkaufspreise für Bergsportartikel vorgeschrieben hatte (vgl. Abschnitt 2.2). Damit bestätigte das BGer den diesbezüglichen Entscheid der WEKO vom 20. August 2012.

Am 22. Oktober 2018 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen die **Stöckli Swiss Sports AG**. Im Zentrum der Untersuchung stehen möglicherweise unzulässige vertikale Preisabreden zwischen der Stöckli Swiss Sports AG und ihren Vertriebshändlern. Daneben bestehen Anhaltspunkte, dass die Stöckli Swiss Sports AG ihren Vertriebshändlern den Online-Handel von Stöckli Produkten verbietet und Querlieferungen zwischen ihren Vertriebshändlern nicht erlaubt. In der Untersuchung wird geprüft, ob die Stöckli Swiss Sports AG mit ihren Vertriebshändlern tatsächlich unzulässige Abreden nach Art. 5 KG getroffen hat.

3.4.3 Uhrenindustrie

Im August 2018 wurde die Vorabklärung im Bereich **Nachverkaufsservice** (Service Après-Vente; SAV) gegen verschiedene Uhrenhersteller abgeschlossen. Kerngegenstand der Vorabklärung war die Frage, ob die Weigerung, Ersatzteile an unabhängige Uhrmacher zu liefern, kartellrechtlich problematisch ist. Für die kartellrechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles war zentral, dass in der Europäischen Union (EU) ein gleichläufiges Verfahren anhängig war, in welchem sich betreffend dieselben Uhrenhersteller die gleichen Fragen stellten. Die EU-Kommission qualifizierte die SAV-Systeme weder als unzulässige Vereinbarungen noch als Missbrauch von Marktbeherrschung. Im vorliegenden Fall verzichtete das WEKO Sekretariat auf die Eröffnung einer Untersuchung, dies angesichts der Tatsache, dass aufgrund der Ermittlungen keine Elemente identifiziert werden konnten, welche eine von der EU abweichende Beurteilung nahelegen. Deshalb erachtete das Sekretariat die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens als nicht verhältnismässig.

Am 13. November 2018 wurde ein Verfahren nach Art. 30 Abs. 3 KG in Sachen **Swatch Group Lieferstopp** eröffnet. Gegenstand dieses Verfahrens ist die mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 genehmigte einvernehmliche Regelung, welche es der ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), Tochtergesellschaft der The Swatch Group AG, erlaubt, Lieferungen von mechanischen Uhrwerken

an ihre bisherigen Kunden stufenweise zu reduzieren. Die einvernehmliche Regelung sieht vor, dass die Lieferverpflichtung von ETA nach dem 31. Dezember 2019 nicht mehr besteht. Das Verfahren wurde aufgrund von Anhaltspunkten eröffnet, dass ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein könnten, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen Uhrwerken bedienen zu können. Eine Beurteilung, ob sich ein Widerruf oder eine Änderung des damaligen Entscheids der Wettbewerbskommission aufdrängt, kann gestützt auf den aktuellen Kenntnisstand nicht vorgenommen werden. Hierzu bedarf es einer Analyse der aktuellen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse, die im eröffneten Verfahren durchgeführt wird.

3.4.4 Automobilsektor

Am 3. Mai 2018 ergingen im Verfahren **VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013** zwei Urteile des BVGer. Zwei Verfügungsadressantinnen haben die **Verfügung** der WEKO vom 6. Juni 2016 **über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung** mit der AMAG angefochten. Nach Auffassung des BVGer sind die beiden nicht zur Beschwerde gegen die Genehmigungsverfügung legitimiert, weshalb es auf die Beschwerden nicht eintrat. Im selben Verfahren hat das BVGer mit Urteilen vom 3. und 22. Mai 2018 zwei Beschwerden gegen die **Publikationsverfügung** der WEKO vom 20. Juni 2016 abgewiesen. Das Gericht gelangte zum Schluss, dass die durch die Beschwerdeführerinnen beantragten Schwärzungen nicht als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren seien. Dabei orientierte sich das Gericht am Urteil des BGer in Sachen Nikon und hob hervor, dass eine Unterschützstellung eines Geheimnisses, das einen kartellrechtswidrigen Inhalt hat, nicht möglich sei. Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen würden, seien nicht geheimhaltungswürdig.

Am 26. Juni 2018 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen die AMAG Automobil und Motoren AG und gegen weitere Händler von Fahrzeugen verschiedener Marken des Volkswagen-Konzerns im Tessin („**Concessionari Volkswagen**“). Im Zentrum der Untersuchung stehen Anhaltspunkte für Submissionsabreden bei öffentlichen Ausschreibungen von Aufträgen für die Lieferung von Fahrzeugen und Fahrzeugflotten im Kanton Tessin. Die Händler von Fahrzeugen verschiedener Marken des Volkswagen-Konzerns im Tessin sollen sich über ihre Offerten gegenüber dem Kanton Tessin und Tessiner Gemeinden abgesprochen haben. Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsabreden im genannten Sinne getroffen wurden.

Im Oktober 2018 informierte das Sekretariat die Öffentlichkeit über den Abschluss der Vorabklärung **AMAG Vertriebsnetz**. Die Vorabklärung ergab, dass die AMAG-Servicepartner bevorzugt, die gleichzeitig auch Handelspartner sind. Eine Verknüpfung von Service und Vertrieb widerspricht den Grundsätzen der Bekanntmachung der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung). Vor diesem Hintergrund empfahl das Sekretariat der AMAG, in Zukunft auch mit reinen Servicepartnern zusammenzuarbeiten, die nicht im Vertrieb tätig sind. In Bezug auf den Vorwurf der Diskriminierung

der freien Handelspartner gegenüber den konzernzugehörigen „Retail“-Betrieben nahm das Sekretariat zur Kenntnis, dass die AMAG-Gruppe die Geschäftsbereiche „Import“ und „Retail“ seit 1. Januar 2018 in getrennten juristischen Personen führt und für die konzernzugehörigen „Retail“-Betriebe dieselben Bedingungen gelten wie für die unabhängigen Handelspartner. Die AMAG sprach sodann zahlreiche Kündigungen von Handels- und Serviceverträgen aus. Diese sind allerdings mit den in der KFZ-Bekanntmachung enthaltenen Grundsätzen zur Vertragsauflösung vereinbar. Das Sekretariat verzichtet auf die Eröffnung einer Untersuchung, sofern die AMAG die vom Sekretariat abgegebenen Empfehlungen umsetzt.

Das Sekretariat führte im Automobilbereich sodann eine Reihe von Marktbeobachtungen durch: Neben der AMAG sprachen auch andere Schweizer Generalimporteure von Neufahrzeugen zahlreiche **Kündigungen von Handels- und Serviceverträgen** aus. Das Sekretariat überprüfte diese auf entsprechende Beschwerden von Handels- und Servicepartnern hin. In sämtlichen Fällen wurden die in der KFZ-Bekanntmachung enthaltenen Grundsätze zur Vertragsauflösung eingehalten.

Zudem klärte das Sekretariat Anzeigen von Endkundinnen und Endkunden betreffend die **Beschränkung der Hersteller-Garantie** auf direkt bzw. parallel in die Schweiz importierten Fahrzeugen und Wohnmobilen ab. In diesen Fällen konfrontierte das Sekretariat die betroffenen Automobilhersteller bzw. -importeure mit den Vorwürfen und wies sie auf die Grundsätze in der KFZ-Bekanntmachung hin. Die Abklärungen ergaben keine Anhaltspunkte für Kartellrechtsverstösse.

Eine Anzeige eines Endkunden betraf die **Beschränkung der Lieferung eines ausländischen Fahrzeugvermittlers** in die Schweiz. Gemäss den Abklärungen des Sekretariats konnte dieser aufgrund der Erstzulassungsbestimmungen der Hersteller keine Kraftfahrzeuge in die Schweiz vermitteln, womit Hinweise für eine unzulässige Gebietsschutzabrede vorlagen. Allerdings bestehen zurzeit diverse andere Kanäle, über welche Neuwagen durch Endkundinnen und Endkunden sowie Vermittler direkt oder durch Händler parallel in die Schweiz importiert werden können, um von günstigen Auslandpreisen profitieren zu können. Unter Berücksichtigung dieser Umstände und aus Gründen der Verhältnismässigkeit verzichtete das Sekretariat auf die Eröffnung eines Verfahrens.

Weiter ging das Sekretariat verschiedenen Anzeigen von Händlern und Werkstätten betreffend die **Beschränkung des Verkaufs von Ersatzteilen an unabhängige Werkstätten** nach. Es wies die Automobilhersteller bzw. -importeure, gegen welche sich die Vorwürfe richteten, auf die Grundsätze in der KFZ-Bekanntmachung hin und forderte sie zur Stellungnahme auf. Die Ermittlungen ergaben keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden.

Schliesslich beantwortete das Sekretariat regelmässig Anfragen von Händlern und Werkstätten sowie von Endkundinnen und Endkunden. Diese betrafen u.a. die Verweigerung von Garantieleistungen des Herstellers, Kündigungen von Händler- und/oder Serviceverträgen, Anforderungen für die Zulassung zum Vertriebs- und Service-netz, die Behinderung von Parallel- und/oder Direktimporten und den **Zugang zu technischen Informationen** von

verschiedenen Automobilherstellern bzw. Marken. Das Sekretariat beantwortete diese Anfragen anhand den in der KFZ-Bekanntmachung enthaltenen Grundsätze und der Erläuterungen der WEKO zur KFZ-Bekanntmachung.

3.4.5 Landwirtschaft

Das Sekretariat beteiligte sich an rund 40 Ämterkonsultationen mit Bezug zur Landwirtschaft, insbesondere hinsichtlich Verordnungsänderungen, Vorstössen aus dem Parlament und der Weiterentwicklung der Agrarpolitik. Es sprach sich dabei unter anderem wiederholt für den Abbau des Grenzschutzes aus. Daneben gingen beim Sekretariat zahlreiche Anfragen zu landwirtschaftlichen Themen ein, welche zu Besprechungen, Beratungen und Marktbeobachtungen führten.

3.4.6 Weitere Bereiche

Am 29. Januar 2018 schloss die WEKO die Untersuchung **Gerätebenzin** gegen die Bucher AG Langenthal und die Husqvarna Schweiz AG mit einvernehmlichen Regelungen und einer Busse von rund CHF 610'000 ab (vgl. Abschnitt 2.1).

3.5 Binnenmarkt

Das **Binnenmarktgesetz (BGBM)** gewährleistet die interkantonale Freizügigkeit sowie die öffentliche Ausschreibung von Konzessionen und kantonalen Beschaffungen.

Der wichtigste Fall im Binnenmarktrecht war das **Tessiner Gesetz über die Gewerbebetriebe (LIA)**. Das Verwaltungsgericht des Kantons Tessin hiess die Beschwerden der WEKO gut (vgl. Abschnitt 2.2). Gewerbebetriebe aus anderen Kantonen konnten sich also auf das BGBM berufen, um im Tessin einen Marktzugang ohne Eintrag ins LIA zu erhalten. Zur LIA erhielt die WEKO von ausserkantonalen Unternehmen über 50 Anfragen und kommunizierte den Stand der jeweiligen Rechtslage aktiv, unter anderem mit Fragen und Antworten auf ihrer Webseite. Die WEKO stand auch im Kontakt mit den Tessiner Behörden und trug zu einer raschen Umsetzung der Urteile bei. Der Grosse Rat des Kantons Tessin beschloss sodann am 6. November 2018 die LIA aufzuheben.

Das BGer fällte am 12. Oktober 2018 ein Urteil betreffend die spitalexterne Pflege (**Spitex Aarburg**). Inhaltlich ging es insbesondere um die Frage, inwiefern die Übertragung von Spitexleistungsaufträgen an private Organisationen öffentlich auszuschreiben sind. Diese Frage war in der Praxis und in der Literatur lang umstritten. Das BGer unterstellte die Übertragung von solchen Leistungsaufträgen dem Beschaffungsrecht. Das BGer wertete dabei die kommerzielle Ausgestaltung des Leistungsauftrags höher als den Umstand, dass die Erbringerin eine gemeinnützige Organisation war. Die WEKO reichte im Verfahren vor BGer eine Stellungnahme ein, welche das BGer inhaltlich berücksichtigte.

Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen hiess mit Urteil vom 22. Februar 2018 eine Beschwerde der WEKO in einem die Stadt Wil betreffenden Fall gut. Die **Stadt Will** vergab ein Konzept zur Reorganisation der Stadtverwaltung freihändig, also ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung. Die Stadt Wil führte mehrere Gründe für die Durchführung der freihändigen Vergabe an. Das kantonale Verwaltungsgericht anerkannte keiner

dieser Gründe für die Durchführung einer freihändigen Vergabe. Eine unrechtmässige freihändige Vergabe verletzt Art. 5 BGBM.

Die WEKO reichte in einem das **Genfer Luxushotel Metropole** betreffende Beschwerdeverfahren vor BGer eine Stellungnahme ein. Streitig ist insbesondere, ob für die Übertragung des Betriebs des Hotels Metropole auf Private eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen ist. Dafür können das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe und damit eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht sprechen, gegen eine öffentliche Aufgabe eine Qualifikation des Hotels Metropole als Finanzvermögen. Das Urteil des BGer ist noch ausstehend.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission gab in einem Aufsichtsverfahren des **Kantons Freiburg** eine Stellungnahme zur **Vergabe von Konzessionen für Werbeplakate** ab. Das BGBM sieht vor, dass die Übertragung der Nutzung kommunaler Monopole auf Private mittels einer öffentlichen und nichtdiskriminierenden Ausschreibung zu erfolgen hat. Das BGer hielt im Jahr 2016 fest, dass die Konzessionierung des Plakataushangs auf einer öffentlichen Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM basieren muss.

Die in fünf Westschweizerkantonen und im Tessin durchgeführten und mit Interesse besuchten **Sensibilisierungskampagnen** bei den Kantonen zu Submissionsab-sprachen und zum Binnenmarktrecht tragen namentlich zu einer stärkeren Berücksichtigung des Binnenmarktrechts bei.

3.6 Ermittlungen

Im vergangenen Jahr hat das Kompetenzzentrum Ermittlungen im Rahmen von vier Untersuchungen Hausdurch-suchungen durchgeführt. Die Hausdurchsuchungen fanden in allen drei Sprachregionen der Schweiz statt. Das Jahr begann mit einer ersten grossen Hausdurchsuchung im Kanton Genf anlässlich einer eröffneten Untersuchung im Bereich Installations- und Elektrizitätsdienstleistungen. Mit einer grossen Hausdurchsuchung bei Schweizer Finanzinstituten anlässlich des Verfahrens Boycott Apple Pay endete das Jahr.

Bei den Hausdurchsuchungen wurde jeweils eine grosse Anzahl elektronischer Daten als potentielle Beweismittel sichergestellt. Infolge dessen war das Kompetenzzentrum Ermittlungen bei der Triage der elektronischen Daten, bei der es sich um einen ersten Schritt handelt, um Informationen, die unter das Anwaltsgeheimnis fallen, oder private Informationen, auszusondern, stark eingebunden. Das Kompetenzzentrum Ermittlungen unterstützte die für die jeweiligen Verfahren verantwortlichen Dienste bei der Analyse der elektronischen Daten.

Im Rahmen der Hausdurchsuchungen wurden zudem vor Ort und in den darauffolgenden Tagen Zeugen und Parteien einvernommen. Diese sog. „Einvernahmen der ersten Stunde“ werden zwecks rascher Sachverhaltsabklärung sowie zur Vermeidung von Absprachen zwischen den an den mutmasslichen Rechtsverletzungen beteiligten Personen durchgeführt. Im Rahmen einer Untersuchung wurden von den am Verfahren beteiligten Unternehmen Rechtmittel gegen die beschriebenen Einvernahmen eingelegt. Die Unternehmen reichten beim Bundes-

verwaltungsgericht Gesuche um superprovisorische Massnahmen ein. Solche Verfahrensschritte verzögern die Verfahren und bewirken eine Verringerung der bedeutenden Auswirkungen, die Einvernahmen als Untersuchungsmassnahme haben können. Das Kompetenzzentrum wurde im Rahmen dieser Verfahrensschritte stark eingebunden. Es verfasste Schutzschriften mit den Argumenten des Sekretariats der WEKO an das Bundesverwaltungsgericht. Das Bundesverwaltungsgericht entschied schlussendlich zu Gunsten der Wettbewerbsbehörden.

3.7 Internationales

EU: Das wettbewerbsrechtliche Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU, welches seit dem 1. Dezember 2014 in Kraft ist, hat sich bewährt. Es kommt regelmässig zu Kontakten zwischen den Wettbewerbsbehörden in Bern und Brüssel. Das Abkommen fördert den Erfahrungsaustausch und ermöglicht eine enge Kooperation und Koordination bei Untersuchungen, einschliesslich den Austausch vertraulicher Informationen. Das WEKO Sekretariat hat bereits in verschiedenen Untersuchungsverfahren die «Case-Teams» der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission kontaktiert, um Fragen zum Verfahren und zur materiellen Beurteilung zu diskutieren. Bei Selbstanzeigen erfolgt eine Kontaktnahme zur Klärung von verfahrensrechtlichen und materiellen Fragen nur, sofern die Unternehmen sich schriftlich damit einverstanden erklären. In den Zusammenschlussverfahren mit parallelen Meldungen in der Schweiz und in der EU benötigt das Sekretariat keine Zustimmung der Parteien mehr, um technische und materielle Fragen mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Generaldirektion Wettbewerb zu besprechen. Solche Austausche finden denn auch regelmässig statt, um sicher zu gehen, dass sich in den parallelen Verfahren keine unnötigen Widersprüche ergeben. In Marktbeobachtungen und Vorabklärungen gibt es regelmässig Kontakte, um abzuklären, ob aus der Perspektive der EU-Kommission ebenfalls ein kartellrechtliches Problem besteht oder um zusätzliche Informationen im Hinblick auf den weiteren Verlauf des Verfahrens einzuholen. Insgesamt erleichtert das Abkommen die Durchsetzung des Kartellrechts in der Schweiz bei Sachverhalten, die auch vom EU-Wettbewerbsrecht erfasst werden.

ECN: Ein Vertreter des Sekretariats nahm an den Sitzungen der Untergruppe «Banking and Payment» des «European Competition Network» (ECN) teil. Er informierte regelmässig über den Stand der Umsetzung der einvernehmlichen Regelung zur Senkung der Interchange Fee in der Schweiz.

Deutschland: Zu Beginn des Jahres 2018 erteilte der Bundesrat das Verhandlungsmandat im Hinblick auf ein bilaterales Abkommen mit Deutschland über eine Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich. Demnächst werden die Verhandlungen mit Deutschland aufgenommen. Deutschland ist der für die Schweiz mit Abstand wichtigste Handelspartner weltweit. Vor diesem Hintergrund wäre ein Wettbewerbsabkommen mit Deutschland aus Sicht der WEKO zu begrüssen.

OECD: Vertreterinnen und Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an den zwei jährlichen Treffen des

OECD-Wettbewerbskomitees in Paris teil. Behandelt wurden Fragen der Wettbewerbspolitik in der digitalisierten Wirtschaft in den Bereichen Blockchain, personalisierte Preise, E-Commerce und Taxi Dienstleistungen. Ein beginnender Schwerpunkt sind Wettbewerbsfragen zu Gesundheitsmärkten wie beispielsweise unangemessen hohe Preise bei Medikamenten. In den von der OECD organisierten Workshops zu den Themen Aufdeckung von Kartellen sowie dem Management komplexer Kartellfälle präsentierte die WEKO ihre Erfahrung in der erfolgreichen Aufdeckung von Submissionsabreden mittels statistischer Verfahren (Screening).

ICN: Die Wettbewerbsbehörden verfolgten die internationalen Entwicklungen des Wettbewerbsrechts im Rahmen des «International Competition Network» (ICN). Die Arbeitsgruppe «Agency Effectiveness» publizierte 2018 zwei neue Arbeitsprodukte zu den Themen «Guidance on Investigative Process» und «Guiding Principles for Procedural Fairness». Die Kartell-Arbeitsgruppe führte mehrere Webinare durch, an denen auch das Sekretariat teilnahm. Unter anderem stand das Thema der «Leniency Incentives and Disincentives» zur Diskussion. Der Leiter des Kompetenzzentrums Ermittlungen nahm ferner am Workshop der Kartell-Arbeitsgruppe in Tel Aviv mit dem Titel «How To Crack A Cartel Step By Step» teil. Ein weiteres Mitglied der Behörden beteiligte sich am Workshop der Arbeitsgruppe «Unilateral Conduct» in Südafrika. Unter anderem wurden die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung, das «Predatory Pricing» und Exklusivverträge thematisiert. Die Arbeitsgruppe Merger veröffentlichte 2018 eine überarbeitete Version der «ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures». Das Sekretariat beantwortete im Januar 2018 einen Fragebogen der Arbeitsgruppe zum Thema «Vertical Mergers» und nahm im Laufe des Jahres an mehreren Telefonkonferenzen teil. Eine Delegation der WEKO war im März 2018 an der ICN Jahreskonferenz in New Dehli präsent. Im Bereich ICN Advocacy nahm die Schweizer Arbeitsgruppe regelmässig an den Telefonkonferenzen betreffend diverse Advocacy-Projekte und Workshops teil. Zudem machte die Arbeitsgruppe an einer Befragung bezüglich die Einziehung von Geldbussen mit und verfolgte die Entwicklung der Advocacy in „digitalen Märkten“ in unterschiedlichen ICN-Mitgliedsstaaten.

UNCTAD: Der Direktor des Sekretariats nahm im Rahmen der UNCTAD Jahreskonferenz an der Präsentation des Evaluationsberichts des COMPAL-Kooperationsprogrammes teil. Mit dem Abschluss von Phase III, des vom SECO finanzierten Programms COMPAL, endet auch für das Sekretariat ein langjähriges Engagement, bei dem insgesamt 23 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von hauptsächlich lateinamerikanischen Wettbewerbsbehörden ein Praktikum beim Sekretariat absolvieren konnten.

3.8 Gesetzgebung

Der aktuelle Stand der nach dem Scheitern der geplanten KG-Revision im September 2014 eingereichten, noch hängigen parlamentarischen Vorstösse mit Bezug zum Kartellgesetz präsentiert sich wie folgt:

- Die **Parlamentarische Initiative Altherr** vom 25. September 2014 „Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland“ (14.449), welcher die Kommissionen der beiden

Räte Folge gegeben haben, ist bis im Herbst 2019 sistiert.

- Die **Motion Hess** vom 18. Juni 2015 „Das Cassis-de-Dijon-Prinzip besser zur Wirkung bringen“ (15.3631) wurde im März bzw. Juni 2018 von den beiden Räten aufgrund eines Berichts des Bundesrats (17.050) abgeschrieben.
- Die **Motion Bischof** vom 30. September 2016 „Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie“ (16.3902), ist von beiden Räten angenommen worden; voraussichtlich bis Herbst 2019 wird das WBF eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage erarbeiten.
- Von der **Motion Fournier** vom 15. Dezember 2016 „Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren“ (16.4094), welche Fristen für Gerichte, Verfahrensentzündungen für Parteien, mildere Sanktionen für KMU und die Publikation von Entscheiden erst bei Rechtskraft fordert, hat der Nationalrat am 5. März 2018 nach der Annahme im Ständerat die beiden erstgenannten Punkte angenommen und die beiden anderen abgelehnt. Das WBF ist an der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage.
- Der Nationalrat hat am 8. März 2018 die **Motion WAK-N** vom 14. August 2017 „Schaffung eines wirkungsvollen Instruments gegen unangemessene Zeitschriftenpreise“ (17.3629) angenommen; die Behandlung im Ständerat steht noch aus.
- Die **Interpellation Pfister** vom 14. Dezember 2017 „Missbräuchliche Abschottung des Schweizer KFZ-Marktes“ (17.4151), in welcher es um Parallel- und Direktimporte von Fahrzeugen geht, wurde im Nationalrat am 14. Dezember 2018 erledigt.
- Die **Motion Pfister** vom 27. September 2018 „Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel“ (18.3898) verlangt vom Bundesrat eine Verordnung zum Schutz von Konsumenten und KMU vor wettbewerbsverzerrenden Praktiken im KFZ-Handel. Der Bundesrat beantragt die Ablehnung der Motion, die Räte haben sie noch nicht behandelt.
- Die **Interpellation Vogler** vom 28. September 2018 „Beschleunigung der Weko-Verfahren“ (18.4058), in welcher es um die Verfahrensdauer geht, wurde im Nationalrat am 14. Dezember 2018 erledigt.
- Die **Motion Nantermod** vom 12. Dezember 2018 „Des procédures efficaces et équitables en droit de la concurrence“ (18.4183), welche eine Anpassung der Verfahrensregeln über die Akteneinsicht und die Gebührenpflicht in der Vorabklärung fordert, wurde noch nicht behandelt.
- Die **Motion Français** vom 13. Dezember 2018 „Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen“ (18.4282), welche eine Anpassung von Art. 5 KG verlangt, ist noch nicht behandelt.

- Die **Motion Bauer** vom 14. Dezember 2018 „Untersuchungen der WEKO: die Unschuldsvormutung muss Vorrang haben“ (18.4304) verlangt eine Streichung von Art. 28 KG, welcher die Publikation der Untersuchungseröffnung mit Namensnennung vorsieht. Sie wurde noch nicht behandelt.

Zur im Dezember 2017 eingereichten **Fair-Preis-Initiative** („Stop der Hochpreisinsel – Für faire Preise“) hat der Bundesrat einen indirekten Gegenvorschlag formuliert, welcher die Einführung einer KG-Norm zur relativen Marktmacht vorsieht, sich aber auf die Behinderung von Unternehmen im grenzüberschreitenden Wettbewerb beschränkt. Aktuell verfasst das WBF einen Bericht über das bis Ende November 2018 durchgeführte Vernehmlassungsverfahren sowie die Botschaft zur Fair-Preis-Initiative und des indirekten Gegenvorschlags des Bundesrates.

Die Federführung für die Erarbeitung der Revisionsvorlagen seitens der Verwaltung liegt beim SECO. Das Sekretariat ist an den Arbeiten beteiligt.

4 Organisation und Statistik

4.1 WEKO und Sekretariat

Die **WEKO** führte 2018 14 ganz- oder halbtägige Plenarsitzungen durch. Anlässlich dieser Sitzungen trifft sie die Entscheidungen nach Kartellgesetz sowie in Anwendung des Binnenmarktgesetzes. Diese sind der nachstehenden Statistik zu entnehmen (vgl. Abschnitt 4.2).

Folgende personelle Veränderungen ergaben sich 2018 für die WEKO:

- **Andreas Heinemann** übernahm per 1. Januar 2018 als Nachfolger von Vincent Martenet das Amt des Präsidenten.
- **Danièle Wüthrich-Meyer** trat per 1. Januar 2018 ihr Amt als Vizepräsidentin an.
- **Isabel Martínez** amtiert seit 1. Januar 2018 als Nachfolgerin von Daniel Lampart als WEKO-Mitglied.
- Der Bundesrat ernannte am 9. März 2018 zwei neue WEKO-Mitglieder, **Clémence Grisel Rapin** und **Nicolas Diebold**. Sie traten ihr Amt am 1. Juli bzw. am 1. April 2018 an.

In folgenden Schlüsselpositionen des Sekretariates der WEKO ergaben sich 2018 personelle Veränderungen:

- **Rafael Corazza**, Direktor des Sekretariates, trat per 31. Juli 2018 im Alter von 67 Jahren in den Ruhestand.
- Der Bundesrat wählte am 23. Mai 2018 **Patrik Ducey** als neuen Direktor des Sekretariats. Der bisherige stellvertretende Direktor trat sein Amt am 1. August 2018 an.
- Die WEKO wählte **Andrea Graber Cardinaux** am 17. September 2018 zur Vizedirektorin des Sekretariates. Sie trat ihre neue Funktion am 1. Oktober 2018 an.
- **Frank Stüssi** nimmt seit 1. Oktober 2018 die Rolle des Kommunikationsverantwortlichen wahr und wurde am 14. Dezember 2018 vom Bundesrat per

1. Januar 2019 vom Vizedirektor zum stellvertretenden Direktor befördert.

Rafael Corazza prägte das Sekretariat als Direktor während rund zwölf Jahren. Er studierte an der HSG in St. Gallen und an der Universität Madrid. 1976 promovierte er zum lic. oec. HSG und erlangte 1985 an der Universität St. Gallen die Doktorwürde. Er absolvierte Praktika in Unternehmungen der Privatwirtschaft und war zudem Assistent an der Forschungsgemeinschaft für Nationalökonomie HSG. Während seines Studiums arbeitete er als selbständiger Berater. Rafael Corazza trat 1984 als Sekretär der Kartellkommission in den Bundesdienst ein und war von 1987 bis 2006 als Vizedirektor, Geschäftsführer und Stellvertreter des Preisüberwachers tätig. Am 9. Juni 2006 ernannte ihn der Bundesrat per 1. Oktober 2006 zum Direktor des Sekretariats.

In seiner Amtszeit fällte die WEKO eine Reihe von wegweisenden Entscheidungen. Zahlreiche wichtige Projekte und Entwicklungen wurden während seiner Amtszeit vorgenommen. Auch war Rafael Corazza Mitglied in verschiedenen Expertenkommissionen. Zwei prägende Projekte sind hervorzuheben, die Evaluation des Kartellgesetzes mit den daraus entstandenen Arbeiten sowie das Screening zur statistischen Entdeckung von Wettbewerbsabreden.

Kaum im Amt beauftragte ihn die damalige Vorsteherin, des damaligen Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD, heute WBF), Bundesrätin Doris Leuthard, im Winter 2006/2007 mit der **Evaluation des Kartellgesetzes**. Denn gemäss Art. 59a des revidierten Kartellgesetzes hatte der Bundesrat für die Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs des Kartellgesetzes zu sorgen, dem Parlament Bericht zu erstatten und Vorschläge für das weitere Vorgehen zu unterbreiten. Rafael Corazza setzte für die Durchführung dieser umfassenden Aufgabe die breit aufgestellte Evaluationsgruppe Kartellgesetz ein, der er vorstand. Die Evaluation des Kartellgesetzes umfasste einen Synthesebericht, der auf 15 Berichten und Studien beruhte (insgesamt rund 1'000 Seiten Dokumentation). Der Synthesebericht enthielt eine Standortbestimmung über das Wirken und Funktionieren des Kartellgesetzes, zeigte den Handlungsbedarf auf und schloss mit einer Reihe von Empfehlungen an den Gesetzgeber und die Exekutive (Bundesrat, EVD, die WEKO und ihr Sekretariat).

Die Empfehlungen an die WEKO und ihr Sekretariat mündeten in einer neuen Organisation der WEKO und zahlreichen Organisationsentwicklungsarbeiten. Die WEKO entschied sich für ein Präsidiumsmodell, in welchem an Stelle von fünf Einheiten auf Stufe Kommission (Präsidium, drei Kammern, Plenum) noch deren zwei (Präsidium, Plenum) standen und sich damit der Abgrenzungs-, Informations- und Abstimmungsaufwand reduzierte. Die WEKO und das Sekretariat erarbeiten in vier Arbeitsgruppen (Kommissionsarbeit, Management und Führung im Sekretariat, Kernprozesse, IT) verschiedene Massnahmen zur Verbesserung der Entscheidungsprozesse der WEKO, der Leistungsfähigkeit und Führung der WEKO, der Prozessorientierung des Sekretariats sowie zur Verbesserung der Koordination zwischen Kommission und Sekretariat.

Die Empfehlung an den Gesetzgeber und das damalige EVD führte insbesondere zu umfassenden Gesetzgebungsarbeiten und Vernehmlassungen. Auch wenn die Revision im Parlament letzten Endes scheiterte, bildeten die damit verbundenen Arbeiten die Grundlage für die fortlaufende Diskussion und die später wiederaufgenommenen Revisionsbestrebungen.

Einen zweiten Schwerpunkt seiner Arbeit bildete die Entwicklung eines Instruments für die aktive, statistische Aufdeckung von Abreden. Die WEKO und ihr Sekretariat erhalten zwar wöchentlich eine Reihe von Meldungen und Anzeigen zu allfälligen Wettbewerbsverstössen, denen sie kontinuierlich nachgehen. Die Frage, die sich Rafael Corazza trotzdem stellte und deren Beantwortung er forderte war, ob Kartelle aktiv mittels Datenanalysen entdeckt werden können. Damit beabsichtigte er namentlich, den präventiven Effekt des Kartellgesetzes zu steigern. Da die Bekämpfung von Preisabsprachen im Beschaffungswesen seit 2008 ein Schwerpunktthema der WEKO bildete, startete Rafael Corazza das Pilotprojekt „**Screening**“. Ziel war es, Ausschreibungsdaten zu analysieren und statistische Methoden zu entwickeln, die Auffälligkeiten während Ausschreibungen aufzeigen würden. Er setzte Mitarbeitende für dieses Thema ein, warb bei Kantonen für den Erhalt von Ausschreibungsdaten und trieb die Arbeiten voran, welche in einem Screening-Tool mündeten.

Die statistische Analyse von Daten erfordert gute Kenntnisse von Marktstrukturen und vor allem Daten über das Gebotsverhalten von Unternehmen bei Ausschreibungen. Gerade die Beschaffung von Daten bildete dabei einen Knackpunkt. Nachdem der Kanton St. Gallen Daten von Ausschreibungen zur Verfügung stellte, entwickelte das Sekretariat eine statistische Methode, welche die Auffälligkeiten von Wettbewerbsabreden während Beschaffungsvorgängen identifizierte. Zwei Kennzahlen standen im Vordergrund, der Variationskoeffizient und das relative Distanzmass (vgl. Abschnitt 5.3).

Die Entwicklung des Screening-Tools und die entsprechende statistische Analyse von Offertöffnungsdaten des Kantons St. Gallen führten im April 2013 zur Eröffnung einer Untersuchung über Abreden im Strassen- und Tiefbau in der Region See-Gaster, in welcher die WEKO im Juli 2016 hunderte von Preisabreden feststellte (vgl. Abschnitte 3.1.1, 5.3 und 5.4). Mit Abschluss dieser Untersuchung und der erfolgreichen Anwendung des Screening-Tools war ein wichtiger Meilenstein gesetzt: Die statistische Analyse von Daten dient der aktiven Aufdeckung von Kartellen. Mit dem Funktionieren der Analyse entwickelte sich ein internationales Interesse anderer Wettbewerbsbehörden, der OECD sowie von grösseren Beschaffungsstellen am Screening-Tool. Das Sekretariat erreichte dank dem unermüdlichen Einsatz von Rafael Corazza internationales Ansehen in der Bekämpfung von Submissionsabreden.

Rafael Corazza leitete das Sekretariat der WEKO mit Enthusiasmus und Weitsicht. Er verstand es, seine Mitarbeiter zu motivieren und ihre Arbeit zu wertschätzen. Er arbeitete unermüdlich, ohne sich in den Vordergrund zu stellen. Vielmehr hob er stets die Arbeit anderer hervor und überliess ihnen die Lorbeeren. Er selbst konzentrierte

sich darauf, seine Projekte weiter zu führen, die Mitarbeitenden zielgerichtet einzusetzen und die Behörde vorwärts zu bringen. Rafael Corazza hat es in den rund 12 Jahren seiner Amtstätigkeit geschafft, die Wettbewerbsbehörden zum Blühen zu bringen und die Anwendung des Kartellgesetzes entscheidend weiterzuentwickeln. Auf diesem Fundament lässt sich hervorragend weiterbauen. Dafür gilt Rafael Corazza grosser Dank.

4.2 Statistik

Ende 2018 beschäftigte das **Sekretariat** 68 (Vorjahr 72) Mitarbeitende, wobei der Anteil Frauen 39,7 (Vorjahr 43) Prozent beträgt. Die 68 Mitarbeitenden arbeiten teil- oder vollzeitlich und besetzen insgesamt 58,1 (Vorjahr 60,9) Vollzeitstellen. Die Anzahl Mitarbeitende, welche für die Anwendung des Kartell- und Binnenmarktgesetzes besorgt sind (inkl. Geschäftsleitung) beträgt 51 (Vorjahr 53), was 44,3 Vollzeitstellen (Vorjahr 46,1) entspricht. 12 (Vorjahr 14) Mitarbeitende sind im Dienst Ressourcen und Logistik tätig und unterstützen sämtliche Arbeiten des Hauses; dies entspricht 8,8 (Vorjahr 9,8) Vollzeitstellen. Das Sekretariat bietet zudem 5 (Vorjahr 5) Praktikantenplätze an. Diese 5 Praktikantinnen und Praktikanten arbeiten vollzeitlich.

Die Statistik über die Arbeiten der WEKO und ihres Sekretariates bildet sich für das Jahr 2018 wie folgt ab:

	2018	2017
Untersuchungen		
Während des Jahres geführt	24	30
davon Übernahmen vom Vorjahr	18	26
davon Eröffnungen	6	4
davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung	0	0
Endentscheide	4	12
davon einvernehmliche Regelungen	2	2
davon behördliche Anordnungen	2	4
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	4	11
davon Teilverfügungen	0	0
Verfahrensleitende Verfügungen	0	1
Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)	2	3
Vorsorgliche Massnahmen	0	1
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	0
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	15	18
davon Übernahmen vom Vorjahr	10	9
davon Eröffnungen	5	9
Abschlüsse	7	7
davon mit Untersuchungseröffnung	2	1
davon mit Anpassung des Verhaltens	3	3
davon ohne Folgen	2	3
Andere Tätigkeiten		
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	2	2
Erfolgte Beratungen	21	21
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	72	63
BGÖ-Gesuche	20	9
Sonstige erledigte Anfragen	581	635
Zusammenschlüsse		
Meldungen	34	32
Kein Einwand nach Vorprüfung	27	27
Prüfungen	3	3
Entscheide der WEKO nach Prüfung	3	3
Untersagung	0	1
Zulassung mit Bedingungen/Auflagen	0	0
Zulassung ohne Vorbehalte	3	2
Vorzeitiger Vollzug	0	0
Beschwerdeverfahren		
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	37	31
Urteile BVGer	7	7
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	5	5
davon teilweiser Erfolg	1	1
davon kein Erfolg	1	1
Urteile BGer	1	2
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	0	2
davon teilweiser Erfolg	1	0
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	33	21
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.		

Gutachten (Art. 15 KG)	0	1
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	0	3
Nachkontrollen	0	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	1
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	152	210
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	8	8
BGBM		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	1
Gutachten (Art. 10 BGBM)	3	5
Beratungen (Sekretariat)	94	73
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 ^{bis} BGBM)	0	0

Aus der Statistik für das Jahr 2018 und dem Vergleich mit den Zahlen aus dem Jahr 2017 ergeben sich folgende wesentliche Erkenntnisse:

- 2018 wurden **weniger Endentscheide** getroffen als im Jahr zuvor. Das ist darauf zurückzuführen, dass sieben der zwölf Endentscheide, die im 2017 gefällt wurden, Submissionsabreden im Kanton Graubünden betrafen, die ursprünglich im Rahmen einer grösseren Untersuchung zusammengefasst waren und im Laufe des Verfahrens auf zehn verschiedene Untersuchungen aufgeteilt wurden (vgl. Abschnitt 3.1.1). Vor diesem Hintergrund hat die WEKO im vergangenen Jahr auch weniger Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG verhängt als im Jahr zuvor.
- Das Sekretariat führte 2018 **mehr Vorabklärungen** durch als im Vorjahr.
- 2018 erhielt die WEKO **ähnlich viele Zusammenschlussverfahren** gemeldet wie 2017. Ebenso genehmigte die WEKO 2018 gleich viele Zusammenschlüsse nach der Vorprüfung und ähnlich viele nach einer vertieften Prüfung wie im Vorjahr. Hingegen hatte die WEKO 2018 keinen Zusammenschluss zu untersagen.
- Die Anzahl **hängiger Beschwerdeverfahren** vor den Gerichten **erhöhte** sich 2018 gegenüber 2017.
- Das Sekretariat schloss 2018 **mehr Marktbeobachtungen** ab als im Jahr zuvor. Namentlich der Dienst Produktemärkte beurteilte viele Anzeigen im Rahmen von Marktbeobachtungen, so z.B. zum Thema „Hochpreisinsel Schweiz“ (vgl. Abschnitt 3.4.1) und im Automobilsektor (vgl. Abschnitt 3.4.4)
- 2018 hatte das Sekretariat **mehr Erläuterungen zum BGBM** vorzunehmen als im Jahr zuvor. Dies ist hauptsächlich auf die zahlreichen Anfragen von Handwerksbetrieben zur LIA zurückzuführen (vgl. Abschnitt 3.5). Bei den drei BGBM-Gutachten handelt es sich um Stellungnahmen in Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht.

5 Submissionsabreden

5.1 Ausgangslage

Gemäss einer Umfrage des Sekretariates der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) aus dem Jahre 2004

hatten rund die Hälfte der Befragten einschlägige Erfahrungen im Zusammenhang mit Abreden gemacht. Am 4. April 2005 eröffnete das Sekretariat im Einverständnis mit einem Präsidiumsmitglied die Untersuchung „Strassenbeläge Tessin“, die am 19. November 2007 in einem wegweisenden Entscheid der WEKO mündete. 2006 verfasste das Sekretariat im Rahmen der damaligen Revisionsbestrebungen des Beschaffungsrechts einen Bericht zu „Wettbewerb und Vergaberecht“, setzte sich dabei insbesondere mit dem Risiko von Submissionsabreden auseinander und schlug eine Reihe von wettbewerbsstärkenden Massnahmen für die Revision des Beschaffungsrechts vor. Diese und weitere Erfahrungen und Arbeiten führten dazu, dass die Bekämpfung von Submissionsabreden ab 2008 ein Schwerpunktthema der WEKO bildete.

Dabei hielt sich die WEKO vor Augen, dass Submissionsabreden in der Regel mit Folgen wie höheren Preisen, Strukturerohaltung sowie geringeren Effizienz- und Innovationsanreizen für Unternehmungen verbunden sind. Die OECD rechnet mit 10–20 % höheren Preisen infolge von Submissionsabreden. Die WEKO stellte in der genannten Untersuchung Strassenbeläge Tessin fest, dass die Offertpreise für Strassenbelagsarbeiten nach der Kartellzeit durchschnittlich rund 30 % tiefer lagen als während des Kartells. Jüngere empirische Studien zeigen auf, dass die Preise infolge von Mengen- und Preisabreden sowie von Submissionsabreden durchschnittlich rund 25–45 % höher zu liegen kommen als in Situationen ohne Abreden. Submissionsabreden schaden folglich der Volkswirtschaft. Sie führen zu überhöhten Ausgaben der öffentlichen Hand, was sich direkt oder indirekt auf die Steuerlast der Schweiz auswirkt. Vor dem Hintergrund des über CHF 40 Mrd. hohen öffentlichen Beschaffungsvolumens der öffentlichen Hand (Bund, Kantone, Gemeinden) für Bauten, Güter und Dienstleistungen wird das Schädigungspotential von Submissionsabreden umso bedeutender.

Die Arbeit der WEKO und ihres Sekretariates siedelt sich auf drei Ebenen an,

- der Prävention vor und Information über Submissionsabreden,
- der „passiven“ und „aktiven“ Aufdeckung von Submissionsabreden sowie
- der Verfolgung von Submissionsabreden.

5.2 Prävention und Information

Submissionsabreden zu verhindern und sie damit im Keim zu ersticken, ist zielführender als lediglich kartellrechtliche Verfahren zu führen. Informierte und ausgebildete Beschaffungsstellen tragen stark zur Bekämpfung von Submissionsabreden bei. Deshalb führte das Sekretariat ab 2007 das Modul „Sicherstellung des Wettbewerbs im öffentlichen Beschaffungswesen“ im Rahmen der Aus- und Weiterbildung im Beschaffungswesen des Kompetenzzentrums Beschaffungswesen Bund (KBB) für die Bundesverwaltung und die öffentlichen Unternehmungen des Bundes durch. Gleichzeitig ging das Sekretariat auf die Kantone zu und bot **Sensibilisierungsveranstaltungen** an, die der Bekämpfung von Submissionsabreden und der Anwendung des Binnenmarktgesetzes dienten. In den Kantonen der Deutschschweiz fanden entsprechende halb- oder ganztägige Veranstaltungen vor allem in den Jahren 2009 und 2014 statt (und sind für 2019 geplant), in der Romandie in den Jahren 2012 und 2018 sowie im Tessin 2018. Das kantonale Interesse an diesen Veranstaltungen nahm über die Zeit zu. Dabei stehen die kartellrechtliche und volkswirtschaftliche Problematik von Submissionsabreden, das Vorgehen und die Entscheide der WEKO sowie das Erkennen und Verhindern von Submissionsabreden im Vordergrund. Folgende Fragen sollten Beschaffende nach dem Besuch einer Sensibilisierungsveranstaltung beantworten können:

- Was ist eine Submissionsabrede im kartellrechtlichen Sinn?
- Wie können Beschaffungsstellen Submissionsabreden erkennen und verhindern?
- Welches ist die Praxis der WEKO?
- Wie kann die WEKO die Beschaffungsstelle unterstützen, wenn ein Verdacht auf Submissionsabreden vorliegt?
- Was bedeutet es für die Beschaffungsstelle, wenn die WEKO eine kartellrechtliche Untersuchung eröffnet?
- Was hat die WEKO für Instrumente, um gegen Submissionskartelle vorzugehen?

Zusätzlich zu diesen Veranstaltungen halten die WEKO und ihr Sekretariat Vorträge an Fachveranstaltungen, sei es etwa bei Verbänden, Bundesbetrieben oder an Hochschulen. Während die Wettbewerbsbehörden ihre Erfahrungen und Kenntnisse weitergeben, lernen sie laufend praktische Probleme kennen, die sich im Rahmen von Beschaffungen ergeben können.

Die erhöhte Sensibilität der Beschaffungsstellen hängt nicht nur mit den Ausbildungen, sondern auch mit den gefällten WEKO-Entscheiden zusammen. Mit den ersten grösseren Untersuchungen und Entscheiden zu Submissionskartellen in den Kantonen Tessin, Aargau und Zürich ging ein Ruck durch die Branche. Dies ist nicht nur bei Beschaffungsstellen, sondern auch bei Unternehmen und Betroffenen spürbar. So nahmen Anfragen und die Meldung von Verdachtsmomenten laufend zu. Letztere führten auch zu einigen der jüngeren Verfahren, welche die Wettbewerbsbehörden im Beschaffungsbereich durchführen. So besteht eine Wechselwirkung zwischen den

Pfeilern „Prävention und Information“ einerseits und „Verfolgung“ andererseits.

Zur Prävention und Information zählt auch der Einsatz der Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Revisionsbestrebungen des **Beschaffungsrechts**. Die Wettbewerbsbehörden lassen dabei ihre Erfahrungen und Kenntnisse einfließen, sei es im Rahmen von bundesinternen Arbeitsgruppen, in Form von Stellungnahmen in Vernehmlassungsverfahren sowie Empfehlungen und Berichten.

5.3 Aufdeckung inkl. Screening

Das Sekretariat erhält wöchentlich diverse Hinweise, Meldungen und Anzeigen zu möglichen kartellrechtlichen Verstössen. Diese Hinweise stammen namentlich von Unternehmen, die von Wettbewerbsabreden betroffen oder selber daran beteiligt sind (Letzteres in Form von Selbstanzeigen), von Bürgerinnen und Bürgern, von Whistleblowern und von Beschaffungsstellen. Diesen geht das Sekretariat konsequent nach. Diese Hinweise sind für die Arbeit der Wettbewerbsbehörden und die Aufdeckung von Wettbewerbsverstössen wichtig.

Das Sekretariat setzte sich zum Ziel, nicht einzig auf Hinweise hin, sondern zudem proaktiv in Eigenregie Submissionsabreden aufzudecken. Folglich begann das Sekretariat, Ausschreibungsdaten zu analysieren und statistische Methoden zu entwickeln, die Auffälligkeiten im Verhaltensmuster von Offerten aufzeigen. Zwei Kennzahlen standen im Vordergrund, der Variationskoeffizient und das relative Distanzmass. So spielt die Varianz der Angebotspreise während Ausschreibungen eine zentrale Rolle bei der Analyse von Offertdaten. Die Streuung der Angebotspreise in Kartellphasen unterscheidet sich zu Situationen ohne Kartelle und lässt sich mit dem Variationskoeffizienten beziffern. Im Weiteren entdeckte das Sekretariat, dass sich die Differenzen zwischen dem ersten und zweiten sowie den weiteren Angebotspreisen während Kartellphasen anders darstellen als ausserhalb von Kartellen. Diese Differenzen lassen sich mit dem relativen Distanzmass messen. Diese beiden Kennziffern bilden die Basis für das Screening-Tool des Sekretariates.

Die statistische Analyse von Offertöffnungsdaten des Kantons St. Gallen führte im April 2013 zur Eröffnung einer Untersuchung über Abreden im Strassen- und Tiefbau in der Region See-Gaster. Die Untersuchung schloss die WEKO mit Entscheid vom 8. Juli 2016, in dem die WEKO feststellte, dass sich acht Strassen- und Tiefbauunternehmen in den Bezirken See-Gaster (SG) sowie March und Höfe (SZ) zwischen 2002 und 2009 bei mehreren hundert Ausschreibungen die Preise abgesprochen und bestimmt hatten, wer den Zuschlag erhalten soll (vgl. Abschnitt 3.1.1). Damit war ein wichtiger Meilenstein gesetzt. Das vom Sekretariat entwickelte Screening-Tool funktioniert. Es dient der aktiven Aufdeckung von Submissionsabreden. Damit geht ein erhöhter präventiver Effekt des Kartellgesetzes einher. Unternehmungen, die Submissionsabreden schliessen, müssen damit rechnen, dass deren Verhalten aufgrund ihres Preissetzungsverhaltens bei Ausschreibungen entdeckt wird.

Die WEKO und das Sekretariat präsentieren das Screening-Tool und dessen erfolgreichen Einsatz an verschiedenen Veranstaltungen im In- und Ausland, namentlich bei der OECD, ausländischen Wettbewerbsbehörden und

Beschaffungsstellen (vgl. Abschnitt 3.7). Das Interesse am Screening-Tool ist hoch. Die Methode wurde auch im Rahmen von Forschungsbeiträgen dargelegt und findet nun Eingang in der ökonomischen Forschung und Literatur.

5.4 Verfolgung

Die WEKO hat in den letzten rund zehn Jahren eine Reihe von wichtigen Entscheiden über Submissionskartelle gefällt und relevante Praxis entwickelt. Die nachfolgende Übersicht gibt die Sanktionsentscheide der WEKO zu Submissionsabreden in den Jahren 2007 bis 2018 wieder.

WEKO-Entscheid	Jahr Entscheidung	Kartelldauer	Gesamtabrede / Einzelabreden	Sanktionshöhe total (in CHF)	Rechtskraft
Strassenbeläge Tessin	2007	1999–2003, z.T. bis 2005	Gesamtabrede	0 (direkte Sanktionsmöglichkeit erst ab 2004)	Ja
Elektroinstallationsbetriebe Bern	2009	2006–2008	Einzelabreden	CHF 1,2 Mio.	Ja
Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau	2011	2006–2009	Einzelabreden	CHF 3,8 Mio.	z.T. vor BGer hängig
Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich	2013	2006–2009	Einzelabreden	CHF 489'000	Ja
Tunnelreinigung	2015	2008–2013	Gesamtabrede	CHF 161'000	Ja
Bauleistungen See-Gaster	2016	2002–2009	Gesamtabrede	CHF 5 Mio.	z.T. vor BVGer hängig
Eflare Warnblitzleuchten	2016	2015	Vertikale Gebietschutzabrede	CHF 33'000	Ja
Hoch- und Tiefbau Münstertal	2017	2004–2012	Gesamtabrede	0 (infolge Selbstanzeigen und des Konkurses eines Unternehmens)	Ja
Hoch- und Tiefbau Engadin III–VIII	2017	2009–2012	8 Einzelabreden	CHF 1 Mio.	2 Entscheide rechtskräftig, 4 Entscheide vor BVGer hängig
Hoch- und Tiefbau Engadin I	2018	1997–2012	Mehrere Gesamtabreden, 11 Einzelabreden	CHF 7,5 Mio.	z.T. vor BVGer hängig

Im Sommer 2019 sind die beiden letzten von zehn Entscheiden zu Submissionsabreden im Kanton Graubünden geplant (vgl. Abschnitt 3.1.1). Ebenfalls hängig sind Untersuchungen betreffend mutmassliche Submissionsabreden im Elektrizitätsbereich in Genf (vgl. Abschnitt 3.2.3) sowie betreffend mögliche Submissionsabreden bei öffentlichen Ausschreibungen des Kantons Tessin und von Tessiner Gemeinden für die Lieferung von Fahrzeugen (vgl. Abschnitt 3.4.4).

Die bisherigen Entscheide haben es der WEKO erlaubt, ihre Praxis zu Submissionsabreden zu festigen und Grundsatzfragen zu klären. Folgende Punkte sind hervorzuheben:

- Submissionsabreden, bei denen die beteiligten Unternehmen übereinkommen, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten soll und/oder eine Einigung über die Höhe der Angebote zustande kommt, sind typischerweise als **Preis- und/oder Geschäftspartnerabreden** zu qualifizieren. Als harte horizontale Kartelle erfüllen sie regelmässig den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG. Sie sind grundsätzlich zu sanktionieren.
- Ein Unternehmen ist für seine Beteiligung an einer Submissionsabrede in der Regel auch dann zu sanktionieren, wenn es aus der betroffenen Ausschreibung keinen Umsatz generiert („**umsatzloser Verstoss**“). Dies ist namentlich dann der Fall,

wenn das Unternehmen eine „Stützofferte“ einreicht oder wenn eine „Schutznahme“ erfolglos geblieben ist. Dass auch umsatzlose Verstösse zu sanktionieren sind, hat das BVGer in seinen Urteilen zum Fall Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau bestätigt (vgl. Abschnitt 3.1.1). Gemäss den jüngeren Entscheiden der WEKO in den Fällen Engadin I und Engadin III–VIII ist dabei für die Sanktionsbemessung derjenige Umsatz massgebend, den das „schutznehmende Unternehmen“ abredegemäss hätte erzielen sollen.

- In der Praxis von besonderer Bedeutung ist schliesslich die **Unterscheidung zwischen Gesamtabreden und Einzelabreden**. Bei einer Gesamtabrede koordinieren die an der Abrede beteiligten Unternehmen ihr Verhalten bei Ausschreibungen projektübergreifend. Dagegen zeichnen sich Einzelabreden dadurch aus, dass die beteiligten Unternehmen ihr Bieterverhalten nur für eine spezifische Ausschreibung koordinieren. Gesamtabreden können zum Beispiel in Form von Rotationskartellen, Quotenkartellen oder Gebietsabreden auftreten. Die Unterscheidung zwischen Gesamtabreden und Einzelabreden hat Folgen für die Beweisführung und die Sanktionierung. Liegt eine Gesamtabrede vor, braucht die WEKO nicht zwingend Beweis darüber zu führen, welche konkreten

Ausschreibungen durch die Abrede verfälscht worden sind. Zudem ist bei der Sanktionierung der gesamte auf dem relevanten Markt erzielte Umsatz massgebend, selbst wenn der Wettbewerb nicht bei allen Ausschreibungen beseitigt oder beeinträchtigt worden ist. Gesamtabreden hatte die WEKO etwa in den Fällen Strassenbeläge Tessin, Tunnelreinigung, Bauleistungen See-Gaster, Hoch- und Tiefbau Münstertal und Hoch- und Tiefbau Engadin I zu beurteilen.

- Die bisherigen WEKO-Verfahren betrafen Submissionsabreden, nicht **Arbeitsgemeinschaften (ARGE)**. ARGE liegen nicht im Fokus der WEKO, da sie grundsätzlich keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bilden. Typischerweise fördern sie den Wettbewerb, indem sie es Unternehmen (insb. KMU) überhaupt erst ermöglichen, für ein bestimmtes Projekt zu offerieren und dieses durchzuführen. Die WEKO griff ARGE in ihren Verfahren dann auf, wenn sie als Deckmantel für Submissionsabreden dienten. Im Fall Elektroinstallationen Bern beispielsweise bildeten Unternehmen bezüglich einzelner Submissionen ARGE, legten

diese gegenüber dem Bauherrn nicht offen, die ARGE-Partner reichten zudem separate Offerten ein, womit sie den Anschein von Wettbewerb erweckten und die Bauherren täuschten. In solchen Fällen liegen keine ARGE im eigentlichen Sinne vor, sondern Submissionskartelle, die als ARGE bezeichnet und getarnt wurden.

5.5 Fazit

Der Schutz des Wettbewerbs im öffentlichen Beschaffungswesen bildet einen Schwerpunkt der Tätigkeit der WEKO und seines Sekretariates. Wettbewerb trägt zum effizienten Einsatz von Ressourcen sowie zur Optimierung der wirtschaftlichen Wohlfahrt bei. Submissionsabreden hingegen schaden Beschaffenden der öffentlichen Hand und Privaten. Durch das konsequente Verfolgen von Submissionskartellen, den Austausch mit Beschaffungsstellen, Referate und die Entwicklung des Screening-Tools haben die Wettbewerbsbehörden in den letzten zehn Jahren entscheidend zur Bekämpfung von Submissionsabreden beigetragen.

A 1.	2. Rapport annuel 2018 de la Commission de la concurrence (COMCO)
------	--

Table des matières

1	Préface du président	21	5.3	Détection, y compris par les méthodes statistiques (« screening »)	36
2	Décisions les plus importantes en 2018	22	5.4	Poursuite	37
2.1	Décisions de la COMCO	22	5.5	Conclusion	38
2.2	Jugements des tribunaux	23			
3	Activités dans les différents secteurs	24			
3.1	Construction	24			
3.1.1	Accords de soumission	24			
3.1.2	Gravier et décharges pour matériaux inertes	24			
3.1.3	Autres domaines	25			
3.2	Services	25			
3.2.1	Services financiers	25			
3.2.2	Santé	25			
3.2.3	Services des professions libérales et autres domaines professionnels	26			
3.3	Infrastructures	26			
3.3.1	Télécommunications	26			
3.3.2	Médias	26			
3.3.3	Energie	27			
3.3.4	Autres domaines	27			
3.4	Produits	27			
3.4.1	Accent sur les accords verticaux	27			
3.4.2	Industrie des biens de consommation et commerce de détail	28			
3.4.3	Industrie horlogère	28			
3.4.4	Secteur automobile	28			
3.4.5	Agriculture	29			
3.4.6	Autres domaines	29			
3.5	Marché intérieur	29			
3.6	Investigations	30			
3.7	Relations internationales	30			
3.8	Législation	31			
4	Organisation et statistique	32			
4.1	COMCO et Secrétariat	32			
4.2	Statistique	33			
5	Accords de soumission	35			
5.1	Contexte	35			
5.2	Prévention et information	36			

1 Préface du président

L'influence que la pratique des autorités de la concurrence et des tribunaux exerce sur la réalité de la concurrence et du marché intérieur est déterminante. Les décisions de la COMCO résultent de l'analyse complète de volumineux dossiers, de la consultation approfondie des parties et de discussions intensives au sein de la Commission. En 2018, la COMCO a clôturé quatre enquêtes dans divers marchés et elle a contrôlé en détail trois concentrations de médias. La plupart des décisions prises sont entrées en force.

Mentionnons pour 2018 la décision « Engadin I », qui visait de nombreux accords de soumission en Basse-Engadine, les enquêtes approfondies concernant trois concentrations d'entreprises (AZ Medien / NZZ, Tamedia / Goldbach et Tamedia / Basler Zeitung), la décision visant les accords sur les prix et la répartition de clients pratiqués par Husqvarna et Bucher pour l'essence Aspen destinée aux appareils, la décision relative à l'interdiction illicite de RIMOWA d'exporter des valises à roulettes et la décision concernant les « KTB-Werke » sur des comportements illicites dans la branche du gravier et du béton dans la région de Berne. Il convient de relever le rôle légal de la COMCO s'agissant des trois concentrations d'entreprises dans le domaine des médias: elle doit examiner si les concentrations constituent ou renforcent une position dominante de marché susceptible d'éliminer la concurrence efficace. La COMCO n'a pas pour mandat de protéger directement la diversité des médias, puisque le législateur lui a prescrit un cadre de droit de la concurrence et non pas un cadre de politique médiatique.

La décision « Engadin I », communiquée en avril 2018, a soulevé des vagues. Cette décision, qui s'inscrivait dans un total de dix enquêtes sur des accords de soumission passés dans le canton des Grisons, concerne un nombre élevé d'achats concertés en Basse-Engadine. Les entreprises se sont entendues pour déterminer qui obtiendrait telle ou telle soumission et à quel prix. Dans certains cas, ces accords ont fonctionné systématiquement pendant de nombreuses années, alors dans d'autres cas, ils étaient spécifiques à un projet de construction. Le volume d'achats en cause des acteurs publics et privés de l'Engadine dépasse nettement 100 millions de CHF. Le dommage économique causé par les accords de soumission est important. C'est notamment pourquoi la COMCO a fait de la lutte contre les accords de soumission l'une de ses priorités au cours des dix dernières années.

Les efforts déployés vont au-delà de l'application de la loi sur les cartels et de la loi sur le marché intérieur dans les cas d'espèce. Les nombreuses manifestations d'information et de sensibilisation, notamment celles qui impliquaient et visaient les services d'achat de la Confédération et des cantons, ont également revêtu de l'importance. De fait, quiconque connaît les accords de soumission et parvient à les identifier peut largement les empêcher. Il faut aussi souligner la mise sur pied d'un outil statistique visant à déceler les faits remarquables dans le comportement des soumissionnaires. Un tel instrument permet aux autorités de la concurrence de mettre activement les cartels en évidence et d'améliorer ainsi l'efficacité préventive

de la loi sur les cartels. Cet instrument de détection développé par le Secrétariat de la COMCO (« screening »), qui n'a pas été utilisé qu'en Suisse, a suscité un écho et de l'intérêt sur le plan international.

Une concurrence effective représente un important facteur de prospérité économique. L'application diligente des dispositions de la loi sur les cartels et de la loi sur le marché intérieur est donc dans l'intérêt du bon fonctionnement et de la vigueur de l'économie suisse. Dans le cadre des discussions menées au sein de la société et de la classe politique, le droit en vigueur et son application sont parfois jugés trop sévères et parfois trop cléments. Le nombre relativement élevé d'interventions politiques en témoigne notamment. La protection de la concurrence effective, un domaine de tâches institutionnellement couvert par la COMCO, est une composante essentielle d'une politique économique durable. La COMCO agit dans l'esprit de la concurrence et, à cet effet, elle participe également aux discussions publiques sur les thèmes concernant ce sujet. Mais sa principale tâche réside dans l'application du droit en vigueur. Le présent rapport annuel témoigne de la complexité des activités requises à cet effet.

Prof. Andreas Heinemann
Président de la COMCO

2 Décisions les plus importantes en 2018

2.1 Décisions de la COMCO

La COMCO a clôturé le 29 janvier 2018 l'enquête menée contre Husqvarna et Bucher, qu'elle avait ouverte le 31 mai 2016 sur la base d'une autodénonciation d'Husqvarna. L'enquête a montré l'existence, entre Husqvarna et Bucher, d'un accord horizontal illicite de 1998 à 2016 sur la fixation des prix et la répartition de clients dans la commercialisation d'**essence pour appareils** de la marque **Aspen**. Les deux entreprises se sont engagées, dans le cadre d'accords à l'amiable passés avec les autorités de la concurrence, à renoncer à de telles ententes à l'avenir. Husqvarna a été exemptée de la sanction parce qu'elle a permis l'ouverture d'une enquête en informant les autorités de la concurrence de l'accord en cause. L'attitude coopérative de Bucher a entraîné une réduction considérable de l'amende à environ 610'000 CHF. La décision est entrée en force.

Le 9 avril 2018, la COMCO clôturait définitivement l'enquête menée à l'encontre de l'entreprise allemande **RIMOWA** GmbH par un accord amiable assorti d'une amende. L'enquête a démontré que RIMOWA GmbH a convenu d'une interdiction illicite d'exporter ses produits en Suisse dans les contrats de concessions conclus avec ses partenaires commerciaux allemands du 25 janvier 2012 au 13 novembre 2013. De ce fait, une amende de 134'943 CHF lui a été infligée. RIMOWA s'est engagée, dans le cadre d'un accord amiable avec les autorités de la concurrence, à renoncer à de tels accords à l'avenir. L'attitude coopérative de l'entreprise a eu pour effet d'atténuer la sanction.

Par sa décision du 26 mars 2018 « **Engadin I** », la COMCO a sanctionné plusieurs entreprises de construction, au titre de nombreux accords de soumission en Basse-Engadine, en leur infligeant une amende d'environ 7,5 millions de CHF. La COMCO clôturait ainsi la huitième de dix enquêtes au total concernant des accords de soumission dans le canton des Grisons (cf. point 3.1.1). Par cette décision, la COMCO a constaté que des entreprises de construction regroupées en divers cartels ont passé des accords pour plus de 400 appels d'offres dans le secteur du bâtiment et du génie civil, selon une estimation modérée. Le volume d'achats concerné par les accords dépasse nettement les 100 millions de CHF. Les entreprises de construction visées ont déterminé pendant des années entre elles celle qui devait obtenir l'adjudication. Généralement, elles définissaient simultanément le prix de l'offre auquel le « gagnant » désigné exécuterait le projet pour le service d'achat. Ces entreprises de construction grisonnes ont maintenu systématiquement une partie des cartels pendant plusieurs années. Certains de leurs accords ont été passés lors des réunions préalables organisées par le Graubündnerischer Baumeisterverband (GBV). Les cartels visaient des appels d'offres émanant du canton des Grisons ainsi que de communes et de personnes privées de la Basse-Engadine. La valeur des travaux adjudgés sous couvert d'accord est comprise entre quelques dizaines de milliers de CHF et plusieurs millions de CHF. Comme le GBV a partiellement organisé les cartels, la COMCO lui a infligé le paiement d'une partie des coûts de procédure.

Dans le domaine des médias, la COMCO a dû approfondir son examen des trois concentrations d'entreprises **AZ Medien / NZZ, Tamedia / Goldbach et Tamedia / Basler Zeitung**. L'analyse approfondie de la concentration **AZ Medien / NZZ** a certes permis de constater des éléments indiquant que la création d'une entité commune entre AZ Medien et NZZ pourrait constituer ou renforcer une position dominante sur le marché des lecteurs dans les régions de Soleure et d'Argovie de même que sur le marché publicitaire des magazines pour la technique du bâtiment. En outre, des éléments montrent qu'une position dominante sur le marché des lecteurs de quotidiens serait créée ou renforcée dans la région bâloise en cas de concentration de Tamedia et de la Basler Zeitung, tandis que la concentration du groupe Tamedia et du groupe Ringier aurait le même effet sur le marché des lecteurs de journaux dominicaux. Toutefois, il n'y a pas lieu de s'attendre à ce que la création d'une entreprise commune ouvre aux entreprises concernées la possibilité d'éliminer la concurrence effective des marchés cités, parce que de puissants concurrents demeurent et que la concentration n'entraîne pas de changement important quant à la situation de concurrence sur le marché des journaux dominicaux. L'examen approfondi de la reprise de **Goldbach par Tamedia** a montré que le projet de concentration n'aboutirait pas à des modifications déterminantes des conditions de marché. De plus, il est improbable que les effets de portefeuille engendrés par la concentration induisent une suppression de la concurrence effective. S'agissant de **Tamedia/Basler Zeitung** également, l'analyse approfondie a révélé des éléments selon lesquels la reprise de la Basler Zeitung pourrait constituer ou renforcer, conjointement avec le groupe NZZ/AZ et le groupe Ringier, une position dominante sur le marché des lecteurs des quotidiens dans la région bâloise et sur divers marchés des annonces par rubriques, tant dans la région de Bâle qu'ailleurs en Suisse alémanique. La COMCO est parvenue à la conclusion que le changement de propriétaire de la Basler Zeitung ne modifierait guère les conditions de marché et que la reprise de ce titre ne supprimerait aucunement la concurrence effective. L'évaluation de ces trois concentrations dans le cadre de l'examen approfondi a débouché sur leur validation par la COMCO en août et en octobre de cette année. Notons à cet égard que la COMCO ne fait pas de politique médiatique: dans son examen des concentrations, elle n'est pas autorisée à tenir compte des aspects de politique médiatique tels que la diversité des médias.

La COMCO a terminé son enquête visant « **KTB-Werke** » par sa décision du 10 décembre 2018. Cette décision reposait sur l'examen engagé le 12 janvier 2015 à l'encontre d'entreprises de gravier et de décharges pour matériaux inertes dans le canton de Berne (cf. point 3.1.2). La COMCO a notifié sa décision aux parties début 2019 et elle a informé le public par voie de communiqué de presse. Les groupes Kästli et Alluvia se sont entendus pendant plusieurs années, dans le domaine du gravier et du béton, sur les prix et les éléments de prix et elles se sont réparti les territoires dans l'espace de la ville de Berne et de ses environs. Elles ont considérablement limité la concurrence entre elles et ont abusé de leur position dominante commune dans la région bernoise pour empêcher des concurrents d'entrer sur le marché. Ces

entreprises ont formé recours contre la décision auprès du TAF.

2.2 Jugements des tribunaux

Le 3 mai 2018, le TAF a décidé de ne pas entrer en matière sur le recours de **Ticketcorner** contre l'interdiction de concentration avec **Starticket**. Pour l'essentiel, le Tribunal a justifié sa décision par le fait que Tamedia, la société mère de Starticket, a renoncé à former recours et qu'elle a fait publiquement savoir son intention de développer Starticket par ses propres moyens. Ainsi, en l'absence d'un intérêt (actuel et pratique) digne de protection à la levée ou à la modification de la décision de la COMCO, Ticketcorner n'était pas légitimée à former recours. La décision du TAF a été attaquée. S'agissant de savoir si, en cas d'interdiction de concentration, les deux parties à l'opération doivent procéder ensemble contre la décision, le TAF retient deux aspects qu'il juge pertinents. Premièrement, Ticketcorner pourrait prolonger artificiellement l'état actuel de nullité pendant du contrat de concentration à l'encontre des intérêts de Starticket s'il était licite qu'une seule des parties à la concentration puisse former recours contre la décision d'interdiction. Ticketcorner pourrait également, de cette manière, différer unilatéralement une garantie de sécurité juridique et, en particulier, un arrêt exécutoire quant à sa position sur le marché. Deuxièmement, le TAF argumente que Ticketcorner et Tamedia constituent une communauté d'intérêts quant à cette concentration. Comme l'une et l'autre entreprise étaient soumises à l'obligation de communiquer, elles auraient dû faire conjointement appel contre l'interdiction de concentration en raison de la solidarité fondée dans leur communauté d'intérêts.

Par jugement du 18 mai 2018 en l'affaire **Altimum SA / articles de sport de montagne**, le TF a partiellement accepté le recours du DEFR et de la COMCO à l'encontre du jugement du TAF du 17 décembre 2015. Ce faisant, il confirmait la décision de la COMCO du 20 août 2012, qui qualifiait la fixation de prix de vente minimaux pour des articles de sport de montagne, pratiquée par Altimum SA envers ses revendeurs, d'accords verticaux illicites sur les prix. Le TF a notamment expliqué que les commerçants passent un accord avec le fabricant s'ils concluent avec celui-ci un contrat de distribution qui les obligent de respecter des prix de vente minimaux lors de la revente et les exposent au risque de ne plus être fournis s'ils ne respectent pas cette clause. Il suffit que l'accord vise une restriction de la concurrence et il n'est pas nécessaire que les effets, c'est-à-dire la mesure du respect de l'accord, soient contrôlés. S'agissant du degré d'importance, le TF a confirmé sa jurisprudence GABA/Elmex. Selon le TF, il aurait été possible de justifier des prix minimaux si ceux-ci avaient été nécessaires pour permettre aux revendeurs d'assurer une concurrence sur la qualité du conseil à la clientèle, afin de remédier à la problématique du « resquillage » (obtention de conseils en magasin avant d'acheter auprès d'un autre offreur à moindre prix). Une telle nécessité n'a pas été présentée en l'occurrence. Pour des raisons de procédure, le TF n'a pas infligé de sanction contre Altimum SA.

La COMCO s'en est prise à des accords de soumission dans sa décision du 16 décembre 2011 sur les **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**.

14 entreprises de construction actives en Argovie ont été sanctionnées de quelque 4 millions de francs parce qu'elles se sont rendues coupables, entre 2006 et 2009, d'accords de soumission illicites sur les prix et la répartition des marchés. Quelque 100 projets de construction privés et publics étaient concernés. Quatre entreprises ont attaqué la décision de la COMCO. La procédure est restée pendante durant près de six ans et demi auprès du TAF. Le 25 mai 2018, le TAF a confirmé en majeure partie la décision de la COMCO à l'encontre des entreprises de construction argoviennes. Le Tribunal a confirmé la qualification juridique des comportements examinés, qualifiés d'accords horizontaux durs sur les prix et d'ententes sur la répartition des marchés en fonction des partenaires commerciaux au sens de la loi sur les cartels. Par ses prononcés, le TAF a clarifié d'importantes questions de base, notamment la question des exigences juridiques minimales posées à l'administration et à l'appréciation des preuves dans le cadre d'enquêtes en droit des cartels et la question de la gestion des informations d'entreprises qui se sont autodénoncées et ont coopéré avec les autorités de la concurrence. En outre, le TAF a clarifié des questions liées à des violations présumées du droit de la procédure par les autorités de la concurrence, il a confirmé le caractère répréhensible des violations du droit des cartels (pour une part sans chiffre d'affaires) et la licéité de la méthode concrètement appliquée par la COMCO pour fixer les sanctions. Se fondant sur une appréciation des faits partiellement différente des considérations de la COMCO, le Tribunal a réduit les sanctions. L'une des entreprises de construction a fait appel du jugement du TAF devant le TF.

Le 22 novembre 2016, la COMCO adressait trois recours contre la loi tessinoise sur les exploitations artisanales (**Legge sulle imprese artigianali, LIA**) au Tribunal cantonal administratif. La LIA prévoyait un enregistrement complet et fastidieux des entreprises artisanales. Un enregistrement supposait l'envoi de plus de dix documents et la présentation de preuves. La LIA entravait l'accès au marché tessinois tout particulièrement pour les entreprises domiciliées hors du canton. Le Tribunal cantonal administratif a accepté les recours de la COMCO par ses prononcés du 27 février 2018. Il a jugé que les exigences de la LIA limitaient le libre accès au marché et constituaient une violation de la loi sur le marché intérieur (LMI). Dans son arrêt du 11 octobre 2018, en raison de la légitimation insuffisante des recourants, le TF n'est pas entré en matière sur les recours formés ultérieurement par certaines associations tessinoises de la branche et par des entreprises artisanales. Les jugements du Tribunal cantonal administratif sont alors entrés en force.

Le TAF a également rendu des décisions concernant les **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**. Une fois clôturée (en date du 16 décembre 2011) la procédure principale relative aux accords de soumission et publié le prononcé de la sanction, les organes d'achat du canton d'Argovie adressèrent deux **demandes de consultation** de la décision non caviardée de la COMCO et des documents y relatifs. Cette procédure a été suspendue dans un premier temps. Puis, la suspension étant levée, la COMCO a rendu ses décisions le 11 décembre 2017: elle a accepté en partie les demandes de consultation en exprimant son intention de conférer un

droit de regard limité aux requérants ou de les renseigner. Certaines parties ont formé recours contre ces décisions. Le 23 octobre 2018, le TFA rendait trois jugements acceptant les recours. L'appréciation différente du TAF provient de son interprétation de l'art. 19, al. 1, let. a, de la Loi sur la protection des données (LPD) plus restrictive que celle de la COMCO. Conformément à l'art. 19, al. 1, let. a, LPD, les données demandées ne peuvent être publiées que si elles sont indispensables au requérant dans l'exécution de sa tâche légale. Le TAF est d'avis que les conditions d'indispensabilité ne sont réunies que si, premièrement, une décision de sanction exécutoire a été rendue et que, deuxièmement, cette décision constate une violation correspondante du droit des cartels. Au contraire, la COMCO a jugé qu'il n'est pas nécessaire d'attendre l'entrée en force de ladite décision. Le DEFR, conjointement à la COMCO, a formé recours devant le TF contre deux des trois jugements du TAF. L'arrêt du TF sera déterminant pour le traitement de diverses demandes de consultation actuellement pendantes auprès de la COMCO.

Enfin, d'importants **jugements concernant la publication de décisions** de la COMCO ont été rendus dans le cadre de diverses procédures. Les tribunaux ont pour la plupart jugé que ces publications étaient licites (cf. points 3.3.2, 3.3.4 et 3.4.4).

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Accords de soumission

La COMCO a rendu, dès 2017, diverses décisions relatives à des **accords de soumission dans le canton des Grisons**. Ces décisions trouvaient leur origine dans l'enquête sur des travaux de construction en Basse-Engadine ouverte le 30 octobre 2012 à l'encontre de diverses entreprises actives dans le bâtiment, le génie civil, les travaux routiers et de revêtement de même que sur les marchés amont. Le Secrétariat de la COMCO (ci-après le Secrétariat) a étendu cette enquête en avril 2013 à l'ensemble du canton des Grisons et à d'autres entreprises, avant de l'étendre une fois encore en novembre 2015 à des entreprises supplémentaires. En novembre 2015, pour des raisons d'économie de procédure, il divisait l'enquête en dix.

La COMCO a clôturé la première enquête par sa décision du 10 juillet 2017. Elle y arrête définitivement que des entreprises du bâtiment et du génie civil se sont entendues dans plus de 100 appels d'offres entre 2004 et 2012 dans le **val Müntstair** (GR) (cf. rapport annuel 2017). La COMCO a traité le 17 septembre 2018, par une décision séparée qui, attaquée, est actuellement pendant devant le TAF, la demande du canton des Grisons de consulter la décision non caviardée et les documents y relatifs. Le 2 octobre 2017, la COMCO rendait **six autres décisions** sur des accords de soumission concernant le bâtiment et le génie civil dans le canton des Grisons. Ces accords de soumission visaient certaines acquisitions en Engadine. Deux de ces décisions sont exécutoires, quatre étant pendantes devant le TAF. En 2018, la COMCO a clôturé la huitième de ces dix enquêtes par sa décision « **Engadine I** » (cf. point 2.1). Trois entreprises ont fait appel de cette décision devant le TAF.

Les deux dernières décisions sont prévues pour l'été 2019. L'une de ces deux enquêtes, qui concerne le bâtiment et le génie civil, sera de moindre importance, à l'instar des décisions du 2 octobre 2017. L'autre enquête, plus développée, concerne la **construction des routes** du canton des Grisons dans son ensemble. La conclusion de cette enquête a été différée parce qu'une décision incidente de mai 2016 était pendante durant deux ans devant le TAF. Cette décision comprenait la question juridique de savoir si un ancien membre d'une partie à la procédure peut être entendu ou non comme témoin. Le TAF ayant rendu sa décision en septembre 2018, les derniers actes d'instruction ont pu avoir lieu.

Le 8 juillet 2016, la COMCO a arrêté que, dans les districts de **See-Gaster (SG), March et Höfe (SZ)**, entre 2002 et 2009, huit entreprises de construction de route et de génie civil ont illicitement convenu des prix et déterminé quel serait l'adjudicataire lors de plusieurs centaines d'appels d'offres. La décision de la COMCO est pendante devant le TAF depuis que certaines entreprises l'ont attaquée. Par ailleurs, une partie des entreprises est d'avis que la décision de la COMCO ne devrait pas être publiée. Une partie a formé recours auprès du TAF contre les deux décisions de publication de la COMCO du 30 octobre 2017, ce qui a entraîné plusieurs décisions incidentes auprès du TAF et du TF, qui appuient en principe les positions de la COMCO. Une publication provisoire a ainsi eu lieu depuis lors. La décision principale à ce sujet est encore à venir.

Quatre parties ont attaqué la décision de la COMCO du 16 décembre 2011 concernant les **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**. Le TAF a confirmé en majeure partie la décision de la COMCO à l'encontre des entreprises de construction du canton d'Argovie (cf. point 2.1). Dans le cadre de la même affaire, le 11 décembre 2017, la COMCO a rendu sa décision concernant deux **demandes** soumises par des entités organisatrices du canton d'Argovie qui souhaitaient **consulter** la décision non caviardée de la COMCO du 16 décembre 2011 et les documents y relatifs. La COMCO a octroyé un accès limité à ces entités. Mais des parties à la procédure ont attaqué ces décisions devant le TAF, qui a accepté ces recours en octobre 2018. Le DEFR, associé à la COMCO, a porté deux de ces trois décisions devant le TF (cf. point 2.1).

Le Secrétariat a mené des **campagnes de sensibilisation** auprès de cinq cantons romands ainsi qu'au Tessin au sujet des accords de soumission et de la législation sur le marché intérieur (cf. point 5.2).

3.1.2 Gravier et décharges pour matériaux inertes

Le 12 janvier 2015, le Secrétariat a ouvert une enquête et réalisé des perquisitions contre diverses entreprises du canton de Berne dans le domaine **Gravier et décharges pour matériaux inertes**. Ces entreprises sont soupçonnées de s'être entendues sur les prix, les quantités et les territoires. Par ailleurs, des indices portent à penser que ces entreprises disposent d'une position dominante de marché et qu'elles en ont abusé notamment en refusant des relations d'affaires avec des entreprises tierces, en discriminant des partenaires commerciaux et en soumettant la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires. Le 19 mai 2015, l'enquête relative

au grief d'accords sur les prix, les quantités et les territoires a été étendue à une entreprise supplémentaire. L'enquête doit permettre d'examiner si des restrictions illicites à la concurrence ont eu lieu.

Pour des raisons d'économie de procédure, l'enquête dans le secteur **Gravier et décharges pour matériaux inertes** a été divisée en deux procédures en novembre 2016: l'enquête « **KTB-Werke** » et l'enquête « **Baustoffe und Deponien Bern (KAGA)** ». S'agissant des KTB-Werke, l'enquête visait des accords sur les prix et les territoires dans la région bernoise et l'abus d'une position de marché collectivement dominante, puisque les entreprises visées ont empêché les tiers d'accéder au marché en recourant à des conditions spéciales communes. Les **investigations** pour l'une et l'autre enquête ont été largement achevées en 2017. La COMCO a clôturé l'enquête « **KTB-Werke** », de moindre ampleur, par sa décision du 10 décembre 2018 (cf. point 2.1).

3.1.3 Autres domaines

En février 2017, le Secrétariat ouvrait une **enquête préalable** à l'encontre de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) et de ses membres. En septembre 2017, il lui communiquait son évaluation préliminaire en droit des cartels. L'accent porte sur les formules de calcul des honoraires d'architectes et d'ingénieurs, les directives relatives au calcul des honoraires liés aux mandats attribués dans le cadre de concours et la charte « Honoraires équitables pour des prestations qualifiées ». En 2018, le Secrétariat et la SIA ont discuté des impulsions du Secrétariat visant à modifier des comportements de la SIA et de ses membres en tenant compte des préoccupations relevant du droit des cartels. Conformément à ces impulsions, la SIA a élaboré pour certains règlements concernant les prestations et honoraires (RPH) une solution transitoire, tandis qu'elle en retirait d'autres. En outre, la SIA œuvre à une solution pour le long terme.

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Les enquêtes en cours dans le domaine des **services financiers** (procédure IBOR, Forex, métaux précieux et services de leasing) ont progressé, de sorte que des décisions devraient être prononcées en 2019. Dans le cadre de l'enquête sur les cours de change des devises (Forex), le Secrétariat a publié avec un membre de la présidence, au sujet de la publication de chiffres d'affaires pour le calcul des sanctions, une décision sur l'obligation de renseigner. Le recours formé à l'encontre de cette décision a été rejeté par le TAF.

La dernière enquête de la COMCO à l'encontre de plusieurs établissements financiers suisses porte sur un **boycott supposé de solutions de paiement mobiles proposées par des prestataires internationaux** comme Apple Pay et Samsung Pay. L'enquête doit établir si plusieurs établissements financiers suisses se sont entendus pour ne pas soutenir les solutions de paiement mobiles de prestataires internationaux comme Apple Pay et Samsung Pay. On soupçonne que des établissements financiers suisses ont passé un accord pour favoriser la solution suisse TWINT en ne libérant pas leurs cartes de crédit pour l'utilisation avec Apple Pay et Samsung Pay.

Le Secrétariat, qui s'est mis d'accord avec **Apple** dans le cadre d'une enquête préalable pour une solution **TWINT** favorisant la concurrence, a classé la procédure contre Apple. Les faits visés par l'enquête préalable concernaient Apple Pay, une solution de paiement mobile destinée aux appareils Apple. Ces appareils et l'app sont configurés de manière à ce qu'Apple Pay démarre automatiquement pour permettre le processus de paiement par Apple Pay lorsque l'appareil d'Apple est maintenu à proximité d'un terminal de paiement. Les paiements TWINT aux terminaux de paiement impliquent que le client scanne avec son téléphone mobile un code QR sur l'écran du terminal de paiement. A ce stade, le risque existe qu'Apple Pay ne s'ouvre automatiquement pendant ce processus et qu'il n'interrompe l'app TWINT. Apple s'est engagée envers le Secrétariat de mettre immédiatement à la disposition de TWINT la possibilité technique d'empêcher le démarrage automatique d'Apple Pay pendant le processus de paiement avec l'app TWINT.

3.2.2 Santé

Hirslanden AG a demandé, conjointement à la clinique Stephanshorn, que des mesures provisionnelles soient prises dans le cadre de la planification hospitalière du canton de Saint-Gall pour la durée d'une enquête visant un abus de position dominante du marché. Le Conseil d'Etat du canton de Saint-Gall devait notamment être tenu de faire figurer la clinique Stephanshorn sur la liste hospitalière « Akutsomatik 2017 » pour certains groupes de prestations. La demande a été rejetée au motif que les conditions requises pour édicter des mesures provisionnelles (en particulier des prévisions décisionnelles claires et un inconvénient difficilement réparable) n'étaient pas réunies.

Dans le domaine de la chirurgie viscérale et de la gastroentérologie, l'**hôpital St. Clara** de Bâle et l'**Hôpital universitaire bâlois** créent « Clarunis », un centre de médecine abdominale. Les deux établissements, qui engageront conjointement le personnel médical hautement spécialisé nécessaire aux interventions, visent à fournir par ce centre de médecine abdominale des prestations médicales communes dans les domaines des soins simples, spécialisés et hautement spécialisés et à contribuer ensemble à l'enseignement et à la recherche universitaires. Les hôpitaux parties prenantes à ce projet ont déposé une annonce de restriction à la concurrence au sens de l'art. 49a, al. 3, let. a, LCart. Bien que le pilotage des patients dans un des domaines de la médecine hautement spécialisée ait été potentiellement problématique, les autorités de la concurrence ont renoncé à ouvrir une procédure parce que, dans le domaine hautement spécialisé de la chirurgie viscérale, le pilotage des patients est intervenu en conséquence du processus de concentration engagé à l'échelle nationale.

Divers assureurs-maladie ont déposé, dans le cadre d'une annonce de restriction à la concurrence, un **accord sectoriel « Intermédiaires externes »** qu'ils ont l'intention de conclure. Conformément à l'art. 19, al. 3, de la Loi sur la surveillance de l'assurance-maladie (LSAMal) et à l'art. 31a de la Loi sur la surveillance des assurances (LSA), cet accord vise à améliorer la qualité du conseil et des contrats d'assurance, à limiter les frais liés aux intermédiaires externes à une juste mesure et à empêcher le

démarchage téléphonique. La principale question de cette annonce était donc de savoir si des prescriptions sont réservées au sens de l'art. 3 LCart. En outre, la question de la faculté à annoncer revêtait une importance spéciale, puisque des conventions correspondantes sont actuellement en vigueur. L'exigence posée à la formation des intermédiaires externes et le montant de l'indemnité dans le domaine de la Loi sur le contrat d'assurance (LCA) auraient pu s'avérer problématiques. Ce point a été signalé aux assureurs sans qu'une procédure ne soit ouverte.

Trois cas ont concerné le marché des **prestations Spitex** dans les cantons de Bâle-Ville, Fribourg et Thurgovie. Dans ces cas, les problématiques sont similaires et se résument, d'une part, par le manque de procédure d'appel d'offre par les pouvoirs publics lors du choix des entreprises auxquelles confier le mandat pour ce type de prestations. D'autre part, ces cas se caractérisent par les plaintes des entreprises privées qui se sentent discriminées par les communes et les cantons. La pomme de discorde touche au système d'octroi des subventions pour des prestations d'utilité publique. Ce système semble favoriser outre mesure les entreprises Spitex qui jouissent de telles subventions. L'approfondissement de ces deux problématiques de la part des autorités de la concurrence est encore en cours.

Au cours de l'année, de nombreuses questions ont été posées au Secrétariat par des citoyens dans le domaine des marchés de la santé. Certaines de ces questions ont conduit à l'ouverture de procédures d'observation du marché qui sont encore en cours.

Enfin, le Secrétariat a été impliqué dans une centaine de procédures de consultation, en majorité concernant des actes parlementaires, qui touchaient aux assurances sociales et aux marchés de la santé. Dans le cadre de cette activité de conseil (« advocacy »), de nombreuses prises de position ont été adressées aux autorités fédérales compétentes.

Par sa décision du 2 novembre 2009 sur les **médicaments hors-liste**, la COMCO a qualifié d'accords verticaux durs en matière de concurrence les prix publics recommandés (PPR) fixés par les producteurs de médicaments contre les dysfonctionnements érectiles. Elle les a déclarés illicites et a sanctionné les entreprises pharmaceutiques concernées. Le TAF a accepté les recours formés à l'encontre de cette décision. La COMCO a interjeté appel devant le TF contre ce jugement. Le TF a suivi la COMCO et a renvoyé l'affaire au TAF le 12 février 2015. Dans ses cinq prononcés du 19 décembre 2017, la TF parvient à la conclusion que la publication des recommandations de prix n'ont pas limité la concurrence. Les recommandations de prix plafonds ont plutôt empêché une progression excessive des prix. Le TAF a levé les sanctions à l'encontre des fabricants de produits contre l'impuissance. Le DEFR, en coopération avec la COMCO, a formé recours contre ces jugements auprès du TF à la fin de janvier 2018.

3.2.3 Services des professions libérales et autres domaines professionnels

Au cours de l'année 2018, deux enquêtes ont été ouvertes par des perquisitions dans le domaine des professions libérales et services professionnels. La première enquête concerne **l'installation et les services électriques à Genève**. Les perquisitions menées auprès de plusieurs entreprises ont été accompagnées d'un grand nombre d'interrogatoires de la première heure. Les éléments récoltés sont en cours d'analyse afin de déterminer si les entreprises parties à l'enquête se sont entendues sur les prix de certains appels d'offres privés et publics dans le domaine de l'installation et des services électriques.

Le 5 mars 2018, les autorités de la concurrence ont ouvert une enquête contre **l'association des moniteurs de conduite du Haut-Valais (FVO)** et ses membres actifs en procédant à des perquisitions. L'enquête se concentre sur des indices selon lesquels les personnes visées par l'enquête auraient passé des accords sur les tarifs des heures d'auto-école et les cours de sensibilisation au trafic. On examine à présent, sur la base des indices réunis et des documents confisqués lors des perquisitions, si l'association des moniteurs de conduite du Haut-Valais et ses membres actifs ont effectivement conclu des accords illicites en matière de concurrence. La COMCO rendra probablement sa décision au début de 2019.

Pour le surplus, les domaines de la maintenance d'ascenseurs, la problématique des écoles de ski, et enfin la question du marché des taxis ont également retenu l'attention du service.

3.3 Infrastructures

3.3.1 Télécommunications

Le 11 décembre 2017, la COMCO a infligé une sanction d'environ 3,6 millions de CHF à Naxoo dans le cadre de l'enquête **Supermédia**. Il est en effet apparu que Naxoo disposait dans son domaine d'activité, en particulier en ville de Genève, d'une position dominante sur le marché des raccordements par câble et qu'elle a abusé de cette position d'une part en fixant des conditions commerciales inappropriées dans ses contrats de raccordement par câble avec les propriétaires fonciers et, d'autre part, en faisant obstacle aux tiers. Naxoo a formé recours contre cette décision.

L'enquête préalable concernant **l'interconnexion à haut débit des sites d'entreprises** (connexion WAN) s'est poursuivie.

3.3.2 Médias

Le 29 janvier 2018, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de Les éditions des 5 frontières SA contre la décision du Tribunal administratif fédéral du 25 avril 2017, qui prévoyait la publication de la décision matérielle relative au **marché du livre en français** dans l'organe de la COMCO DPC/RPW. Les éditions des 5 frontières SA demandait au Tribunal fédéral d'arrêter que les passages de texte contenant des références à ses locaux et à son organisation interne ainsi que les données des contrats cités soient intégralement caviardés dans la décision citée.

L'enquête engagée par la COMCO en mai 2017 contre UPC Suisse SARL, en raison d'indices d'abus de position dominante sur le marché de la diffusion de **hockey sur glace à la télévision payante**, a été poursuivie. En été 2016, UPC a acquis de la Fédération suisse de hockey sur glace, pour cinq ans à partir de la saison 2017/18, les droits de diffusion des matchs de hockey sur glace disputés dans les ligues supérieures suisses. L'enquête s'intéresse prioritairement à la question de savoir si UPC prive sans justification les fournisseurs de plateforme TV concurrents, en particulier ceux qui n'opèrent pas par le réseau câblé, de la diffusion de hockey sur glace.

Par ailleurs, dans le domaine des médias, la COMCO a examiné trois concentrations d'entreprises de manière approfondie. Son évaluation approfondie des concentrations d'entreprises **AZ Medien/NZZ, Tamedia/Goldbach et Tamedia/Basler Zeitung** a conduit la COMCO à valider ces opérations (cf. point 2.1.)

La COMCO a dû en outre évaluer les **concentrations d'entreprises suivantes**: le projet de concentration ATS/Keystone visait à fusionner l'ATS et Keystone en une agence suisse intégrée. Dans le cas de la concentration Tamedia/AXA/JV, Tamedia et Axa Assurances voulaient créer une entreprise commune de commerce en ligne de véhicules d'occasion. Après un examen préalable, la COMCO a donné son aval à tous ces projets de concentration.

3.3.3 Energie

Le Secrétariat a poursuivi deux enquêtes préalables dans le domaine du **gaz**. Dans le premier cas, l'enquête vise les divers comportements d'un gestionnaire de réseau local de gaz naturel, qui sont susceptibles d'induire des facturations de rétribution de l'utilisation du réseau différentes selon qu'il s'agit de clients finaux propres ou de ceux livrés par un fournisseur tiers. Dans le deuxième cas, l'enquête porte sur le refus de deux gestionnaires de réseau de gaz naturel à faire transiter du gaz. Dans l'un et l'autre cas, l'enquête préalable doit permettre de déterminer si des indices révèlent que le comportement des gestionnaires de réseau est abusif au sens de l'art. 7 LCart.

Dans le domaine de **l'électricité**, le Secrétariat et la COMCO ont été invités à plusieurs reprises à prendre position, dans le cadre de procédures de consultation des offices pour le premier, lors de procédures de consultation et d'auditions pour la seconde.

3.3.4 Autres domaines

Le recours dans le cas du **fret aérien** est toujours pendant devant le TAF. Plusieurs parties ont recouru contre la décision de la COMCO du 2 décembre 2013, qui clôturait l'enquête concernant le fret aérien et condamnait onze compagnies aériennes à payer au total environ 11 millions de CHF d'amende pour avoir conclu des accords horizontaux sur les prix. La question de savoir si et dans quelle mesure cette décision de la COMCO doit être publiée en l'occurrence est également litigieuse. Le 30 octobre 2017, le TAF a partiellement admis les neuf recours interjetés quant à l'ampleur de la publication. Suite au renvoi du dossier à la COMCO, celle-ci a décidé le 12 no-

vembre 2018 de publier une version remaniée de la décision attaquée. Un nouveau recours peut être formé contre cette nouvelle décision.

La Poste a fait appel auprès du TAF contre la décision de la COMCO du 30 octobre 2017 relative au **système de tarification des envois de courrier postal pour la clientèle commerciale**. Par cette décision, la COMCO avait clôturé son enquête contre la Poste en lui infligeant une sanction de quelque 22,6 millions de CHF. Cette enquête visait le système de tarification appliqué par la Poste à l'endroit de sa clientèle commerciale dans le domaine des lettres adressées, par lequel la Poste a abusé de sa position dominante sur le marché.

Dans le domaine postal, la COMCO a dû évaluer la concentration d'entreprises **TNT Swiss Post / FedEx Express**. TNT Swiss Post avait l'intention de reprendre FedEx Express. Suite à l'enquête préalable, la COMCO a donné son aval à ce projet.

3.4 Produits

3.4.1 Accent sur les accords verticaux

Le 9 avril 2018, la COMCO a complété les explications relatives à la communication sur les accords verticaux en y ajoutant le jugement de référence rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur **les interdictions de plateformes tierces** dans l'affaire Coty. Auparavant, les notes explicatives relatives aux communications n'abordaient pas les interdictions de plateformes tierces ou les restrictions à la vente par l'intermédiaire des places de marché électroniques, puisque la pratique en la matière n'était pas établie. Désormais, les notes explicatives précisent qu'une interdiction de plateforme tierce telle que celle sous-jacente au jugement de la CJUE ne représente pas en principe une restriction grave à la concurrence. L'adaptation a posteriori de la note explicative relative à la communication verticale indique que la COMCO est en mesure d'adapter rapidement au besoin ses notes explicatives et qu'elle applique par analogie les règles européennes à la Suisse avec la conséquence voulue.

Tout comme en 2017, le Secrétariat a étudié en 2018 les exemples de prix excessifs de produits importés cités publiquement en lien avec **l'initiative pour des prix équitables** (« Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables »). Il s'agissait en majeure partie de cas où, des clients suisses ayant directement contacté le fabricant à l'étranger pour être livrés, celui-ci a renvoyé les clients à son importateur général ou à sa succursale ou filiale en Suisse. De tels faits ne remplissent pas les conditions constitutives d'un accord potentiellement illicite de répartition territoriale. Deux exemples soumis par une association au Secrétariat à la demande de ce dernier contenaient des indices d'accords potentiellement illicites d'attribution territoriale absolue au sens de l'art. 5, al. 4, LCart. Cependant, une clarification des faits n'a pas confirmé ces indices. Compte tenu de la situation juridique en vigueur, le Secrétariat a recommandé aux participants au marché d'adresser leurs demandes à un commerçant à l'étranger indépendant du fabricant et de contacter le Secrétariat au cas où ils rencontreraient des difficultés d'importer éventuellement dues à un accord correspondant en

matière de concurrence (p. ex. entre un fabricant et un commerçant étranger indépendant de ce fabricant).

S'agissant de l'« **îlot de cherté suisse** », le Secrétariat a procédé à plus de vingt observations du marché en raison de soupçon d'accords sur les prix, de verrouillage du marché et d'entrave au commerce en ligne. Dans certains cas, des corrections ont été recommandées et mises en œuvre pour clarifier la situation et pour éviter des malentendus. Certaines observations du marché concernaient d'éventuelles interdictions à l'exportation dans des contrats de distribution hors de l'Espace économique européen (EEE) et d'éventuelles interdictions d'importation en provenance de pays hors de l'EEE.

Selon la jurisprudence établie par le TF dans l'affaire Gaba/Elmex et par le TAF dans l'affaire Nikon, de telles interdictions sont illicites dans la mesure où l'efficacité économique ne les justifient pas. C'est pourquoi, tout en s'intéressant particulièrement à la raison d'être et au but de ces clauses contractuelles, le Secrétariat a signalé aux fournisseurs étrangers la situation juridique qui prévaut en Suisse. Eu égard au principe de proportionnalité, on a renoncé à ouvrir une procédure.

3.4.2 Industrie des biens de consommation et commerce de détail

Le 9 avril 2018, la COMCO clôturait son enquête contre l'entreprise allemande **RIMOWA GmbH** par un accord amiable et une amende (cf. point 2.1).

Lors de la délibération publique du 18 mai 2018 concernant **Altimum SA**, le TF est parvenu à la conclusion qu'Altimum SA violait la législation sur les cartels en prescrivant des prix de vente minimaux à ses revendeurs pour les articles de sport de montagne (cf. point 2.2). Le TF confirmait ainsi la décision du 20 août 2012 prise par la COMCO en la matière.

Le 22 octobre 2018, la COMCO ouvrait une enquête contre **Stöckli Swiss Sports SA**. L'enquête se concentre sur d'éventuels accords verticaux illicites sur les prix entre Stöckli Swiss Sports SA et ses distributeurs. Des éléments semblent indiquer que Stöckli Swiss Sports SA interdit à ses distributeurs le commerce en ligne des produits Stöckli et qu'elle ne leur permet pas de procéder à des livraisons croisées entre eux. L'enquête doit permettre d'examiner si Stöckli Swiss Sports SA a effectivement passé avec ses distributeurs des accords illicites au sens de l'art. 5 LCart.

3.4.3 Industrie horlogère

En août 2018 se clôturait l'enquête préalable visant le **service après-vente** (SAV) de divers fabricants de montres. La question essentielle de cette enquête préalable était de savoir si le refus de livrer des pièces de rechange aux horlogers indépendants représente ou non un problème en droit des cartels. Le fait qu'une procédure semblable était pendante dans l'Union européenne (UE) et qu'elle soulevait les mêmes questions quant aux mêmes fabricants de montres était central pour évaluer le cas présent en droit des cartels. La Commission européenne n'a qualifié ces systèmes SAV ni d'accords illicites ni d'abus de position dominante. Dans le cas présent, le Secrétariat de la COMCO a renoncé à mener une enquête parce que les investigations n'ont permis d'identifier aucun élément

conduisant à une autre évaluation que celle de l'UE. Le Secrétariat a donc considéré que l'ouverture d'une procédure d'enquête ne serait pas proportionnée.

Le 13 novembre 2018, une procédure au sens de l'art. 30, al. 3, LCart a été ouverte dans l'affaire de l'**arrêt des livraisons du Groupe Swatch**. L'objet de cette procédure est l'accord amiable approuvé par la décision du 21 octobre 2013, qui permet à ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), une filiale de The Swatch Group SA, de réduire progressivement ses livraisons de mouvements mécaniques à ses clients actuels. L'accord amiable prévoit que l'obligation de livraison d'ETA disparaît à partir du 31 décembre 2019. L'enquête a été ouverte sur la base d'éléments indiquant que les sources d'approvisionnement alternatives pourraient ne plus suffire au-delà de 2020 pour répondre à la demande de mouvements mécaniques par les fabricants de montres. L'état actuel des connaissances ne permet pas d'évaluer si une annulation ou une modification de la décision prise à l'époque par la COMCO s'impose. Il faut à cet effet une analyse des conditions de marché et de concurrence actuelles. Cette analyse doit être réalisée dans le cadre de l'enquête qui a été ouverte.

3.4.4 Secteur automobile

Deux prononcés du TAF ont été rendus le 3 mai 2018 dans le cadre de la procédure **VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013**. Deux destinataires de la décision ont attaqué la décision de la COMCO du 6 juin 2016 sur l'**approbation de l'accord amiable** avec AMAG. Le TAF est d'avis que ces deux intervenants ne sont pas légitimés pour former recours contre la décision d'approbation, raison pour laquelle il n'est pas entré en matière sur leurs recours. Dans le cadre de la même procédure, par ses jugements rendus les 3 et 22 mai 2018, le TAF a rejeté deux recours formés contre la **décision de publication** rendue par la COMCO le 20 juin 2016. Le Tribunal est parvenu à la conclusion que les caviardages demandés par les recourantes ne sauraient être qualifiés de secrets d'affaires. Ce faisant, le Tribunal s'est inspiré du jugement rendu par le TF dans l'affaire Nikon et il a souligné qu'il n'est pas possible de protéger un secret comportant un contenu contraire au droit sur les cartels. Les faits prouvant un comportement contraire au droit sur les cartels ne sauraient bénéficier du secret.

Le 26 juin 2018, la COMCO a ouvert une enquête contre AMAG Automobiles et moteurs SA et contre d'autres distributeurs de véhicules de diverses marques du Groupe Volkswagen au Tessin (« **Concessionari Volkswagen** »). L'enquête est focalisée sur des indices d'accords de soumission commis lors d'appels d'offres publics visant des mandats de livraison de véhicules et de flottes de véhicules dans le canton du Tessin. Les distributeurs de véhicules de diverses marques du Groupe Volkswagen au Tessin se seraient entendus quant aux offres soumises au canton du Tessin et aux communes tessinoises. L'enquête doit permettre d'examiner si des accords illicites en matière de concurrence ont effectivement été passés dans le sens indiqué.

En octobre 2018, le Secrétariat a informé le public de la clôture de l'enquête préalable concernant le **réseau de distribution d'AMAG**. L'enquête préalable a conclu que

les partenaires de service d'AMAG qui sont simultanément aussi des partenaires commerciaux ont été privilégiés. La combinaison des services et de la distribution contredit les principes de la communication de la COMCO sur le traitement conforme au droit de la concurrence des accords verticaux dans le commerce des véhicules à moteur (Communication automobile). Dans ce contexte, le Secrétariat a recommandé à AMAG de coopérer à l'avenir également avec des partenaires de services qui ne sont pas actifs dans la distribution. S'agissant du grief de discrimination des concessionnaires indépendants par rapport aux détaillants (garages « retail ») appartenant au Groupe, le Secrétariat a pris acte du fait que le Groupe AMAG a séparé en deux entités juridiques distinctes les domaines d'affaires « Importation » et « Retail » depuis le 1^{er} janvier 2018 et que les mêmes conditions s'appliquent aux détaillants qui appartiennent au Groupe qu'aux concessionnaires indépendants. AMAG a ensuite résilié de nombreux contrats commerciaux et de services. Ces résiliations sont toutefois compatibles avec les principes de la Communication automobile relatifs à la résiliation des contrats. Pour autant qu'AMAG mette en œuvre les recommandations du Secrétariat, celui-ci renonce à ouvrir une enquête.

Le Secrétariat a ensuite effectué une série d'observations de marché dans le domaine automobile: outre AMAG, d'autres importateurs généraux suisses de véhicules neufs ont **résilié de nombreux contrats commerciaux et de services**. Le Secrétariat a contrôlé ces résiliations suite aux doléances transmises par des partenaires commerciaux et de services. Dans tous les cas, les principes de la Communication automobile régissant la résiliation des contrats ont été respectés.

De plus, le Secrétariat a clarifié les dénonciations émanant de clients finaux quant à la **limitation de la garantie du fabricant** pour les véhicules et camping-cars importés directement ou parallèlement en Suisse. Dans ces cas, le Secrétariat a confronté les fabricants ou importateurs d'automobiles aux reproches dont ils étaient l'objet et elle les a rendus attentifs aux principes de la Communication automobile. Les clarifications n'ont pas révélé d'indices de violation du droit des cartels.

La dénonciation d'un client final concernait la **restriction aux livraisons vers la Suisse imposée à un distributeur étranger de véhicules**. Selon les clarifications du Secrétariat, cet intermédiaire ne pouvait pas commercialiser de véhicules à moteur en Suisse en raison des dispositions émises par les fabricants au sujet de la première homologation. Cet état de fait constituait un indice d'accord illicite de répartition territoriale. Cependant, il existe aujourd'hui divers autres canaux par lesquels les clients finaux et les intermédiaires peuvent importer de nouvelles voitures en Suisse, directement ou parallèlement par l'intermédiaire d'un distributeur, afin de bénéficier des prix étrangers avantageux. Compte tenu de ces circonstances et eu égard au principe de proportionnalité, le Secrétariat a renoncé à l'ouverture d'une procédure.

Le Secrétariat a par ailleurs examiné diverses dénonciations de distributeurs et de réparateurs concernant la **restriction de la vente de pièces de rechange aux ateliers indépendants**. Il a attiré l'attention des fabricants et des importateurs d'automobiles visés par ces griefs sur les

principes de la Communication automobile et leur a demandé de prendre position. Les investigations n'ont révélé aucun indice d'accord illicite en matière de concurrence.

Enfin, le Secrétariat a répondu régulièrement à des demandes de distributeurs, de réparateurs et de consommateurs finaux. Ces demandes concernaient notamment le refus du fabricant de fournir les prestations sous garantie, la résiliation d'un contrat commercial et/ou de services, les exigences posées à l'accès au réseau de distribution et de services, les entraves aux importations directes et/ou parallèles et l'**accès aux informations techniques** de divers constructeurs ou marques automobiles. Le Secrétariat a répondu à ces demandes en se basant sur les principes contenus dans la Communication automobile et les notes explicatives relatives à la Communication automobile de la COMCO.

3.4.5 Agriculture

Le Secrétariat a participé à quelque 40 consultations des offices relatives à l'agriculture, notamment s'agissant de modifications d'ordonnance, d'interventions parlementaires et de développement de la politique agricole. Il s'est entre autres prononcé à plusieurs reprises pour la réduction des protections douanières. En outre, le Secrétariat a reçu nombre de demandes concernant des thématiques agricoles, qui ont généré des discussions, des délibérations et des observations de marché.

3.4.6 Autres domaines

Le 29 janvier 2018, la COMCO a clôturé par un accord amiable et une amende d'environ 610 000 CHF l'enquête sur l'**essence pour appareils** menée à l'encontre de Bucher AG Langenthal et Husqvarna Suisse SA (cf. point 2.1).

3.5 Marché intérieur

La **loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)** garantit la libre circulation intercantonale de même que la publication des projets de concessions et des marchés publics cantonaux.

S'agissant de la législation sur le marché intérieur, le cas le plus important a été la **loi tessinoise sur les entreprises artisanales (Legge sulle imprese artigianali, LIA)**. Le Tribunal administratif du Tessin a accepté les recours de la COMCO (cf. point 2.2). Les entreprises artisanales d'autres cantons pouvaient donc se référer à la LMI pour obtenir au Tessin un accès au marché sans inscription dans le registre de la LIA. La COMCO a reçu plus de 50 demandes d'entreprises non tessinoises concernant la LIA. Elle a communiqué activement l'état actuel de la situation juridique, notamment par le jeu des questions et réponses sur sa page web. La COMCO, qui entretenait également le contact avec les autorités tessinoises, a contribué à une rapide mise en œuvre des jugements rendus. Le 6 novembre 2018, le Grand Conseil tessinois votait l'abrogation de la LIA.

Le TF a rendu le 12 octobre 2018 un jugement concernant les **Soins à domicile (Spitex) d'Aarburg**. Matériellement, il s'agissait en particulier de savoir dans quelle mesure l'attribution de mandats de prestations de soins à domicile à des organisations privées doit faire l'objet d'un

appel d'offre public. Cette question a été longuement débattue dans la pratique et la littérature. Accordant plus de poids au déploiement commercial du mandat de prestations qu'au caractère d'intérêt public de l'organisation prestataire, le TF a considéré que l'attribution de tels mandats de prestations relève du droit des marchés publics. Dans le cadre de cette procédure, la COMCO a soumis une prise de position que le TF a matériellement retenue.

Dans son jugement du 22 février 2018, le Tribunal administratif du canton de Saint-Gall a accepté le recours formé par la COMCO dans un cas concernant la **Ville de Wil**. Celle-ci a attribué un plan de réorganisation de son administration municipale de gré à gré, soit sans passer par un appel d'offres public. La Ville de Wil a présenté plusieurs raisons pour justifier cette adjudication de gré à gré. Le Tribunal administratif cantonal n'en a retenu aucune. Une adjudication de gré à gré illicite constitue une violation de l'art. 5 LMI.

La COMCO a déposé une prise de position dans le cadre d'une procédure de recours auprès du TF concernant le luxueux **Hôtel Métropole Genève**. Le litige porte en particulier sur la question de savoir si l'attribution de l'exploitation de l'Hôtel Métropole à des privés requiert un appel d'offres public. L'existence d'une tâche publique, qui justifierait l'assujettissement au droit des marchés publics, parle en faveur d'un appel d'offres public, alors que la qualité de patrimoine financier associé à l'Hôtel Métropole constitue un argument contraire. Le TF n'a pas encore rendu son verdict.

Le Secrétariat a pris position dans une procédure de surveillance du **canton de Fribourg** quant à l'**attribution de concessions pour des affiches publicitaires**. La LMI prévoit que l'attribution à des privés de l'utilisation de monopoles communaux implique le recours à un appel d'offres public non discriminatoire. Le TF a arrêté en 2016 que la concession de l'affichage doit reposer sur une procédure d'appel d'offres publique conforme à l'art. 2, al. 7, LMI.

Les **campagnes de sensibilisation** des cantons quant aux accords de soumission et aux dispositions du droit sur le marché intérieur, menées dans cinq cantons romands où elles ont suscité l'intérêt, contribuent notamment à une meilleure prise en compte de la législation sur le marché intérieur.

3.6 Investigations

Au cours de l'année écoulée, le Centre de compétences « investigations » a organisé des perquisitions dans le cadre de quatre nouvelles enquêtes. Ces perquisitions se sont déroulées dans les trois régions linguistiques de la Suisse. L'année a débuté par une première opération d'importance menée dans le canton de Genève, dans le cadre de l'enquête ouverte dans le domaine de l'installation et des services électriques. Elle s'est clôturée par une grande opération menée au sein d'établissement financiers suisses, dans le cadre de la procédure Boycott Apple Pay.

Lors de chaque perquisition, une grande quantité de données électroniques ont été saisies comme potentiels moyens de preuve. Il s'ensuit que le Centre de compétences « investigations » a été fortement mis à contribu-

tion pour le triage de ces données, étape préalable destinée à exclure les informations couvertes par le secret professionnel de l'avocat ou à supprimer les informations d'ordre privé. Le Centre de compétences « investigations » a aidé les différents services responsables de ces procédures à analyser ces données électroniques.

Chaque perquisition a été soutenue par des interrogatoires de témoins et de parties, que ce soit sur place au cours de l'opération ou dans les jours qui ont suivi. De telles auditions dites « de la première heure » visent à clarifier rapidement l'état de fait et à éviter les risques de collusion entre les personnes impliquées dans la supposée violation de la loi. Dans le cadre d'une enquête particulière, les entreprises visées par la procédure ont mis en œuvre des moyens de droit afin de s'opposer auxdits interrogatoires. Des recours assortis de requêtes superprovisionnelles ont été déposés auprès du Tribunal administratif fédéral. De tels procédés ont un effet dilatoire et diminuent l'impact important qu'une audition peut avoir dans le cadre de l'enquête. Le Centre de compétences a été fortement sollicité dans le cadre de ces recours également, afin de présenter les arguments du Secrétariat au TAF sous la forme de mémoires préventifs. Le TAF a finalement tranché en faveur des autorités de la concurrence.

3.7 Relations internationales

UE: l'accord de coopération en matière de concurrence entre la Suisse et l'UE, entré en force au 1^{er} décembre 2014, a fait ses preuves. Les autorités de la concurrence de Berne et de Bruxelles sont en contact régulier. L'accord favorise les échanges d'expériences et permet de coopérer et de se coordonner étroitement lors des enquêtes, y compris en échangeant des informations confidentielles. La COMCO a déjà contacté lors de diverses procédures d'enquête les équipes en charge des cas (« case teams ») de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (DG COMP), afin de discuter des questions de procédure et d'évaluation matérielle. En cas d'autodénonciation, la prise de contact visant à clarifier les aspects matériels et procéduraux n'intervient que si les entreprises concernées y ont consenti par écrit. Dans les cas de concentration impliquant des communications parallèles en Suisse et dans l'UE, le Secrétariat ne doit plus obtenir l'aval des parties pour discuter les questions matérielles et techniques avec les collaborateurs de la DG COMP. De tels échanges ont aussi lieu régulièrement afin de prévenir des contradictions évitables entre les procédures parallèles. Les observations de marché et les enquêtes préalables donnent lieu à des contacts réguliers dans le but de clarifier si un problème relevant du droit des cartels se pose également du point de vue de la Commission européenne ou pour obtenir des informations supplémentaires dans la perspective de la procédure à venir. Globalement, l'accord facilite l'application du droit des cartels en Suisse lorsque des faits relèvent aussi du droit UE de la concurrence.

REC: un représentant du Secrétariat a participé aux séances du sous-groupe « Banking and payment » du Réseau européen de la concurrence (REC). Il a régulièrement informé sur l'état de la mise en œuvre de l'accord amiable visant à abaisser les commissions d'interchange (« interchange fees ») en Suisse.

Allemagne: au début de 2018, le Conseil fédéral a donné le mandat de négocier en vue d'un accord bilatéral avec l'Allemagne sur une coopération dans le domaine de la concurrence. Les négociations avec l'Allemagne commenceront prochainement. L'Allemagne étant de loin le plus important partenaire commercial de la Suisse à l'échelle mondiale, la COMCO est d'avis qu'un accord en matière de concurrence avec l'Allemagne serait bienvenu.

OCDE: des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé à Paris à la réunion bisannuelle du Comité de la concurrence de l'OCDE, qui traitait d'aspects de la politique de la concurrence dans l'économie numérique concernant les domaines chaîne de blocs (« block-chain »), prix personnalisés, commerce en ligne et services de taxi. Les questions de concurrence sur les marchés de la santé, par exemple les prix de médicaments inadéquatement élevés, commencent à devenir prioritaires. La COMCO a présenté son expérience de détection fructueuse des accords de soumission grâce aux méthodes statistiques (« screening ») dans le cadre d'ateliers organisés par l'OCDE sur les thèmes de la détection des cartels et de la gestion des cas de cartel complexes.

RIC: les autorités de la concurrence suivent les développements internationaux du droit de la concurrence dans le cadre du Réseau international de la concurrence (RIC). Le groupe de travail « Agency Effectiveness » (efficacité de l'agence de la concurrence) a publié en 2018 deux nouveaux produits présentant des conseils pour les procédures d'investigation (« Guidance on Investigative Process ») et les principes directeurs de l'équité procédurale (« Guiding Principles for Procedural Fairness »). Le groupe de travail sur les cartels a organisé plusieurs webinaires auxquels le Secrétariat a participé. Le thème des incitations et dissuasions par l'indulgence (« Leniency Incentives and Disincentives ») a fait l'objet de discussions. Le responsable du Centre de compétences « investigations » a en outre pris part, à Tel Aviv, à l'atelier du groupe de travail sur les cartels intitulé « How To Crack A Cartel Step By Step » (« Comment démanteler un cartel étape par étape »). Un autre membre des autorités a participé à l'atelier du groupe de travail « Unilateral Conduct » en Afrique du Sud, dont les thèmes comprenaient notamment la détermination d'une position dominante sur le marché, la pratique des prix d'éviction et les contrats d'exclusivité.

Le groupe de travail « Merger » a publié en 2018 une version remaniée des « Principes directeurs et pratiques recommandées pour la notification et l'examen des fusions » publiés par le RIC. En janvier 2018, le Secrétariat a rempli un questionnaire du groupe de travail « Vertical Mergers » et il a pris part en cours d'année à plusieurs conférences téléphoniques. Une délégation de la COMCO était à New Delhi en mars 2018 pour assister à la Conférence annuelle du RIC. Le groupe de travail suisse a régulièrement pris part aux conférences téléphoniques concernant divers projets et ateliers de défense et promotion (« advocacy »). En outre, le groupe de travail a participé à une enquête sur la perception des amendes et il a étudié l'évolution de l'activité de défense et de promotion sur les marchés numériques dans divers Etats membres du RIC.

CNUCED: le directeur du Secrétariat a participé, dans le cadre de la Conférence annuelle de la CNUCED, à la présentation du rapport d'évaluation du programme de coopération COMPAL. La clôture de la phase III du programme COMPAL, financé par le SECO, termine un engagement de plusieurs années du Secrétariat grâce auquel 23 collaborateurs et collaboratrices, principalement venus des autorités de la concurrence d'Amérique latine, ont effectué un stage auprès du Secrétariat.

3.8 Législation

L'état actuel des **interventions parlementaires** encore pendantes qui ont été déposées en septembre 2014 suite à l'échec de la révision ponctuelle de la LCart se présente comme suit:

- L'**initiative parlementaire Hans Altherr** du 25 septembre 2014 « Prix à l'importation surfaits. Supprimer l'obligation de s'approvisionner en Suisse » (14.449), à laquelle les commissions des deux Chambres ont donné suite, est en suspens jusqu'à l'automne 2019.
- La **motion Hans Hess** du 18 juin 2015 « Pour une application effective du principe du Cassis-de-Dijon » (15.3631) a été classée en mars, respectivement en juin 2018 par les deux Chambres sur la base d'un rapport du Conseil fédéral (17.050).
- La **motion Bischof** du 30 septembre 2016 « Interdire les contrats léonins des plates-formes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais » (16.3902) a été acceptée par les deux Chambres. Le DEFR élaborera un projet correspondant destiné à la consultation probablement d'ici à l'automne 2019.
- La **motion Fournier** du 15 décembre 2016 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence » (16.4094) demande que des délais soient imposés aux tribunaux, qu'une allocation de dépens soit accordée aux parties, que des sanctions plus clémentes soient prévues pour les PME et que les décisions ne soient publiées qu'à leur entrée en vigueur. Elle a été acceptée par le Conseil des Etats. Puis, le 5 mars 2018, le Conseil national en a accepté les deux premiers points mentionnés et rejeté les deux autres. Le DEFR s'emploie à élaborer un projet de consultation.
- En date du 8 mars 2018, le Conseil national a accepté la **motion CER-N** du 14 août 2017 « Création d'un instrument efficace pour lutter contre les prix inappropriés des revues » (17.3629). Le Conseil des Etats ne l'a pas encore traitée.
- L'**interpellation Pfister** du 14 décembre 2017 « Cloisonnement abusif du marché automobile suisse » (17.4151), qui vise les importations directes et parallèles de véhicules, a été traitée par le Conseil national le 14 décembre 2018.
- La **motion Pfister** du 27 septembre 2018 « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile » (18.3898) exige du Conseil fédéral qu'il édicte une ordonnance visant à protéger les consommateurs et les PME contre les pratiques biaisant la concurrence dans le commerce

automobile. Le Conseil fédéral propose le rejet de la motion. Les deux Chambres ne l'ont pas encore traitée.

- L'**interpellation Vogler** du 28 septembre 2018 « Accélérer les procédures de la COMCO » (18.4058), qui vise la durée des procédures, a été traitée par le Conseil national le 14 décembre 2018.
- La **motion Nantermod** du 12 décembre 2018 « Des procédures efficaces et équitables en droit de la concurrence » (18.4183), qui exige une adaptation des règles de procédure quant à la consultation des dossiers et l'exemption des frais et émoluments au stade de l'enquête préalable, n'est pas encore traitée.
- La **motion Français** du 13 décembre 2018 « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » (18.4282), qui exige une adaptation de l'art. 5 LCart, n'est pas encore traitée.
- La **motion Bauer** du 14 décembre 2018 « Enquêtes de la COMCO. La présomption d'innocence doit prévaloir » (18.4304) exige la suppression de l'art. 28 LCart, en vertu duquel l'ouverture d'une enquête est communiquée et mentionne le nom des parties. Elle n'est pas encore traitée.

Quant à l'**initiative pour des prix équitables** (« Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables »), lancée en décembre 2017, le Conseil fédéral a formulé un contre-projet indirect prévoyant l'introduction d'une norme sur les cartels qui vise la puissance relative sur le marché tout en limitant les contraintes aux entreprises engagées dans la concurrence transfrontalière. Le DEFR rédige actuellement un rapport sur la procédure de consultation menée jusqu'à la fin de 2018, le message relatif à l'initiative pour des prix équitables et le contre-projet indirect du Conseil fédéral.

L'élaboration des projets de révision au niveau de l'administration relève de la compétence du SECO. Le Secrétariat participe aux travaux.

4 Organisation et statistique

4.1 COMCO et Secrétariat

La **COMCO** a organisé 14 séances plénières d'une journée ou d'une demi-journée en 2018. Lors de ces réunions, elle rend ses décisions au sens de la loi sur les cartels et en application de la loi sur le marché intérieur. Ces décisions sont présentées dans la statistique suivante (cf. point 4.2).

Les changements de personnel suivants sont survenus en 2018 au sein de la COMCO:

- **Andreas Heinemann** succède à Vincent Martenet comme président depuis le 1^{er} janvier 2018.
- **Danièle Wüthrich-Meyer** est devenue vice-présidente au 1^{er} janvier 2018.
- **Isabel Martínez** a pris la succession de Daniel Lampart comme membre de la COMCO au 1^{er} janvier 2018.

- Le Conseil fédéral a nommé deux nouveaux membres de la COMCO le 9 mars 2018: **Clémence Grisel Rapin** et **Nicolas Diebold**, qui sont entrés en fonction respectivement le 1^{er} juillet 2018 et le 1^{er} avril 2018.

Des changements de personnel sont survenus en 2018 dans les positions clés suivantes du Secrétariat:

- **Rafael Corazza**, directeur du Secrétariat, a pris sa retraite le 31 juillet 2018 à l'âge de 67 ans.
- En date du 23 mai 2018, le Conseil fédéral a nommé **Patrik Ducrey** au poste de directeur du Secrétariat. Directeur suppléant à ce stade, le nouveau directeur a pris ses fonctions le 1^{er} août 2018.
- La COMCO a nommé **Andrea Graber Cardinaux** le 17 septembre 2018 au poste de vice-directrice du Secrétariat. Elle est entrée dans cette nouvelle fonction le 1^{er} octobre 2018.
- **Frank Stüssi** assume depuis le 1^{er} octobre 2018 la responsabilité de la communication. Le 14 décembre 2018, le Conseil fédéral l'a promu du rang de vice-directeur à celui de directeur suppléant dès le 1^{er} janvier 2019.

En sa qualité de directeur, **Rafael Corazza** a marqué le Secrétariat de son empreinte pendant quelque douze ans. Il a étudié à l'Université de Saint-Gall (HSG) et à l'Université de Madrid. Il obtient la licence en sciences économiques (lic. oec. HSG) en 1976 et le doctorat de l'Université de Saint-Gall en 1985. Il effectue des stages dans des entreprises privées et occupe un poste d'assistant au sein de la Communauté de recherche pour l'économie nationale de la HSG. Parallèlement à ses études, il travaille comme consultant indépendant. Rafael Corazza entre en 1984 au service de la Confédération comme secrétaire de la Commission des cartels. Il dirige ensuite, de 1987 à 2006, le Bureau de la Surveillance des prix en tant que sous-directeur, directeur et suppléant du Surveillant des prix. Le 9 juin 2006, le Conseil fédéral le nomme directeur du Secrétariat dès le 1^{er} octobre 2006.

Durant le mandat de Rafael Corazza, la COMCO a rendu une série de décisions de principe. Nombre de projets et développements importants ont été initiés durant son mandat. Il était aussi membre de diverses commissions d'experts. Soulignons deux projets marquants: l'évaluation de la loi sur les cartels et les travaux qui en sont issus ainsi que la détection systématique (« screening ») comme méthode statistique de mise en évidence des accords en matière de concurrence.

Durant l'hiver 2006/2007, à peine était-il entré en fonction que l'ex-Conseillère fédérale Doris Leuthard, alors en charge du Département fédéral de l'économie (DFE, aujourd'hui DEFR), le mandait pour **évaluer la loi sur les cartels**. En effet, selon l'art. 59a de la loi révisée sur les cartels, le Conseil fédéral veille à ce que l'exécution de la loi sur les cartels et l'efficacité des mesures prises fassent l'objet d'une évaluation, il présente un rapport au Parlement et lui soumet des propositions quant à la suite à donner à l'évaluation. Pour s'acquitter de cette vaste tâche, Rafael Corazza engagea le groupe d'évaluation de la loi sur les cartels, qui était largement étayé et qu'il présida. L'évaluation de la loi sur les cartels comprenait un rapport

de synthèse basé sur 15 rapports et études (au total environ 1000 pages de documentation). Le rapport de synthèse contenait un état des lieux concernant les effets et le fonctionnement de la loi sur les cartels, il désignait les mesures à prendre et se concluait par une série de recommandations à l'attention du législateur et des pouvoirs exécutifs (Conseil fédéral, DFE, COMCO et son Secrétariat).

Les recommandations à l'endroit de la COMCO et de son Secrétariat ont débouché sur une nouvelle organisation de la COMCO et de nombreux travaux de développement de l'organisation. La COMCO a opté pour un modèle de présidence où les cinq unités constituant la Commission (présidence, trois chambres, plénum) faisaient place à deux unités (présidence et plénum), ce qui permit de réduire les coûts de délimitation, d'information et de coordination. La COMCO et le Secrétariat ont élaboré dans quatre groupes de travail (travail de la Commission, gestion et conduite du Secrétariat, processus centraux, informatique) diverses mesures visant à améliorer les processus décisionnels de la COMCO, sa performance et sa conduite, à orienter les processus du Secrétariat et à amender la coordination entre la Commission et le Secrétariat.

La recommandation adressée au législateur et au DFE, le Département fédéral de l'économie d'alors, a induit en particulier de vastes travaux législatifs et d'amples consultations. Même si la révision a finalement échoué au Parlement, les travaux correspondants ont constitué la base des discussions qui ont suivi et des tentatives de révision ultérieures.

Dans son travail, Rafael Corazza a placé un deuxième accent sur le développement d'un instrument permettant de détecter activement les accords au moyen de méthodes statistiques. Certes, la COMCO et son Secrétariat reçoivent chaque semaine une série d'avis et de dénonciations concernant d'éventuelles infractions à la concurrence, qu'ils traitent continuellement. Mais la question à laquelle Rafael Corazza s'est attaché et qu'il a contribué à résoudre était de savoir si les cartels peuvent être détectés activement au moyen de l'analyse des données. Il voulait ainsi notamment améliorer l'effet préventif de la loi sur les cartels. Comme la lutte contre les accords sur les prix dans le domaine des marchés publics représentait une priorité de la COMCO depuis 2008, Rafael Corazza lança le projet pilote « **Screening** », l'objectif étant d'analyser les données des appels d'offres publics et de développer des méthodes statistiques permettant de mettre en évidence les anomalies survenant pendant les appels d'offres. Il a engagé des collaborateurs pour travailler sur ce thème, s'est employé à convaincre les cantons de fournir les données des appels d'offres et a fait progresser les travaux qui ont abouti à un instrument de détection systématique par l'analyse des données (« screening-tool »).

L'analyse statistique des données requiert de bonnes connaissances des structures du marché, notamment des données relatives aux comportements obligatoires des entreprises dans le cadre d'un appel d'offres. L'obtention des données représentait un point particulièrement délicat. Après que le canton de Saint-Gall eut mis les données d'appels d'offres à disposition, le Secrétariat a développé une méthode statistique capable d'identifier les

anomalies liées aux accords en matière de concurrence survenant pendant les procédures d'acquisition. Deux indices étaient prioritaires: le coefficient de variation et la mesure de distance relative (cf. point 5.3).

Le développement de cet instrument de détection et l'analyse statistique correspondante des données à l'ouverture des offres, transmises par le canton de Saint-Gall, ont entraîné en avril 2013 l'ouverture d'une enquête sur les accords dans le domaine des travaux routiers et du génie civil pour la région de See-Gaster, où la COMCO constatait des centaines d'accords sur les prix en juillet 2016 (cf. points 3.1.1, 5.3 et 5.4). La clôture de cette enquête et l'utilisation fructueuse de l'instrument de détection marquaient une étape importante: l'analyse statistique des données sert à la mise en évidence active des cartels. Le bon fonctionnement de l'analyse a suscité un intérêt international pour cet instrument de détection de la part des autres autorités de la concurrence, de l'OCDE et d'importants services d'achats. Grâce à l'engagement inlassable de Rafael Corazza, le Secrétariat a gagné une réputation internationale dans la lutte contre les accords de soumission.

Rafael Corazza a dirigé le Secrétariat avec enthousiasme et clairvoyance. Il a su motiver ses collaborateurs et apprécier leur travail à sa juste valeur. Travailleur infatigable, il ne cherchait pas à se mettre en évidence et préférait toujours relever le travail des autres pour leur dédier les compliments. Lui-même se concentrait sur la suite à donner à ses projets, sur l'engagement judicieux des collaborateurs et sur la progression de l'autorité. Durant les douze années où il était en fonction, Rafael Corazza a fait éclore les autorités de la concurrence tout en développant de manière décisive l'application du droit de la concurrence. Il a ainsi réalisé d'excellentes fondations qui permettent de poursuivre la construction. A ce titre, Rafael Corazza mérite notre profonde reconnaissance.

4.2 Statistique

Le **Secrétariat** comptait 68 collaborateurs à temps plein et à temps partiel à la fin de 2018 (72 l'année précédente), la proportion de femmes étant de 39,70 % (43 % l'année précédente). Ces effectifs correspondent au total à 58,1 équivalents plein temps (60,9 l'année précédente). L'effectif du personnel occupé à l'application de la loi sur les cartels et de la loi sur le marché intérieur, Direction comprise, atteint 51 (53 l'année précédente, soit 44,3 équivalents plein temps (46,1 l'année précédente)). 12 collaborateurs (14 l'année précédente), soit 8,8 équivalents plein temps (9,8 l'année précédente), sont engagés au Service ressources et logistique où ils assurent l'appui nécessaire à toutes les activités de la COMCO et de son Secrétariat. En outre, le Secrétariat comprend 5 places de stage (5 l'année précédente). Les cinq stagiaires travaillent à plein temps.

La statistique des activités de la COMCO et de son Secrétariat se présente comme suit pour 2018:

	2018	2017
Enquêtes		
menées durant l'année	24	30
dont reprises de l'année précédente	18	26
dont ouvertes durant l'année	6	4
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	0	0
Décisions	4	12
dont accords amiables	2	2
dont décisions de l'autorité	2	4
dont sanctions selon l'art. 49a, al. 1, LCart	4	11
dont décisions partielles	0	0
Décisions de procédures	0	1
Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)	2	3
Mesures provisionnelles	0	1
Procédures où des sanctions ont été prononcées au sens des art. 50 ss. LCart	0	0
Enquêtes préalables		
menées durant l'année	15	18
reprises de l'année précédente	10	9
ouvertes durant l'année	5	9
Clôtures	7	7
dont ouvertures d'enquêtes	2	1
dont adaptation du comportement	3	3
dont sans suite	2	3
Autres activités		
Annonces traitées selon l'art. 49a, al. 3, let. a, LCart	2	2
Conseils	21	21
Observations de marché	72	63
Demandes LTrans	20	9
Autres demandes traitées	581	635
Concentrations		
Notifications	34	32
Pas d'intervention après examen préalable	27	27
Examens	3	3
Décisions de la COMCO après examen	3	3
Interdiction	0	1
Autorisation conditionnelle/soumise à des charges	0	0
Autorisation sans réserve	3	2
Exécution provisoire	0	0
Procédures de recours		
Total des recours auprès du TAF et du TF	37	31
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	7	7
dont succès des autorités de la concurrence	5	5
dont succès partiel	1	1
dont sans succès	1	1
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	1	2
dont succès des autorités de la concurrence	0	2
dont succès partiel	1	0
Pendantes en fin d'année (auprès du TAF et du TF)	33	21

Avis, recommandations et prises de position, etc.		
Avis (art. 15 LCart)	0	1
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Prises de position (art. 47 LCart, art. 5, al. 4, LSPr ou art. 11a LTV)	0	3
Suivi des affaires	0	0
Communications (art. 6 LCart)	0	1
Prises de position (art. 46, al. 1, LCart)	152	210
Consultations (art. 46, al. 2, LCart.)	8	8
LMI		
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	0	1
Avis (art. 10 LMI)	3	5
Conseils (Secrétariat)	94	73
Recours (art. 9, al. 2 ^{bis} , LMI)	0	0

La statistique 2018 et une comparaison avec les chiffres de 2017 révèlent ce qui suit:

- Le **nombre de décisions** rendues en 2018 a **baissé** par rapport à l'année précédente. Cette différence s'explique par le fait qu'en 2017, sept décisions sur douze concernaient des accords de soumission passés dans le canton des Grisons qui étaient initialement regroupés dans le cadre d'une vaste enquête avant d'être répartis en dix enquêtes distinctes au cours de la procédure (cf. point 3.1.1). Dans ce contexte, la COMCO a également infligé en 2018 moins de sanctions au sens de l'art. 49a, al. 1, LCart que l'année précédente.
- Le Secrétariat a mené en 2018 **un nombre d'enquêtes préalables supérieur** à celui de l'année précédente.
- En 2018, la COMCO a reçu un **nombre de notifications de concentration semblable** à celui de 2017. Elle a également approuvé en 2018 autant de concentrations qu'en 2017 au terme de l'examen préalable et après l'examen approfondi. En revanche, elle n'a pas dû interdire de concentration en 2018.
- Le nombre de **procédures de recours pendantes** devant les tribunaux a **augmenté** en 2018 par rapport à 2017.
- Le Secrétariat a clôturé davantage d'**observations de marché** en 2018 que l'année précédente. Le Service Produits, notamment, a évalué de nombreuses dénonciations dans le cadre des observations de marché, par exemple concernant l'« îlot de cherté suisse » (cf. point 3.4.1) et dans le secteur automobile (cf. point 3.4.4).
- En 2018, le Secrétariat a dû fournir **plus de conseils sur la LMI** que l'année précédente. Cette hausse s'explique principalement par le nombre important de demandes soumises par des entreprises artisanales concernant la LMI (cf. point 3.5). Les trois avis de droit relatifs à la LMI concernent des prises de position dans le cadre de procédures de recours devant le Tribunal fédéral.

5 Accords de soumission

5.1 Contexte

Selon une enquête menée en 2004 par le Secrétariat de la Commission des achats de la Confédération (CA), environ la moitié des répondants ont une expérience pertinente liées aux accords. Le 4 avril 2005, le Secrétariat ouvrait, d'entente avec un membre de la Présidence, l'enquête « Cartels de l'asphaltage des routes au Tessin », qui a débouché le 19 novembre 2007 sur une décision de principe de la COMCO. En 2006, le Secrétariat établissait un rapport sur le thème de la concurrence et des marchés publics (« Wettbewerb und Vergaberecht ») dans le cadre des travaux conduits à l'époque pour réviser le droit des marchés publics. Ce rapport le conduisit à étudier en particulier le risque constitué par les accords de soumission et à proposer, dans l'optique de la révision du droit des marchés publics, une série de mesures visant à renforcer la concurrence. En raison de ces travaux et expériences, parmi d'autres, la lutte contre les accords de soumission représente depuis 2008 un thème prioritaire de la COMCO.

Dans ce contexte, la COMCO a considéré que les accords de soumission ont généralement des conséquences telles qu'une hausse des prix, le maintien des structures et un affaiblissement des incitations à l'efficacité et à l'innovation pour les entreprises. L'OCDE évalue que la hausse des prix induite par les accords de soumission est comprise entre 10 et 20 %. Dans son enquête déjà citée sur les « Cartels de l'asphaltage des routes au Tessin », la COMCO a constaté que les prix des offres pour les travaux de revêtement routier étaient en moyenne d'environ 30 % inférieurs après la période des cartels que durant leur activité. Des études empiriques récentes montrent que les prix augmentent d'environ 25 à 45 % du fait d'accords sur les quantités et sur les prix de même qu'en raison d'accords de soumission par rapport à une situation dénuée d'accords. Les accords de soumission portent donc atteinte à l'économie. Ils engendrent des dépenses excessives de la part des pouvoirs publics, qui se répercutent directement ou indirectement sur la charge fiscale en Suisse. Eu égard au volume d'achats publics (Confédération, cantons, communes) supérieur à 40 milliards de CHF pour les constructions, les marchandises et les services, le potentiel de dommage inhérent

aux accords de soumission apparaît d'autant plus important.

Le travail de la COMCO et de son Secrétariat se déploie à trois niveaux:

- prévention des accords de soumission et information à ce sujet;
- détection « passive » et « active » des accords de soumission et
- poursuite des accords de soumission.

5.2 Prévention et information

Il est plus efficace d'empêcher les accords de soumission en les tuant dans l'œuf que de se borner à mener des procédures soumises au droit des cartels. Des organes d'achat informés et formés contribuent fortement à lutter contre les accords de soumission. C'est pourquoi, dès 2007, le Secrétariat a organisé le module « Sicherstellung des Wettbewerbs im öffentlichen Beschaffungswesen » (« Garantir la concurrence dans les marchés publics ») dans le cadre de la formation et de la formation continue du Centre de compétence des marchés publics (CCMP) destiné à l'administration fédérale et aux entreprises publiques de la Confédération. Simultanément, le Secrétariat s'est tourné vers les cantons pour leur proposer des **manifestations de sensibilisation** visant à lutter contre les accords de soumission et à appliquer la loi sur le marché intérieur. Des manifestations d'une journée ou d'une demi-journée ont ainsi été organisées dans les cantons de Suisse alémanique en 2009 et 2014 surtout (d'autres y sont planifiées pour 2019), en Suisse romande en 2012 et en 2018 et au Tessin en 2018. L'intérêt des cantons pour ces manifestations a augmenté au fil du temps. L'accent porte sur la problématique des accords de soumission du point de vue de l'économie et sous l'angle du droit cartellaire, sur la démarche et les décisions de la COMCO et sur la détection des accords de soumission et les mesures visant à les empêcher. Au terme d'une manifestation de sensibilisation, les acheteurs qui ont participé devraient être en mesure de répondre aux questions suivantes:

- Qu'est-ce qu'un accord de soumission en droit des cartels ?
- Comment les organes d'achat peuvent-ils identifier et empêcher les accords de soumission ?
- Quelle est la pratique de la COMCO ?
- Comment la COMCO peut-elle soutenir l'organe d'achat lorsqu'une suspicion d'accord de soumission se présente ?
- Que signifie pour l'organe d'achat l'ouverture par la COMCO d'une enquête selon le droit cartellaire ?
- Quels sont les instruments de la COMCO contre les cartels de soumission ?

Outre ces manifestations, la COMCO et son Secrétariat donne des conférences lors de symposiums, que ce soit auprès d'associations, d'entreprises de la Confédération ou de hautes écoles. Tandis que les autorités de la concurrence transmettent leurs expériences et connaissances, elles découvrent continuellement des problèmes

pratiques susceptibles de se présenter dans le cadre d'acquisitions.

La sensibilité accrue des organes d'achat n'est pas seulement liée aux formations, elle l'est aussi aux décisions rendues par la COMCO. L'onde de choc des premières enquêtes et décisions importantes sur des cartels de soumission dans les cantons du Tessin, d'Argovie et de Zurich a traversé la branche. Cet impact ne concerne pas seulement les organes d'achat, il est aussi perceptible dans les entreprises et auprès des personnes concernées. C'est ainsi que les demandes et les communications de soupçons ont continuellement augmenté. Ces dernières ont mené à certaines des procédures récentes exécutées par les autorités de la concurrence dans le domaine des achats. Une interaction existe donc entre les piliers que sont la prévention et l'information, d'une part, et la poursuite, d'autre part.

L'engagement des autorités de la concurrence dans le cadre des travaux de révision du **droit des marchés publics** s'inscrit aussi dans les mesures de prévention et d'information. Les autorités de la concurrence peuvent apporter leurs expériences et connaissances, que ce soit dans le cadre de groupes de travail internes à l'administration fédérale, sous forme de prises de position dans les procédures de consultation ou de recommandations et rapports.

5.3 Détection, y compris par les méthodes statistiques (« screening »)

Chaque semaine, le Secrétariat reçoit diverses indications, communications et dénonciations relatives à d'éventuelles violations du droit sur les cartels. Ces informations proviennent notamment d'entreprises concernées par des accords en matière de concurrence ou qui s'y trouvent impliquées (il s'agit alors d'autodénonciations), de citoyennes et de citoyens, de lanceurs d'alerte et d'organes d'achat. Le Secrétariat analyse systématiquement ces données, qui sont importantes pour le travail des autorités de la concurrence et la détection des violations du droit de la concurrence.

Le Secrétariat s'est donné pour but de détecter les accords de soumission non seulement sur la base des informations reçues, mais aussi proactivement en régie propre. En conséquence, il a commencé d'analyser les données des appels d'offres publics et de développer des méthodes statistiques destinées à révéler les anomalies dans le schéma de comportement des soumissionnaires. L'attention porte principalement sur deux indices: le coefficient de variation et la mesure de distance relative. Ainsi, la variance des prix de l'offre durant les appels d'offres joue un rôle crucial dans l'analyse des données de l'offre. La dispersion des prix de l'offre durant les phases d'entente, qui diffère de celle en situation non cartellisée, peut être quantifiée par le coefficient de variation. En outre, le Secrétariat a découvert que les différences entre les premiers et les deuxième prix de l'offre, de même que les prix de l'offre ultérieurs durant les phases d'entente se présentent autrement qu'en dehors des ententes cartellaires. Ces différences peuvent être évaluées au moyen de la mesure de distance relative. Les deux indices du coefficient de variation et de la mesure de distance relative constituent la base de l'instrument de détection statistique (« screening ») du Secrétariat.

L'analyse statistique des données à l'ouverture des offres, transmises par le canton de Saint-Gall, a conduit en avril 2013 à l'ouverture d'une enquête sur les accords dans le domaine des travaux routiers et du génie civil pour la région de See-Gaster. La COMCO a clôturé cette enquête par sa décision du 8 juillet 2016, dans laquelle elle constatait que huit entreprises de travaux routiers et de génie civil des districts de See-Gaster (SG), March et Höfe (SZ) se sont entendues sur les prix entre 2002 et 2009, lors de plusieurs centaines d'appels d'offres, et qu'elles ont convenu qui obtiendrait l'adjudication (cf. point 3.1.1). Une étape importante était ainsi franchie: l'instrument de détection statistique (« screening ») développé par le Secrétariat fonctionnait. Cet instrument sert à la détection active des accords de soumission, ce qui accroît l'effet préventif de la loi sur les cartels. Les entreprises qui passent des accords de soumission doivent s'attendre à ce que leur comportement soit détecté en raison de leur mode de fixation des prix dans le cadre des appels d'offres.

La COMCO et le Secrétariat présentent cet instrument de détection et son emploi fructueux lors de diverses manifestations en Suisse et à l'étranger, notamment auprès de l'OCDE, d'autorités de la concurrence et d'organes d'achat étrangers (cf. point 3.7). Un tel instrument de détection suscite un vif intérêt. La méthode, qui a été présentée également dans des contributions de recherche, accède désormais à la recherche et à la littérature économiques.

5.4 Poursuite

Au cours de la dernière décennie, la COMCO a rendu une série de décisions importantes sur les cartels de soumission et elle a développé une pratique pertinente en la matière. Le tableau synoptique ci-après présente les sanctions infligées par la COMCO entre 2007 et 2018 dans des cas d'accords de soumission.

Décision de la COMCO	Année de la décision	Durée du cartel	Accord global / accord spécifique	Montant total de la sanction (en CHF)	Entrée en force de la décision
Cartels de l'asphaltage des routes au Tessin	2007	1999–2003, en partie jusqu'en 2005	Accord global	0 (possibilité de sanction directe à partir de 2004 seulement)	Oui
Entreprises d'installations électriques, région de Berne	2009	2006–2008	Accords spécifiques	1,2 million de CHF	Oui
Travaux routiers et génie civil, canton d'Argovie	2011	2006–2009	Accords spécifiques	3,8 millions de CHF	En partie pendante devant le TF
Travaux routiers et génie civil, canton de Zurich	2013	2006–2009	Accords spécifiques	489 000 CHF	Oui
Nettoyage de tunnel	2015	2008–2013	Accord global	161 000 CHF	Oui
Travaux de construction, région de See-Gaster	2016	2002–2009	Accord global	5 millions de CHF	En partie pendante devant le TAF
Fanaux de signalisation Eflare	2016	2015	Accord vertical de répartition territoriale	33 000 CHF	Oui
Bâtiment et génie civil dans le val Mustair	2017	2004–2012	Accord global	0 (autodénonciations et faillite d'une entreprise)	Oui
Bâtiment et génie civil en Engadine III–VIII	2017	2009–2012	8 accords spécifiques	1 million de CHF	2 décisions entrées en force, 4 décisions pendantes devant le TAF
Bâtiment et génie civil en Engadine I	2018	1997–2012	Plusieurs accords globaux, 11 accords spécifiques	7,5 millions de CHF	En partie pendante devant le TAF

Les deux dernières décisions (sur un total de dix) visant les accords de soumission dans le canton des Grisons sont prévues pour l'été 2019 (cf. point 3.1.1). Des enquêtes relatives à des accords de soumission supposés dans le domaine de l'électricité à Genève sont également en cours (cf. point 3.2.3) de même que d'autres concernant d'éventuels accords de soumission passés lors d'appels d'offres publics organisés par le canton du Tessin et des communes tessinoises pour la livraison de véhicules (cf. point 3.4.4).

Les décisions rendues à ce stade ont permis à la COMCO d'asseoir sa pratique concernant les accords de soumission et de clarifier des questions fondamentales. Relevons les points suivants:

- Les accords de soumission par lesquels les entreprises impliquées conviennent de l'entreprise censée recevoir l'adjudication et/ou qui fixent le montant des offres doivent être typiquement qualifiés **d'accords sur les prix et/ou sur les partenaires commerciaux**. Il s'agit de cartels horizontaux durs qui réunissent normalement les éléments constitutifs du délit visés à l'art. 5, al. 3, LCart. Ils doivent être en principe sanctionnés.
- Une entreprise est en règle générale également passible de sanction pour avoir participé à un accord de soumission même si elle ne génère pas de chiffre d'affaires à partir de l'appel d'offres visé (« **infraction sans chiffre d'affaires** »). Un tel cas

- se présente notamment si l'entreprise soumet une « offre de couverture » ou si un « dispositif de protection » est resté infructueux. Le TAF a confirmé, dans ses arrêts sur le cas des travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie (cf. point 3.1.1) que même les infractions sans chiffre d'affaires doivent être sanctionnées. Selon les récentes décisions rendues par la COMCO dans les cas Engadine I et Engadine III-VIII, le chiffre d'affaires déterminant pour calculer la sanction est celui que l'entreprise au bénéfice d'une protection aurait dû réaliser conformément à l'accord.
- Enfin, il est particulièrement important en pratique de **distinguer les accords globaux des accords spécifiques**. Dans le cas d'un accord global, les entreprises parties à l'accord coordonnent leur comportement lors des appels d'offres pour l'ensemble d'un projet. En revanche, s'il s'agit d'un accord spécifique, les entreprises qui y sont parties ne coordonnent leur comportement de soumissionnaire que pour un appel d'offres déterminé. Par exemple, les accords globaux peuvent prendre la forme de cartels de rotation, de cartels de quotas ou d'accord de répartition territoriale. La distinction entre accord global et accord spécifique n'est pas sans effet sur l'administration des preuves et la sanction. S'agissant d'un accord global, la COMCO ne doit pas nécessairement prouver quels appels d'offres concrets l'accord a faussés. En outre, l'ensemble du chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné est déterminant pour fixer la sanction, même si la concurrence n'a pas été supprimée ou restreinte pour tous les appels d'offres. La COMCO a par exemple dû évaluer des accords globaux dans les cas suivants: cartels de l'asphaltage des routes au Tessin, nettoyage de tunnel, travaux de construction dans la région de See-Gaster, bâtiment et génie civil dans le val Mustair ainsi que bâtiment et génie civil Engadine I.
 - Jusqu'ici, les procédures de la COMCO ont concerné des accords de soumission et non pas des **communautés de travail (CT)**. La COMCO ne s'intéresse pas aux CT parce qu'elles ne constituent fondamentalement pas des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4, al. 1, LCart. Typiquement, elles stimulent la concurrence en permettant à des entreprises (en particulier des PME) de soumettre une offre pour un projet déterminé et d'exécuter celui-ci. La COMCO a dirigé ses procédures contre des CT lorsqu'elles servaient à déguiser des accords de soumission. Dans le cas des entreprises d'installations électriques de la région de Berne, par exemple, les entreprises constituaient des CT pour certaines soumissions spécifiques sans en faire état aux maîtres d'ouvrage. Parallèlement, les partenaires de la CT soumettaient des offres séparées pour créer l'apparence de la concurrence et tromper les maîtres d'ouvrage. Dans de tels cas, les partenaires ne constituaient pas des CT au sens propre, ils formaient des cartels de soumission qu'ils déguisaient en CT et désignaient comme telles.

5.5 Conclusion

La protection de la concurrence sur les marchés publics représente une priorité dans les activités de la COMCO et de son Secrétariat. La concurrence contribue à l'allocation efficace des ressources et à l'optimisation de la prospérité économique. Par contre, les accords de soumission portent préjudice aux acquéreurs privés et publics. Ces dix dernières années, en poursuivant systématiquement les cartels de soumission, en échangeant avec les organes d'achat, en présentant des exposés et en développant un instrument de détection statistique (« screening »), les autorités de la concurrence ont contribué de manière déterminante à combattre les accords de soumission.

A 1.	3. Rapporto annuale 2018 della Commissione della concorrenza (COMCO)
-------------	---

Indice

1	Prefazione del presidente	40	5.4	Azione penale	55
2	Principali decisioni del 2018	41	5.5	Conclusione	56
2.1	Decisioni della COMCO	41			
2.2	Decisioni dei tribunali	41			
3	Attività nei vari ambiti economici	43			
3.1	Costruzione	43			
3.1.1	Accordi di appalto	43			
3.1.2	Materiali edili e discariche	43			
3.1.3	Altri ambiti	43			
3.2	Servizi	44			
3.2.1	Servizi finanziari	44			
3.2.2	Sistema sanitario	44			
3.2.3	Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali	45			
3.3	Infrastruttura	45			
3.3.1	Telecomunicazione	45			
3.3.2	Media	45			
3.3.3	Energia	45			
3.3.4	Altri ambiti	45			
3.4	Produzione	46			
3.4.1	Accordi verticali	46			
3.4.2	Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio	46			
3.4.3	Industria orologiera	46			
3.4.4	Settore automobilistico	46			
3.4.5	Agricoltura	47			
3.4.6	Altri ambiti	47			
3.5	Mercato interno	47			
3.6	Indagini	48			
3.7	Affari internazionali	48			
3.8	Legislazione	49			
4	Organizzazione e statistica	50			
4.1	COMCO e Segreteria	50			
4.2	Statistica	51			
5	Accordi di appalto	53			
5.1	Situazione iniziale	53			
5.2	Prevenzione e informazione	53			
5.3	Accertamento e screening	54			

1 Prefazione del presidente

La prassi delle autorità preposte e dei tribunali influisce in misura determinante sulle reali condizioni della concorrenza e del mercato nazionale. Prima di decidere, la COMCO valuta attentamente gli incarti, sente le parti interessate e ne discute al suo interno. Nel 2018 ha terminato quattro inchieste, concernenti diversi mercati, ed esaminato approfonditamente tre concentrazioni nel settore dei media. La maggior parte delle decisioni è passata in giudicato.

Per il 2018 sono da segnalare: la decisione «Engadina I», inerente a numerosi accordi di appalto nella Bassa Engadina; l'esame approfondito di tre concentrazioni di imprese: AZ Medien/NZZ, Tamedia/Goldbach e Tamedia/Basler Zeitung; la decisione sugli accordi di prezzo e sulle ripartizioni di clienti tra Husqvarna e Bucher, riguardanti la benzina alchilata Aspen; quella sul divieto illecito di esportazione di trolley RIMOWA; nonché la decisione «Impianti KTB» sulle pratiche illecite nel settore ghiaia e cemento dell'area bernese. In rapporto alle tre concentrazioni nel settore dei media, occorre ricordare il compito che la legge assegna alla COMCO: valutare se una concentrazione crea o rafforza una posizione dominante sul mercato, potenzialmente in grado di sopprimere la concorrenza efficace. Alla COMCO non spetta il compito di tutelare direttamente il pluralismo dei media: il mandato attribuitole dal legislatore concerne il quadro normativo che disciplina la concorrenza, e la politica dell'informazione ne è esclusa.

La decisione «Engadina I», pubblicata in aprile, ha avuto ampio risalto. Si è trattato di una delle dieci inchieste su accordi di appalto condotte nel Cantone dei Grigioni, riguardante numerosi appalti concordati illecitamente nella Bassa Engadina. Le imprese si accordavano su chi si sarebbe aggiudicato un determinato appalto e sull'offerta vincente. In alcuni casi questi accordi erano parte di un sistema che ha funzionato per anni; in altri riguardavano singoli progetti di costruzione. Il valore delle commesse (pubbliche e private) supera abbondantemente i 100 milioni di franchi. Il danno economico è considerevole: anche per questo motivo negli ultimi dieci anni la COMCO ha fatto della lotta agli accordi di appalto una priorità.

A volte non ci si può limitare all'applicazione della legge: occorre attribuire pari importanza all'informazione e alla sensibilizzazione, e coinvolgere i servizi federali e cantonali di aggiudicazione. Infatti chi è informato sugli accordi di appalto sa riconoscerli e può impedirli. Inoltre è stato messo a punto uno strumento statistico per identificare eventuali anomalie nelle offerte per le gare d'appalto. Permette alle autorità in materia di concorrenza di rilevare in modo proattivo la presenza di cartelli e, di conseguenza, migliorare l'efficacia preventiva della legge. Questo strumento di screening, sviluppato dalla Segreteria della COMCO, viene utilizzato a livello nazionale ma ha suscitato una vasta eco e un forte interesse anche all'estero.

La concorrenza efficace è un importante fattore di benessere economico. Perciò un'applicazione scrupolosa della legge sui cartelli e della legge sul mercato interno favorisce il buon funzionamento dell'economia nazionale. Nel dibattito sociale e politico in corso, il diritto vigente e la

sua attuazione vengono giudicati, di volta in volta, eccessivamente rigorosi oppure al contrario troppo permissivi, come risulta anche dal numero relativamente elevato di interventi parlamentari depositati su questo tema. Preservare una concorrenza efficace è fondamentale ai fini di una politica economica sostenibile. A livello istituzionale ciò spetta alla COMCO, che opera in favore della concorrenza anche partecipando al dibattito pubblico. Il suo compito principale rimane però l'applicazione del diritto vigente: dal rapporto annuale 2018 emerge tutta la complessità di questo lavoro.

Prof. dott. Andreas Heinemann
Presidente della COMCO

2 Principali decisioni del 2018

2.1 Decisioni della COMCO

Il 29 gennaio 2018 la COMCO ha terminato la sua inchiesta nei confronti di Husqvarna e Bucher, avviata il 31 maggio 2016 in seguito ad un'autodenuncia di Husqvarna. L'inchiesta ha rivelato che nel periodo compreso tra il 1998 e l'inizio del 2016 tra Husqvarna e Bucher vigeva un accordo orizzontale illecito sui prezzi e sulla ripartizione dei clienti nella vendita della **benzina alchilata** della marca **Aspen**. A titolo di conciliazione con le autorità in materia di concorrenza entrambe le società si sono impegnate a non ricorrere più in futuro a questo tipo di accordi. Per aver messo a conoscenza dell'accordo le autorità, e aver permesso così l'apertura dell'inchiesta, Husqvarna ha beneficiato di un condono della sanzione. In conseguenza dell'atteggiamento cooperativo della Bucher la multa a suo carico è stata ridotta a circa 610 000 franchi. La relativa decisione è passata in giudicato.

Il 9 aprile 2018 si è conclusa con una conciliazione e una multa passata in giudicato l'inchiesta concernente la sagl tedesca **RIMOWA**. Dall'inchiesta è emerso che RIMOWA – nel contratto di rivendita stipulato con i suoi partner di distribuzione tedeschi – nel periodo compreso tra il 25 gennaio 2012 e il 13 novembre 2013 aveva concordato illecitamente il divieto di esportare i suoi prodotti in Svizzera. Per questo motivo alla sagl è stata inflitta una multa di 134 943 franchi. Nel quadro di una conciliazione con le autorità, RIMOWA si è impegnata a evitare in futuro questo tipo di accordi. La sua volontà di cooperare ha determinato l'attenuazione della sanzione.

Il 26 marzo 2018 in virtù della decisione «**Engadina I**» della COMCO sono state inflitte multe per un importo di circa 7,5 milioni di franchi a diverse imprese di costruzione, per aver concluso svariati accordi di appalto nella Bassa Engadina. La COMCO ha così portato a termine otto di dieci inchieste inerenti ad accordi di appalto nel Cantone dei Grigioni (cfr. capitolo 3.1.1). La COMCO ha potuto accertare che nel quadro di cartelli diversi alcune imprese di costruzione si sono accordate su più di 400 gare d'appalto (si tratta di una stima prudente) nei settori dell'edilizia e del genio civile. Il valore delle commesse oggetto degli accordi supera nettamente i 100 milioni di franchi. Per anni queste imprese si sono di volta in volta accordate su chi si sarebbe aggiudicato l'appalto, spesso stabilendo anche l'offerta che il «vincitore» della gara avrebbe dovuto proporre al servizio di aggiudicazione. In alcuni casi gli accordi di cartello di queste società grigionesi sono proseguiti sistematicamente e per diversi anni, e a volte venivano conclusi nel corso di assemblee preparatorie organizzate della Società grigionese degli impresari costruttori. I cartelli concernevano bandi di concorso cantonali, comunali e privati nella Bassa Engadina. I valori delle commesse relative ai lavori di costruzione andavano da poche decine di migliaia di franchi a diversi milioni. La COMCO ha ingiunto il pagamento di parte delle spese amministrative alla Società grigionese degli impresari costruttori, avendo quest'ultima organizzato parte dei cartelli.

Nel settore dei media la COMCO si è occupata di tre concentrazioni societarie: **AZ Medien/NZZ**, **Tamedia/Goldbach** nonché **Tamedia/Basler Zeitung**. Alcuni

indizi emersi dall'esame approfondito della concentrazione AZ Medien/NZZ portano a ritenere che la fondazione di un'impresa comune costituita dalle due società in questione potrebbe portare alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante sui mercati dei lettori di giornali nelle regioni di Soletta e Argovia, come pure nel mercato pubblicitario della carta stampata nel settore della tecnica edilizia. Elementi analoghi sono stati evidenziati per Basler Zeitung e i gruppi Tamedia e Ringier sul mercato dei lettori di quotidiani nella regione di Basilea rispettivamente su quello dei giornali domenicali. Tuttavia si è ritenuto che la fondazione di un'impresa comune da parte delle società interessate non potesse sopprimere la concorrenza sui mercati in questione, visto che rimangono in attività competitori importanti e che la concentrazione sul mercato dei giornali domenicali non comporta cambiamenti rilevanti in relazione alla concorrenza. L'esame approfondito dell'acquisizione di **Goldbach da parte di Tamedia** ha evidenziato che il progetto di concentrazione non porterebbe a cambiamenti importanti sul mercato. Inoltre non era da ritenere che gli effetti di portafoglio causati dalla concentrazione determinassero una soppressione della concorrenza efficace. Anche l'esame approfondito della concentrazione **Tamedia/Basler Zeitung** ha evidenziato alcuni indizi di possibile creazione o rafforzamento di posizione dominante: sul mercato dei lettori di quotidiani dell'area basilese (grazie all'acquisizione di Basler Zeitung) e nel resto della Svizzera tedesca (con i gruppi NZZ/AZ e Ringier) per quanto attiene a diversi mercati di rubriche di annunci. La COMCO è giunta alla conclusione che il passaggio di proprietà della Basler Zeitung non avrebbe praticamente influito sul mercato e che l'acquisizione non avrebbe soppresso la concorrenza. In agosto e ottobre 2018 la COMCO ha approvato le tre concentrazioni. A questo proposito va ricordato che la COMCO non si occupa di politica dell'informazione: l'esame delle concentrazioni non prende in considerazione il pluralismo dei media.

L'inchiesta «**Impianti KTB**» si è conclusa con la decisione del 10 dicembre 2018. Era stata avviata il 12 gennaio 2015 dalla COMCO nei confronti di imprese attive nel settore materiali da costruzione e discariche del Cantone di Berna (v. capitolo 3.1.2). La COMCO ha notificato la sua decisione alle parti interessate all'inizio del 2019, e successivamente ha informato il pubblico mediante un comunicato stampa. I gruppi Kästli e Alluvia si sono accordati per anni su prezzi ed elementi dei prezzi spartendosi il mercato di Berna e dintorni nel settore ghiaia e cemento. Hanno fortemente limitato la concorrenza reciproca e abusato di una posizione dominante sul mercato per impedire ad altri concorrenti di accedere al mercato. Le due società hanno interposto ricorso presso il Tribunale amministrativo federale (TAF).

2.2 Decisioni dei tribunali

Il 3 maggio 2018 il TAF ha deciso di non entrare nel merito del ricorso presentato da **Ticketcorner** contro il divieto di concentrazione con **Starticket**. In sostanza il TAF ha motivato la sua decisione adducendo la rinuncia al ricorso da parte di Tamedia (in quanto società madre di Starticket) e l'intenzione da parte di quest'ultima – secondo quanto comunicato al pubblico – di sviluppare Starticket in proprio. Allo stato attuale mancherebbe perciò concretamente un

interesse degno di protezione all'annullamento o alla modifica della decisione, e di conseguenza Ticketcorner non sarebbe legittimata a ricorrere. Contro la decisione del TAF è stato interposto ricorso. Il TAF ha deciso in base a due elementi: in primo luogo, se le fosse consentito di presentare il ricorso anche da sola, Ticketcorner potrebbe prolungare artificialmente e a danno di Starticket l'attuale sospensione dell'invalidità del contratto di concentrazione, e ostacolare così il raggiungimento della certezza giuridica. In particolare, si tratterebbe della decisione definitiva in merito alla sua posizione sul mercato; secondariamente, in relazione alla concentrazione Ticketcorner e Tamedia formano una comunità di interessi. Visto che entrambe erano soggette all'obbligo di annuncio, avrebbero dovuto in quanto comunità di interessi interporre ricorso congiuntamente.

Con la sua sentenza del 18 maggio 2018 in merito alla causa **Altimum SA / attrezzature da alpinismo** il Tribunale federale (TF) ha parzialmente accolto il ricorso presentato dal DEFR e dalla COMCO contro la decisione del TAF del 17 dicembre 2015, confermando la decisione della COMCO del 20 agosto 2012: la determinazione di prezzi minimi per la rivendita di attrezzature da alpinismo da parte della Altimum SA costituirebbe un accordo verticale illecito sui prezzi. Il TF ha anche rilevato che i rivenditori che accettano l'imposizione di prezzi minimi di vendita (e che si espongono all'interruzione delle forniture in caso di inosservanza di tale condizione) concludono un accordo con il fabbricante. In questo contesto basterebbe la finalità dell'accordo (limitazione della concorrenza); un esame delle conseguenze – in particolare per accertare il grado di osservanza dell'accordo stesso – non sarebbe necessario. In merito alla questione della notabilità, il TF ha confermato la sua giurisprudenza relativa alla causa GABA/Elmex: la determinazione di prezzi minimi di vendita è giustificabile se volta a salvaguardare una competitività tra rivenditori basata sulla qualità della consulenza ai clienti ed evitare così il problema del «free riding» (il cliente beneficia della consulenza dei negozianti specializzati ma poi acquista il prodotto da chi lo offre al prezzo più basso). Nel caso in esame però questa motivazione non sarebbe stata presente. Per ragioni processuali il TF non ha inflitto alcuna sanzione alla Altimum SA.

La COMCO ha proceduto con la sua decisione 16 dicembre 2011 contro gli accordi di appalto nel settore della **costruzione strade e del genio civile nel Cantone di Argovia**. A 14 imprese di costruzione è stata inflitta una multa di circa 4 milioni di franchi per aver concluso accordi di appalto illeciti in materia di prezzi e ripartizione dei mercati. Circa 100 degli appalti concordati tra il 2006 e il 2009 riguardavano progetti di costruzione pubblici e privati. Quattro società hanno impugnato la decisione della COMCO. La procedura è rimasta pendente presso il TAF per circa sei anni e mezzo. Il 25 maggio 2018 il TAF ha in buona parte confermato la decisione della COMCO. Il TAF ha confermato la qualificazione giuridica delle fattispecie oggetto dell'inchiesta, interpretandole come accordi orizzontali di prezzo hard core e come accordi sulla ripartizione dei mercati per partner commerciali ai sensi della LCart. Questa sentenza del TAF ha chiarito alcuni aspetti fondamentali, inerenti in particolare ai requisiti legali minimi in materia di assunzione e apprezzamento delle prove nelle inchieste sui cartelli e al trattamento delle

informazioni fornite dalle imprese che si autodenunciano e cooperano con le autorità. Inoltre il TAF ha definito alcune questioni relative a presunte violazioni dei diritti procedurali da parte delle autorità in materia di concorrenza, e confermato la punibilità degli accordi di cartello (anche se non remunerativi) nonché la legittimità del metodo applicato dalla COMCO per decidere l'entità della sanzione. Il TAF ha ridotto le sanzioni alla luce di un apprezzamento della fattispecie parzialmente divergente dalle allegazioni della COMCO. Un'impresa di costruzioni ha impugnato la sentenza del TAF presso il TF.

Il 22 novembre 2016 la COMCO ha interposto presso il Tribunale cantonale amministrativo tre ricorsi contro la **legge sulle imprese artigianali (LIA)**. Quest'ultima prevedeva una procedura approfondita che risultava onerosa: per una singola registrazione occorreva inoltrare più di dieci documenti. In questo modo per le imprese extracantonali era difficile accedere al mercato ticinese. Con la decisione del 27 febbraio 2018 il Tribunale cantonale amministrativo ha accolto i ricorsi della COMCO, ritenendo che i requisiti LIA fossero una restrizione del libero accesso al mercato e infrangessero la legge federale sul mercato interno (LMI). L'11 ottobre 2018 il TF ha deciso di non entrare nel merito di alcuni ricorsi interposti da associazioni di categoria e imprese artigianali ticinesi, adducendo la mancanza di legittimazione al ricorso. Di conseguenza le decisioni del Tribunale cantonale amministrativo sono passate in giudicato.

Anche altre decisioni del TAF hanno riguardato il settore della **costruzione strade e del genio civile nel Cantone di Argovia**. Dopo la conclusione, il 16 dicembre 2018, della procedura principale concernente gli accordi di appalto, e la pubblicazione della decisione di sanzione, i servizi di aggiudicazione del Cantone di Argovia hanno presentato due **richieste di consultazione** del testo integrale della decisione della COMCO e dei relativi atti. Dopo una temporanea sospensione del procedimento, la COMCO, con la decisione dell'11 dicembre 2017, ha parzialmente approvato le richieste di consultazione: l'accesso ai documenti e alle informazioni sarebbe stato consentito in misura limitata. Contro questa decisione sono stati presentati alcuni ricorsi. Il 23 ottobre 2018 il TAF ha emesso tre sentenze di approvazione dei ricorsi. La sua diversa valutazione si basa su un'interpretazione più restrittiva dell'articolo 19 capoverso 1 lettera a della legge sulla protezione dei dati (LPD). Ai sensi di questo articolo, i dati possono essere comunicati soltanto se sono indispensabili al destinatario per l'adempimento del suo compito legale. Secondo il TAF l'indispensabilità sussiste soltanto se (prima condizione) è stata emessa una decisione di sanzione giuridicamente vincolante che (seconda condizione) accerta una violazione della normativa antitrust. La COMCO riteneva invece che non fosse necessario attendere il passaggio in giudicato. Contro due delle tre decisioni del TAF il DEFR e la COMCO hanno presentato ricorso al TF. La sentenza di quest'ultimo costituirà un precedente giurisprudenziale per il trattamento di diverse richieste di consultazione pendenti presso la COMCO.

Da ultimo, in vari procedimenti sono state pronunciate importanti **sentenze relative alla pubblicazione di decisioni** della COMCO, la maggior parte delle quali è stata giudicata legittima dai tribunali (v. capitoli 3.3.2, 3.3.4 e 3.4.4).

3 Attività nei vari ambiti economici

3.1 Costruzione

3.1.1 Accordi di appalto

Nel 2017 la COMCO ha pronunciato diverse decisioni relative ad **accordi di appalto nel Cantone dei Grigioni**. All'origine di queste decisioni c'è un'inchiesta – avviata il 30 ottobre 2012 con delle perquisizioni nella Bassa Engadina – nei confronti di diverse imprese attive nel settore della costruzione, dell'ingegneria civile, della pavimentazione stradale e sui mercati a monte. Nell'aprile 2013 la Segreteria ha esteso l'inchiesta a tutto il Cantone dei Grigioni e ad altre aziende, per poi includerne altre ancora nel novembre 2015. In quel periodo l'inchiesta è stata suddivisa in dieci parti per ragioni di economia processuale.

La prima inchiesta si è conclusa con la decisione del 10 luglio 2017. Ha accertato con forza di giudicato che alcune imprese edili e di ingegneria civile della **Val Monastero (GR)** tra il 2004 e il 2012 si sono accordate in merito a più di cento gare d'appalto (v. rapporto annuale 2017); il 17 settembre 2018 la COMCO ha emesso una decisione separata su una richiesta di consultazione della documentazione integrale da parte del Cantone dei Grigioni. La decisione è stata impugnata presso il TAF ed è tuttora pendente. Il 2 ottobre 2017 la COMCO ha pronunciato **sei ulteriori decisioni** su accordi di appalto nel settore grigionese dell'edilizia e del genio civile. Gli accordi concernevano singoli appalti in Engadina. Due di queste decisioni sono passate in giudicato, le altre quattro sono pendenti presso il TAF. Nel 2018 la COMCO ha terminato l'ottava inchiesta con la decisione «**Engadina I**» (v. capitolo 2.1). Tre imprese hanno impugnato la decisione presso il TAF.

Le ultime due decisioni sono previste per l'estate 2019. Una delle inchieste, inerente all'edilizia e al genio civile, è di minore entità, e porterà ad una decisione analoga a quelle del 2 ottobre 2017. L'altra, di maggiore rilievo, concerne la **costruzione strade** e l'intero Cantone dei Grigioni. La conclusione dell'inchiesta è stata ritardata perché una decisione intermedia – pendente presso il TAF da maggio 2016 – riguardava la possibilità (sotto il profilo giuridico) di sentire in qualità di testimone un ex dipendente di una parte processuale. La decisione del TAF, di settembre 2018, ha permesso di concludere l'inchiesta.

In una decisione dell'8 luglio 2016, la COMCO ha stabilito che tra il 2002 e il 2009 otto imprese di costruzione stradale e ingegneria civile dei distretti di **See-Gaster (SG)** e **March und Höfe (SZ)** si sono accordate illecitamente sui prezzi e l'aggiudicazione di diverse centinaia di gare d'appalto. Alcune imprese hanno impugnato la decisione presso il TAF e il ricorso è tuttora pendente. Qualche impresa riteneva inoltre che la decisione della COMCO non potesse essere pubblicata. Una delle parti interessate ha interposto ricorso contro due decisioni di pubblicazione emanate dalla COMCO il 30 ottobre 2017; ciò ha portato a diverse decisioni intermedie da parte del TAF e del TF, sostanzialmente favorevoli alla decisione della COMCO. Di conseguenza è stato possibile pubblicare a titolo provvisorio. Una decisione definitiva non è ancora stata pronunciata.

In merito ai casi relativi alla **costruzione strade e all'ingegneria civile nel Cantone di Argovia**, quattro delle parti interessate hanno presentato ricorso contro la decisione della COMCO del 16 dicembre 2011. Il TAF ha in buona parte confermato la decisione della COMCO (v. capitolo 2.1). Sulla stessa questione, l'11 dicembre 2017 la COMCO ha deciso in merito a due **domande** presentate da servizi di aggiudicazione del Cantone di Argovia, relative alla **consultazione** del testo integrale della decisione e degli atti pertinenti. La COMCO ha concesso un accesso limitato, e contro questa decisione sono stati presentati alcuni ricorsi al TAF, che nell'ottobre 2018 li ha accolti; successivamente il DEFR e la COMCO hanno impugnato presso il TF due delle tre relative decisioni (v. capitolo 2.1).

In cinque Cantoni della Svizzera romanda e in Ticino la Segreteria ha condotto campagne di sensibilizzazione sugli accordi di appalto e la normativa in materia di mercato interno (v. capitolo 5.2).

3.1.2 Materiali edili e discariche

Nel settore dei **materiali edili e delle discariche** il 12 gennaio 2015 la Segreteria ha avviato un'inchiesta nei confronti di diverse imprese nel Cantone di Berna ed effettuato perquisizioni. Le imprese sotto inchiesta sono sospettate di aver concluso accordi sui prezzi, sulle quantità e sulla ripartizione per zone. Sussistono inoltre indizi di abuso di posizione dominante sul mercato: avrebbero rifiutato di intrattenere rapporti commerciali con terzi, discriminato partner commerciali e condizionato la stipulazione di contratti all'accettazione di prestazioni aggiuntive. Il 19 maggio 2015 un'altra società è stata coinvolta nell'inchiesta. Bisognerà inoltre chiarire se sono state pattuite altre limitazioni illecite della concorrenza.

Per ragioni di economia processuale nel novembre 2016 l'inchiesta nel settore materiali edili e discariche è stata suddivisa in due parti: «**Impianti KTB**» e «**Materiali edili e discariche a Berna (KAGA)**». L'inchiesta «Impianti KTB» riguardava accordi di prezzo e territoriali nell'area di Berna nonché l'abuso di una posizione dominante collettiva sul mercato: le imprese coinvolte avrebbero impedito a soggetti terzi di accedere al mercato imponendo delle condizioni speciali. Per entrambe le inchieste le **indagini** sono terminate nel 2017. L'inchiesta minore («Impianti KTB») si è conclusa con la decisione della COMCO del 10 dicembre 2018 (v. capitolo 2.1).

3.1.3 Altri ambiti

Nel febbraio 2017 la Segreteria ha avviato un'inchiesta **preliminare** nei confronti della Società svizzera degli ingegneri e degli architetti (SIA) e i suoi membri; nel settembre dello stesso anno le ha comunicato la sua valutazione nell'ottica della legislazione sui cartelli. L'inchiesta verteva sulle formule per il calcolo degli onorari di architetti e ingegneri, le direttive concernenti il calcolo degli onorari (nel caso di mandati assegnati mediante gara d'appalto) e lo statuto «Onorari equi per prestazioni professionali». Nel 2018 la Segreteria e la SIA hanno discusso proposte di modifica della prassi che tengono conto dei criteri antitrust. Alla luce di queste proposte la SIA ha elaborato una prima versione di alcuni regolamenti relativi a prestazioni e onorari; altri regolamenti sono stati revocati. La SIA sta lavorando a una soluzione a lungo termine.

3.2 Servizi

3.2.1 Servizi finanziari

Nel settore dei **servizi finanziari** proseguono le inchieste in corso (procedimento IBOR, «Forex», metalli preziosi e leasing), e le relative decisioni sono attese per il 2019. L'inchiesta sui corsi di cambio («Forex») ha portato la Segreteria e un membro della presidenza a emanare una decisione relativa alla pubblicazione della cifra d'affari per il calcolo della sanzione. Il ricorso contro questa decisione è stato respinto dal TAF.

L'inchiesta più recente della COMCO nei confronti di diversi istituti finanziari svizzeri concerne un probabile **boicottaggio delle soluzioni di pagamento mobile di fornitori internazionali** (come Apple Pay e Samsung Pay). L'inchiesta dovrà chiarire se vari istituti finanziari svizzeri abbiano concluso un accordo per non supportare soluzioni di pagamento mobile di fornitori internazionali come Apple Pay e Samsung Pay. Esiste infatti il sospetto che vari istituti finanziari svizzeri si siano concordati per non permettere l'uso delle loro carte di credito per i sistemi di Apple Pay e Samsung Pay, e favorire così la soluzione svizzera TWINT.

Nel quadro di un'inchiesta preliminare la Segreteria si accorda con **Apple** per una soluzione **TWINT** che favorisca la concorrenza e ha perciò abbandonato l'inchiesta nei confronti di questa società. L'inchiesta preliminare riguardava Apple Pay, una soluzione di pagamento mobile per i dispositivi Apple. Questi ultimi e le applicazioni sono configurati in modo che Apple Pay si avvia automaticamente quando il dispositivo Apple viene avvicinato a un terminale di pagamento. Visto che per pagare con TWINT il cliente scannerizza con il suo cellulare il codice QR sul display del terminale di pagamento, è possibile che Apple Pay si attivi automaticamente e interrompa il pagamento con TWINT. Apple si è impegnata nei confronti della Segreteria a mettere da subito a disposizione di TWINT una tecnologia che impedisca l'avvio automatico di Apple Pay durante il processo di pagamento.

3.2.2 Sistema sanitario

La **Hirslanden SA** e la clinica Stephanshorn hanno chiesto che nel quadro della pianificazione ospedaliera del Cantone di San Gallo fossero adottate misure cautelari per la durata di un'inchiesta relativa all'abuso di posizione dominante. In relazione alla fornitura di alcune categorie di prestazioni, il Consiglio di Stato del Cantone di San Gallo avrebbe dovuto inserire la clinica Stephanshorn nell'elenco di ospedali che praticano cure somatiche acute. La domanda è stata respinta perché le condizioni per una misura cautelare non erano soddisfatte. In particolare mancava una prognosi favorevole sugli effetti della decisione e non sussisteva un pregiudizio difficilmente riparabile.

L'**Ospedale St. Clara** di Basilea e l'**Ospedale universitario** della stessa città intendono creare nell'ambito della chirurgia addominale e della gastroenterologia un centro medico comune («Clarunis»), che permetta loro l'assunzione congiunta del personale altamente specializzato richiesto in questo settore. Insieme si prefiggono di fornire prestazioni generiche, specialistiche o altamente specialistiche, e contribuire alla didattica e alla ricerca universi-

tarie. I due ospedali hanno inoltrato un annuncio nella procedura di opposizione secondo l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart. Anche se la presa a carico dei pazienti in un settore della chirurgia altamente specializzata potrebbe risultare problematica (visto l'elevato grado di specializzazione) le autorità in materia di concorrenza non hanno avviato alcuna procedura, perché nel settore della chirurgia addominale altamente specializzata la ripartizione dei pazienti è la conseguenza del processo di concentrazione in atto a livello nazionale.

Nel quadro di una procedura di opposizione diversi assicuratori malattia hanno comunicato l'intenzione di creare una **convenzione settoriale «Intermediari esterni»** con l'obiettivo di migliorare la qualità della consulenza e delle stipulazioni, di contenere gli onorari degli intermediari esterni e impedire la promozione telefonica (conforme all'articolo 19 capoverso 3 della legge sulla vigilanza sull'assicurazione malattie [LVAMa] e all'articolo 31a della legge sulla sorveglianza degli assicuratori [LSA]). In questo caso si trattava principalmente di stabilire eventuali relazioni con altre prescrizioni legali ai sensi dell'articolo 3 LCart. Inoltre si poneva la questione relativa alla ricevibilità dell'annuncio, visto che sono già in vigore accordi simili. I requisiti di formazione degli intermediari esterni e l'ammontare dell'indennità secondo la legge sul contratto d'assicurazione (LCA) potrebbero risultare problematici. Questi aspetti sono stati segnalati agli assicuratori, ma senza avviare una procedura.

Tre casi riguardavano il mercato delle **prestazioni Spitex** nei Cantoni di Basilea Città, Friburgo e Turgovia, e toccavano problematiche simili: da un lato, l'ente pubblico sceglie le imprese mandatarie senza indire una gara d'appalto; dall'altro, imprese private ricorrono perché ritengono di essere discriminate da Comuni e Cantoni. In particolare si tratta di controversie relative al sistema delle sovvenzioni erogate per prestazioni di utilità pubblica, che sembrerebbe favorire gli operatori Spitex beneficiari. Sono ancora in corso approfondimenti da parte delle autorità in materia di concorrenza.

Nel corso dell'anno alla Segreteria sono giunte numerose richieste di chiarimento concernenti il settore sanitario. Alcune di queste richieste hanno dato l'avvio a procedure di osservazione del mercato che non si sono ancora concluse.

Da ultimo, la Segreteria ha partecipato a circa cento procedure di consultazione, principalmente riguardo a interventi parlamentari concernenti il settore delle assicurazioni sociali e i mercati della salute. Nel quadro di queste attività di «advocacy» sono stati emessi numerosi preavvisi ad uso delle diverse autorità federali competenti.

Con la decisione del 2 novembre 2009 sui **farmaci «fuori lista»** la COMCO ha stabilito che le raccomandazioni di prezzo definite dai produttori di farmaci contro la disfunzione erettile sono illecite in quanto accordi verticali hard core, e sanzionato le società farmaceutiche coinvolte. Il TAF ha accolto il ricorso presentato contro la decisione, e la COMCO ha a sua volta impugnato questa sentenza presso il TF. Il TF ha seguito le motivazioni della COMCO e il 12 febbraio 2015 ha rinviato la decisione al TAF. Nelle sue cinque sentenze del 19 dicembre 2017 il TAF ha concluso che le raccomandazioni di prezzo non hanno limi-

tato la concorrenza. Trattandosi di raccomandazioni relative al prezzo massimo avrebbero semmai impedito la determinazione di prezzi troppo elevati. Le sanzioni nei confronti dei fabbricanti di farmaci contro l'impotenza sono state revocate. A fine gennaio 2018 le sentenze sono state impugnate presso il TF dal DEFR e dalla COMCO.

3.2.3 Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali

Nel 2018 sono state avviate due inchieste nel settore delle professioni liberali e dei relativi servizi, effettuando delle perquisizioni. Un'inchiesta riguarda la fornitura di **installazioni e servizi elettrici a Ginevra**. Presso diverse società si sono svolte numerose audizioni a titolo preliminare. Attualmente è in corso l'analisi dei dati requisiti, per valutare se le società coinvolte abbiano concordato prezzi nel quadro di gare d'appalto private e pubbliche, nel settore delle installazioni e dei servizi elettrici.

Il 5 marzo 2018 le autorità in materia di concorrenza hanno avviato un'inchiesta nei confronti dell'associazione dei **maestri conducenti dell'Alto Vallese** e dei suoi membri attivi, svolgendo perquisizioni. Al centro dell'inchiesta ci sono indizi di accordi sui prezzi conclusi nell'Alto Vallese dai membri dell'associazione, in merito a lezioni di guida e corsi teorici. Sulla base di questi indizi e della documentazione sequestrata durante le perquisizioni la COMCO sta verificando se l'associazione dei maestri conducenti dell'Alto Vallese e i suoi membri attivi abbiano effettivamente concluso accordi illeciti. La decisione della COMCO è prevista per l'inizio del 2019.

Altri temi trattati: manutenzione ascensori, scuole di sci e mercato dei servizi taxi.

3.3 Infrastruttura

3.3.1 Telecomunicazione

L'11 dicembre 2017, nel quadro dell'inchiesta **Supermedia** la COMCO ha inflitto a Naxoo una multa di circa 3,6 milioni di franchi per aver abusato di una posizione dominante sul mercato dei collegamenti via cavo, soprattutto nella città di Ginevra, imposto condizioni commerciali inadeguate nei contratti con i proprietari di immobili e ostacolato altri operatori. Naxoo ha impugnato la decisione.

Inoltre prosegue l'inchiesta preliminare concernente la **connessione a banda larga di siti industriali (connessione WAN)**.

3.3.2 Media

Il 29 gennaio 2018 il TF ha respinto il ricorso presentato da Les éditions des 5 frontières SA contro la decisione del TAF del 25 aprile 2017, che prevedeva la pubblicazione della decisione in materia di **prezzi dei libri sul mercato romando (marché du livre en français)** nell'organo della COMCO (DPC/RPW). Les éditions des 5 frontières SA chiedeva di omettere dal testo della decisione le parti relative alle sedi e all'organizzazione interna della società, come pure i dati relativi agli accordi presi.

Prosegue l'inchiesta avviata nel maggio 2017 dalla COMCO nei confronti di UPC Svizzera Sagl per indizi di abuso di posizione dominante sul mercato della trasmissione di incontri di **hockey su ghiaccio su canali della**

TV a pagamento. Nell'estate del 2016 UPC aveva acquistato dalla Swiss Ice Hockey Federation i diritti relativi alla trasmissione degli incontri del maggiore campionato svizzero di hockey su ghiaccio (per cinque anni a decorrere dalla stagione 2017/2018). L'inchiesta è volta principalmente a stabilire se UPC impedisca ingiustificatamente alla concorrenza – soprattutto a quella che non opera sulla rete via cavo – di trasmettere gli incontri in questione.

Dopo esami approfonditi, la COMCO ha approvato tre concentrazioni di imprese: **AZ Medien/NZZ, Tamedia/Goldbach** e **Tamedia/Basler Zeitung** (v. capitolo 2.1.).

Inoltre la COMCO ha valutato i progetti relativi alla fusione di SDA/Keystone (per creare un'agenzia generale in Svizzera) nonché Tamedia/AXA/JV (per formare una società di commercio online di auto usate). Dopo un esame preliminare queste concentrazioni hanno ottenuto l'approvazione della COMCO.

3.3.3 Energia

Nel settore **gas** la Segreteria ha proseguito due inchieste preliminari. In un caso si tratta di diverse pratiche, messe in atto da un gestore locale della rete di distribuzione del gas naturale, che potrebbero causare disparità – tra clienti finali propri e clienti finali di fornitori terzi – in relazione alla fatturazione dei costi di utilizzo della rete. In un altro, del rifiuto da parte di un gestore della rete di distribuzione del gas naturale di distribuire gas acquistato da terzi. Entrambe le inchieste preliminari si prefiggono di verificare la presenza di eventuali indizi di abusi ai sensi dell'articolo 7 LCart.

Inoltre la Segreteria e la COMCO sono state più volte consultate per un preavviso nel quadro di consultazioni di uffici rispettivamente di procedure di consultazione inerenti al settore dell'**energia elettrica**.

3.3.4 Altri ambiti

Presso il TAF rimane pendente la procedura di ricorso relativa al **trasporto aereo**. La decisione impugnata, del 2 dicembre 2013, stabilisce che undici compagnie aeree hanno concluso accordi verticali di prezzo, infliggendo loro una sanzione di ca. 11 milioni di franchi. Restava inoltre decidere se e in quale misura pubblicare la decisione in questione: i nove ricorsi presentati riguardo ai contenuti pubblicabili sono stati parzialmente accolti dal TAF il 30 ottobre 2017. Dopo il rinvio alla COMCO, quest'ultima ha deciso la pubblicazione di una versione riveduta. Anche contro questa decisione può essere interposto ricorso.

La Posta ha inoltrato un ricorso al TAF contro la decisione della COMCO del 30 ottobre 2017 relativa al **sistema di prezzi per l'invio di lettere nel settore dei clienti aziendali**. L'inchiesta nei confronti della Posta era terminata con una sanzione di ca. 22,6 milioni di franchi per abuso di posizione dominante sul mercato.

Nel settore degli invii postali la COMCO ha esaminato il progetto di concentrazione **TNT Swiss Post/FedEx Express**. Si trattava dell'acquisizione di FedEx Express da parte TNT Swiss Post. Dopo un esame preliminare la COMCO ha approvato il progetto.

3.4 Produzione

3.4.1 Accordi verticali

Il 9 aprile 2018 la COMCO ha integrato le note esplicative relative alla Comunicazione sugli accordi verticali (ComVet) con la sentenza guida della Corte di giustizia dell'UE (CGUE) inerente al **divieto di vendita mediante piattaforme di soggetti terzi** (caso Coty). In precedenza la ComVet non si esprimeva in merito a divieti concernenti l'uso di piattaforme terze o limitazioni della vendita sui mercati elettronici, considerato che in questa materia non esisteva una prassi consolidata. Le note esplicative stabiliscono ora che un divieto di commercializzazione mediante piattaforme terze come quello esaminato dalla CGUE non costituisce una grave limitazione della concorrenza. La COMCO dimostra così di saper recepire opportunamente le disposizioni adottate a livello europeo.

Come già nel 2017, anche nel 2018 in relazione all'iniziativa popolare federale «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi» (**Iniziativa per prezzi equi**) la Segreteria si è occupata di casi noti al pubblico di prezzi eccessivi per prodotti importati. Per la maggior parte si trattava di clienti svizzeri che si sono rivolti direttamente a produttori esteri per una fornitura e questi ultimi li hanno indirizzati al loro importatore generale oppure alla loro succursale o filiale in Svizzera. Queste pratiche non equivalgono però ad accordi illeciti di protezione territoriale. Due casi, sottoposti da un'associazione alla Segreteria su sua richiesta, presentavano indizi di possibili accordi illeciti ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart, che però non sono stati confermati dagli approfondimenti successivi. Tenuto conto dell'attuale quadro giuridico, la Segreteria raccomanda di rivolgersi a commercianti esteri indipendenti dal produttore, e di contattare la Segreteria se si verificano problemi di importazione riconducibili a un accordo di non concorrenza.

Sempre in relazione al tema «**Isola dei prezzi elevati**», la Segreteria ha svolto più di venti osservazioni del mercato per sospetti accordi sui prezzi, isolamento del mercato e/o impedimento del commercio online. In alcuni casi, ai fini di una maggiore chiarezza e per evitare malintesi, sono stati raccomandati e attuati correttivi. Singole osservazioni del mercato riguardavano possibili divieti di esportazione all'esterno dello Spazio economico europeo (SEE), o di importazione da Paesi non facenti parte del SEE, previsti in contratti di distribuzione. Secondo la giurisprudenza del TF nel caso Gaba/Elmex e del TAF nel caso Nikon, questi divieti sono illeciti se non sono giustificati da motivi di efficienza economica. Perciò la Segreteria ha approfondito soprattutto la questione relativa al senso e allo scopo di dette clausole contrattuali, e ha informato gli offerenti esteri sulla situazione giuridica in Svizzera. Per ragioni di proporzionalità non è stata avviata alcuna procedura.

3.4.2 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

Il 9 aprile 2018 si è conclusa con una conciliazione e una multa l'inchiesta della COMCO nei confronti della Sagl tedesca **RIMOWA** (v. capitolo 2.1).

Il 18 maggio 2018, in occasione della deliberazione pubblica della sentenza sul caso **Altimum SA**, il TF ha concluso che la Altimum SA ha violato la legge sui cartelli

prescrivendo ai propri rivenditori prezzi di vendita minimi per attrezzature di alpinismo (v. capitolo 2.2), confermando così la decisione della COMCO del 20 agosto 2012.

Il 22 ottobre la COMCO ha avviato un'inchiesta nei confronti di **Stöckli Swiss Sports SA**. L'inchiesta mira principalmente ad accertare se questa società ha concluso accordi verticali illeciti sui prezzi con i suoi distributori e se ha vietato la vendita online dei suoi prodotti nonché le forniture trasversali tra distributori. L'inchiesta valuterà se si tratta effettivamente di accordi illeciti ai sensi dell'articolo 5 LCart.

3.4.3 Industria orologiera

Nell'agosto 2018 si è conclusa l'inchiesta preliminare, concernente l'**assistenza post-vendita**, nei confronti di diversi fabbricanti di orologi. Scopo principale dell'inchiesta era stabilire se il rifiuto di fornire parti di ricambio a orologiai indipendenti fosse problematico sotto il profilo della normativa antitrust. Un elemento centrale di valutazione è stata un'analoga procedura in corso nell'Unione europea (UE), riguardante i medesimi fabbricanti. Secondo la Commissione UE questi sistemi di assistenza post-vendita non derivano da accordi illeciti e/o abusi di posizioni dominanti sul mercato. Non essendo emerso dalle indagini alcun elemento diverso da quelli rilevati dall'UE, la Segreteria non ha avviato un'inchiesta.

Il 13 novembre 2018 in base all'articolo 30 capoverso 3 LCart è stata aperta una procedura sul caso **cessazione di forniture del gruppo Swatch**. Si tratta della conciliazione del 21 ottobre 2013: ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, filiale del gruppo Swatch, è autorizzata a ridurre progressivamente le forniture di componenti ai loro attuali clienti, e queste ultime possono cessare del tutto dopo il 31 dicembre 2019. La procedura è stata aperta per verificare se dopo il 2020 le fonti di rifornimento alternative riusciranno effettivamente a coprire il fabbisogno di componenti. Allo stato attuale non si può valutare se sia necessario revocare o modificare la decisione in esame: bisogna attendere l'analisi delle attuali condizioni di mercato e della concorrenza che verrà svolta nel quadro della procedura avviata.

3.4.4 Settore automobilistico

Il 3 maggio 2018, nel quadro della procedura **Incontri regionali (Stammtische) dell'Associazione degli agenti del gruppo Volkswagen (VPVW)/progetto Repo 2013**, il TAF ha emanato due sentenze. Due parti interessate avevano impugnato la decisione della COMCO del 6 giugno 2016 **che approvava la conciliazione con AMAG**. Il TAF ha ritenuto che non fossero legittimate a ricorrere contro la decisione della COMCO, e per questa ragione non è entrato nel merito del ricorso. Nell'ambito della medesima procedura, con due sentenze del 3 rispettivamente 22 maggio 2018 il TAF ha respinto due ricorsi contro la **decisione di pubblicazione** presa dalla COMCO il 20 giugno 2016. Il TAF ha concluso che i contenuti delle omissioni richieste dalle ricorrenti non erano qualificabili come segreti d'affari. In questo contesto il TAF si è rifatto alla sentenza del TF sul caso Nikon, rilevando l'impossibilità di tutelare la riservatezza in presenza di violazioni delle norme antitrust. I fatti che provano tali violazioni non possono essere segreti.

Il 26 giugno 2018 la COMCO ha avviato un'inchiesta nei confronti di AMAG Automobili e motori SA e altri commercianti di autoveicoli del gruppo VW in Ticino («**Concessionari Volkswagen**»). L'inchiesta si fonda su indizi di accordi di appalto nel quadro di gare pubbliche per la fornitura di autoveicoli e veicoli commerciali in Ticino. I rivenditori in questione avrebbero concordato le loro offerte al Cantone e a Comuni ticinesi. L'inchiesta deve stabilire se sono stati effettivamente stipulati accordi illeciti.

Nell'ottobre 2018 la Segreteria ha comunicato al pubblico di aver concluso l'inchiesta preliminare sulla **rete di distribuzione AMAG**. Dall'inchiesta preliminare è emerso che i partner di servizio AMAG sono favoriti se sono anche partner commerciali. Si tratta però di una prassi in contrasto con la Comunicazione della COMCO sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (ComVert). Perciò la Segreteria ha raccomandato ad AMAG di collaborare in futuro anche con i partner di servizio che non operano nella distribuzione. In merito alla questione della discriminazione dei partner commerciali indipendenti rispetto ai rivenditori del gruppo, la Segreteria è stata informata del fatto che dal 1° gennaio 2018 il gruppo AMAG gestisce separatamente importazione e vendita (si tratta ora di due persone giuridiche distinte) e che i rivenditori indipendenti beneficiano dello stesso trattamento di quelli del gruppo. Inoltre AMAG ha annunciato numerose disdette di contratti di vendita e di servizi, che tuttavia non sarebbero in contrasto con i principi della ComVert in questa materia. Se AMAG si atterrà alle raccomandazioni suddette la Segreteria non avvierà alcuna inchiesta.

Nel settore automobilistico la Segreteria ha effettuato diverse osservazioni di mercato: oltre ad AMAG anche altri importatori generali di autoveicoli nuovi della Svizzera hanno comunicato numerose **disdette di contratti di vendita e di servizi**. La Segreteria le ha esaminate sulla base delle lamentele giunte da partner commerciali e partner di servizi. Tutte le disdette rispettavano le disposizioni contenute nella ComVert in relazione allo scioglimento di contratti.

La Segreteria si è occupata anche delle notifiche inoltrate da clienti finali, inerenti alla **limitazione della garanzia del fabbricante** se gli autoveicoli giungono in Svizzera tramite importazioni dirette o parallele. La Segreteria ha sottoposto ai fabbricanti e agli importatori interessati i reclami dei clienti, richiamandosi alla ComVert. Dagli approfondimenti non è però emerso alcun indizio di infrazioni della normativa antitrust.

Una notifica di un cliente finale riguardava la **limitazione delle forniture effettuate da un rivenditore estero di automobili** in Svizzera. Sulla base degli accertamenti svolti la Segreteria ha potuto stabilire che il rivenditore suddetto non poteva consegnare vetture in Svizzera a causa di disposizioni del fabbricante relative alla prima immatricolazione. Queste ultime avrebbero potuto essere un indizio di accordi illeciti di protezione territoriale. Tuttavia attualmente i clienti finali e/o i distributori possono utilizzare diversi canali per importare comunque autoveicoli in Svizzera – direttamente o tramite rivenditori – e approfittare così di prezzi esteri più convenienti. Alla luce di

questa situazione e per ragioni di proporzionalità, la Segreteria non ha aperto alcuna procedura.

Inoltre la Segreteria si è occupata delle lamentele avanzate da rivenditori e officine di riparazione, riguardo alla **limitazione della vendita di parti di ricambio a officine indipendenti**. La Segreteria ha ricordato ai fabbricanti e agli importatori di automobili menzionati nei reclami i principi contenuti nella ComVert, chiedendo loro di prendere posizione. Dalle indagini non è emerso alcun indizio di accordi di non concorrenza illeciti.

Da ultimo la Segreteria ha risposto a svariate domande giunte da rivenditori e meccanici, come pure da clienti finali, in merito ad esempio al rifiuto del fabbricante di fornire prestazioni in garanzia, a disdette di contratti di vendita o di servizio, ai requisiti per l'ammissione alla rete di distribuzione e servizi, agli ostacoli alle importazioni parallele o dirette e all'**accessibilità delle informazioni tecniche** di diversi fabbricanti e/o marche di automobili. La Segreteria ha risposto a queste domande basandosi sulle disposizioni della ComVert e sui relativi opuscoli esplicativi.

3.4.5 Agricoltura

La Segreteria ha partecipato a ca. 40 consultazioni di uffici in relazione a tematiche agricole, in particolare nel quadro di modifiche di ordinanze, interventi parlamentari e aggiornamento della politica agricola. In questi contesti si è espressa più volte in favore dello smantellamento delle protezioni doganali. Inoltre in diversi casi le richieste indirizzate alla Segreteria in merito a questioni agricole hanno portato a colloqui, consulenze e osservazioni del mercato.

3.4.6 Altri ambiti

Il 29 gennaio 2018 si è conclusa con delle conciliazioni e una multa di circa 610 000 franchi l'inchiesta nei confronti di Bucher SA Langenthal e Husqvarna Svizzera SA sulla **benzina alchilata** (v. capitolo 2.1).

3.5 Mercato interno

La legge federale sul mercato interno (LMI) garantisce la libera circolazione intercantionale e lo svolgimento di gare pubbliche per le concessioni e gli appalti cantonali.

Il caso più importante nel settore del mercato interno riguardava la **legge ticinese sulle imprese artigianali (LIA)**. Il Tribunale amministrativo del Cantone Ticino ha accolto i ricorsi della COMCO (v. capitolo 2.2): ora le aziende artigianali di altri Cantoni possono in virtù della LIM inoltrare le loro richieste di accesso al mercato ticinese senza dover procedere ad alcuna registrazione (come invece prevedeva la LIA). Per questioni concernenti la LIA più di 50 aziende di altri Cantoni si sono rivolte alla COMCO, che ha provveduto a informare sulla situazione giuridica in corso, anche pubblicando domande e risposte sul proprio sito Internet. La COMCO è rimasta in contatto con le autorità ticinesi e ha contribuito ad una rapida applicazione delle sentenze. Il 6 novembre 2018 il Parlamento ticinese ha deciso di abrogare la LIA.

Il 12 ottobre 2018 il TF ha emesso una sentenza concernente i servizi di assistenza e cura a domicilio (**Spitex**) di **Aarburg**. Sotto il profilo dei contenuti occorre in particolare chiarire se fosse o meno necessario indire una

gara pubblica d'appalto per assegnare servizi SpiteX ad organizzazioni private. Si trattava di una questione molto dibattuta, sia a livello di prassi sia in ambito saggistico. Il TF ha deciso che l'assegnazione di questo tipo di servizi dovesse essere disciplinata dal diritto in materia di appalti pubblici, ritenendo che il carattere commerciale delle prestazioni fosse prevalente rispetto a quello di utilità pubblica dell'organizzazione offerente. Nell'ambito di questa procedura il TF ha sostanzialmente tenuto conto di un preavviso inoltrato dalla COMCO.

Con sentenza del 22 febbraio 2018 il Tribunale amministrativo del Cantone di San Gallo ha approvato un ricorso della COMCO per un caso concernente il Comune di **Wil**. Quest'ultimo ha attribuito mediante procedura diretta un mandato per un piano di riorganizzazione dell'amministrazione comunale. Il Comune di Wil ha esposto diverse ragioni a sostegno della sua scelta, che però non sono state riconosciute valide dal Tribunale amministrativo cantonale. Se illecita, un'assegnazione mediante procedura diretta costituisce un'infrazione dell'articolo 5 LMI.

La COMCO ha emesso un preavviso nel quadro di una procedura di ricorso presso il TF concernente l'**albergo di lusso ginevrino Metropole**. Il TF deve soprattutto stabilire se per assegnare la gestione dell'albergo a privati occorra una gara pubblica d'appalto. A tale riguardo deve valutare se l'albergo riveste una funzione pubblica, e di conseguenza si tratta di una questione legata al diritto in materia di appalti pubblici (in questo caso sarebbe opportuno ricorrere a una gara pubblica d'appalto); oppure se è un elemento del patrimonio finanziario (e perciò una gara pubblica non sarebbe necessaria). La sentenza del TF è ancora pendente.

Nell'ambito di una procedura di vigilanza del **Cantone di Friburgo** la Segreteria ha emesso un preavviso riguardo all'**aggiudicazione di concessioni per manifesti pubblicitari**. Secondo la LMI il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli comunali si svolge su concorso e senza discriminazioni. Nel 2016 il TF ha stabilito che l'aggiudicazione dell'affissione deve avvenire conformemente a questa disposizione (v. art. 2 cpv. 7 LMI).

In cinque Cantoni romandi e in Ticino la COMCO ha svolto **campagne di sensibilizzazione** concernenti gli accordi di appalto e il diritto in materia di mercato interno. Le campagne, che hanno incontrato l'interesse dal pubblico, erano volte in particolare a migliorare attuazione della normativa.

3.6 Indagini

Nel 2018 in relazione a quattro inchieste il centro di competenza Indagini ha effettuato perquisizioni in tutte e tre le regioni linguistiche. L'anno è iniziato con un'importante operazione nel settore delle installazioni e dei servizi elettrici nel Cantone di Ginevra e si è concluso con una perquisizione presso istituti finanziari svizzeri nel quadro della procedura sul boicottaggio di Apple Pay.

Nel corso delle perquisizioni il Centro di competenza ha requisito quantità importanti di informazioni elettroniche che potrebbero costituire mezzi di prova. In una prima fase si è però dedicato soprattutto alla cernita dei dati e alla conseguente esclusione dei segreti degli avvocati e degli elementi che rientrano nella sfera personale, collaborando con i servizi preposti a queste attività di analisi.

Parallelamente alle perquisizioni e nei giorni seguenti, nel quadro di audizioni a titolo preliminare sono stati sentiti i testimoni e le parti interessate, per definire rapidamente le fattispecie ed evitare collusioni. In un caso particolare, le società coinvolte hanno fatto ricorso a mezzi giuridici per opporsi a queste audizioni, e si sono rivolte al TAF con richieste di provvedimenti superprovvisori. Si tratta di meccanismi che prolungano i tempi procedurali e riducono considerevolmente l'efficacia delle audizioni come strumento investigativo. A questo riguardo, il Centro di competenza ha dovuto affrontare un importante carico lavorativo e presentare una memoria difensiva al TAF per conto della Segreteria della COMCO. Alla fine il TAF ha deciso in favore delle autorità in materia di concorrenza.

3.7 Affari internazionali

UE: l'accordo di cooperazione tra Svizzera e UE in vigore dal 1° dicembre 2014 ha dato buoni risultati. Le autorità in materia di concorrenza si incontrano regolarmente a Berna e Bruxelles. L'Accordo promuove la condivisione di esperienze e permette una stretta collaborazione investigativa e lo scambio di informazioni riservate. Nell'ambito di varie procedure di inchiesta la Segreteria della COMCO ha già contattato il *case team* della direzione generale Concorrenza della Commissione UE per discutere di questioni relative a procedure e valutazioni materiali. In occasione di autodenuce la presa di contatto è volta a chiarire questioni di diritto procedurale e materiale, e necessita del consenso scritto delle società interessate. Se si tratta di procedure relative alla concentrazione di imprese, con notifiche congiunte da parte svizzera ed europea, la Segreteria può invece discutere con la direzione generale Concorrenza anche senza il consenso delle parti. Di regola questi scambi mirano a evitare che le procedure congiunte subiscano inutili contrattempi. In relazione alle osservazioni del mercato e alle inchieste preliminari, i contatti servono a chiarire se anche nell'ottica UE sussistono problemi analoghi concernenti la legislazione antitrust, o a raccogliere informazioni supplementari in relazione a procedure in corso. In generale l'Accordo facilita l'attuazione delle disposizioni antitrust in Svizzera per le fattispecie che sono disciplinate anche dalla normativa europea.

ECN: Un rappresentante della Segreteria ha preso parte alle riunioni del sottogruppo della Rete europea della concorrenza (*European Competition Network*, ECN) che si occupa di servizi bancari e pagamenti, informando i partecipanti sulla conciliazione in corso in Svizzera in merito alla riduzione della commissione d'interscambio.

Germania: All'inizio del 2018 il Consiglio federale ha conferito il mandato negoziale in vista di un accordo bilaterale sulla cooperazione antitrust con la Germania. Prossimamente inizieranno i negoziati: la Germania è il nostro partner commerciale più importante e perciò la COMCO è favorevole all'accordo.

OCSE: Rappresentanti della COMCO e della Segreteria hanno partecipato ai due incontri annuali del Comitato della concorrenza dell'OCSE che si sono svolti a Parigi. Gli incontri vertevano sulla politica della concorrenza nell'ambito dell'economia digitale. In particolare si è discusso di *blockchain*, prezzi personalizzati, commercio elettronico e servizi taxi. Le discussioni si sono dapprima

focalizzate su questioni inerenti alla concorrenza sui mercati della salute, come ad esempio quella del prezzo eccessivo dei medicinali. In occasione dei workshop organizzate dall'OCSE sui temi dell'individuazione dei cartelli e della gestione dei casi più complessi, la COMCO ha presentato i risultati positivi che ha ottenuto utilizzando strumenti statistici (*screening*) per scoprire gli accordi di appalto.

ICN: Nel quadro dell'*International Competition Network* (ICN), le autorità in materia di concorrenza hanno seguito gli sviluppi in atto nell'ambito del diritto sulla concorrenza. Il gruppo di lavoro *Agency Effectiveness* ha pubblicato due nuovi lavori sul processo investigativo e l'equità procedurale. Il gruppo di lavoro sui cartelli ha organizzato diversi seminari a cui ha partecipato anche la Segreteria. Tra i temi trattati quello degli incentivi e disincentivi in relazione alla clemenza. Il capo del centro di competenza Indagini ha inoltre partecipato al workshop del gruppo di competenza sui cartelli che si è tenuto a Tel Aviv intitolato *How To Crack A Cartel Step By Step*. Un altro membro delle Autorità ha seguito il workshop del gruppo di lavoro *Unilateral Conduct* in Sudafrica, nel corso del quale sono stati trattati, tra gli altri, i temi dell'accertamento di una posizione dominante sul mercato, dei prezzi predatori e dei contratti esclusivi. Nel 2018 il gruppo di lavoro *Merger* ha pubblicato una versione aggiornata delle *ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*. Nel 2018 la Segreteria ha risposto a un questionario del gruppo di lavoro sul tema delle fusioni verticali e nel corso dell'anno ha preso parte a diverse conferenze telefoniche. Nel marzo 2018 una delegazione della COMCO ha presenziato alla conferenza annuale dell'ICN a Nuova Dehli. Nel settore ICN *advocacy* il gruppo di lavoro svizzero ha partecipato a teleconferenze su diversi progetti di *advocacy e workshop*. Inoltre ha contribuito a un sondaggio concernente l'esazione di multe e seguito gli sviluppi in atto in relazione all'*advocacy* sui mercati digitali presso diversi Stati membri dell'ICN.

UNCTAD: Nell'ambito della conferenza annuale dell'UNCTAD, il Direttore della Segreteria ha collaborato alla presentazione del rapporto di valutazione del programma di cooperazione COMPAL. Con la fine della la Fase III del programma COMPAL finanziato dalla SECO termina anche l'impegno pluriennale della Segreteria: complessivamente 23 membri delle autorità antitrust di altri Paesi, soprattutto latinoamericani, hanno potuto svolgere uno stage presso la Segreteria.

3.8 Legislazione

Dopo il fallimento della revisione della LCart, nel settembre 2014, la situazione relativa agli **interventi parlamentari** inerenti alla LCart depositati e ancora pendenti è la seguente:

- la procedura inerente all'**iniziativa parlamentare 14.449** «Prezzi all'importazione eccessivi. Abolizione dell'obbligo di acquisto in Svizzera», depositata il 25 settembre 2014 dal Consigliere agli Stati **Altherr** e a cui le Commissioni di entrambi i Consigli hanno dato seguito, è sospesa fino a settembre 2019;
- la **mozione 15.3631** «Rendere più efficace il principio *Cassis de Dijon*», depositata il 18 giugno 2015

dal Consigliere agli Stati **Hess**, in marzo rispettivamente giugno 2018 è stata stralciata dal ruolo per decisione di entrambi i Consigli in virtù di un rapporto del Consiglio federale (17.050);

- la **mozione 16.3902** «Vietare le clausole di parità tariffaria stabilite dalle piattaforme di prenotazione on line a scapito degli albergatori», depositata il 30 settembre 2016 dal consigliere agli Stati **Bischof** è stata accolta da entrambi i Consigli; entro autunno 2019 il DEFR dovrebbe elaborare un progetto da porre in consultazione;
- la **mozione 16.4094** «Migliorare la situazione della PMI nei procedimenti in materia di concorrenza», depositata il 15 dicembre 2016 dal consigliere agli Stati **Fournier**, chiede che vengano stabiliti termini per i tribunali, indennizzate le parti per i ripetibili, alleggerite le sanzioni a carico delle PMI e pubblicate le decisioni soltanto dopo il loro passaggio in giudicato. Dopo l'adozione da parte del Consiglio degli Stati, il 5 marzo 2018 il Consiglio nazionale ha accolto le prime due richieste e respinto le altre due. Il DEFR sta elaborando un progetto da porre in consultazione;
- l'8 marzo 2018 il Consiglio nazionale ha accolto la **mozione 17.3629** «Creazione di uno strumento efficace contro i prezzi sproporzionati delle riviste» depositata il 14 agosto 2017 dalla **Commissione dell'economia e dei tributi CN**; la mozione è ancora pendente presso il Consiglio di Stato;
- l'**interpellanza 17.4151** «Isolamento abusivo del mercato automobilistico svizzero», depositata il 14 dicembre 2017 dal consigliere nazionale **Pfister**, riguardante le importazioni dirette e parallele di autoveicoli, è stata trattata dal Consiglio nazionale il 14 dicembre 2018;
- la **mozione 18.3898** «Garantire l'applicazione della legge sui cartelli nel commercio di autoveicoli», depositata il 27 settembre 2018 dal consigliere nazionale **Pfister** (18.3898) chiede che il Consiglio federale elabori un'ordinanza per la tutela dei consumatori e delle PMI dalle pratiche distorsive della concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli. Il Consiglio federale ha proposto il respingimento della mozione, che però non è ancora stata trattata dai Consigli;
- l'**interpellanza 18.4058** «Accelerare le procedure della COMCO» depositata dal consigliere nazionale **Vogler** il 28 settembre 2018, riguardante la durata della procedura, è stata trattata dal Consiglio nazionale il 14 dicembre 2018;
- la **mozione 18.4183** «Procedure efficaci ed eque nel diritto della concorrenza», depositata il 12 dicembre 2018 dal consigliere nazionale **Nantermod**, che chiede una modifica delle regole procedurali in materia di consultazione degli atti e di assoggettamento agli emolumenti durante l'inchiesta preliminare, non è ancora stata trattata;
- la **mozione 18.4282** «La revisione della legge sui cartelli deve prendere in considerazione criteri sia qualitativi che quantitativi per valutare l'illiceità di un

accordo», depositata il 13 dicembre 2018 dal consigliere agli Stati **Français**, inerente a una modifica dell'articolo 5 LCart, non è ancora stata trattata;

- la **mozione 18.4304** «Inchieste della COMCO. La presunzione d'innocenza deve prevalere», depositata dal consigliere nazionale **Bauer** il 14 dicembre 2018, chiede l'abrogazione dell'articolo 28 LCart, secondo cui all'apertura di un'inchiesta la Segreteria della COMCO comunica sia l'oggetto sia le persone inquisite. La mozione non è ancora stata trattata.

In merito all'iniziativa popolare «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi» (**Iniziativa per prezzi equi**), depositata nel dicembre 2017, il Consiglio federale ha elaborato un controprogetto indiretto che prevede l'introduzione nella LCart di una disposizione in materia di potere di mercato relativo, inerente però soltanto agli ostacoli alle imprese nella concorrenza transfrontaliera. Attualmente il DEFR sta elaborando un rapporto sulla procedura di consultazione, terminata alla fine di novembre 2018, nonché un messaggio relativo all'Iniziativa per prezzi equi e al suo controprogetto indiretto.

In seno all'Amministrazione l'elaborazione e la gestione dei progetti di revisione spettano alla SECO. A queste attività partecipa anche la Segreteria.

4 Organizzazione e statistica

4.1 COMCO e Segreteria

Nel 2018 la **COMCO** ha svolto 14 riunioni plenarie di un giorno o di mezza giornata, decidendo conformemente alla LCart e in applicazione della LMI (per informazioni più dettagliate consultare il capitolo 4.2).

Mutazioni di personale nell'anno in rassegna:

- il 1° gennaio **Andreas Heinemann** ha assunto la carica di Presidente succedendo a Vincent Martenet;
- il 1° gennaio **Danièle Wüthrich-Meyer** ha assunto la carica di vicepresidente;
- il 1° gennaio **Isabel Martínez** è diventata membro della COMCO succedendo a Daniel Lampart;
- il 9 marzo il Consiglio federale ha nominato due nuovi membri: **Clémence Grisel Rapin** e **Nicolas Diebold**, entrati in carica rispettivamente il 1° luglio e il 1° aprile.

Riguardo a posti chiave della Segreteria:

- il 31 luglio, a 67 anni **Rafael Corazza**, direttore della Segreteria, è andato in pensione;
- il 23 maggio il Consiglio federale ha nominato **Patrik Ducrey** alla direzione della Segreteria. Già direttore supplente, è entrato in carica il 1° agosto 2018;
- il 17 settembre la COMCO ha nominato **Andrea Graber Cardinaux** vicedirettrice della Segreteria. È entrata in funzione il 1° ottobre 2018;

- il 1° ottobre **Frank Stüssi** è diventato responsabile della comunicazione; il 14 dicembre il Consiglio federale lo ha promosso da vicedirettore a direttore supplente; entrerà in carica il 1° gennaio 2019.

Rafael Corazza ha diretto la Segreteria per circa 12 anni. Ha studiato presso le Università di San Gallo (HSG) e Madrid. Nel 1976 si è laureato in economia all'HSG dove nel 1985 ha conseguito il dottorato di ricerca. Ha svolto un periodo di pratica nel settore privato ed è stato assistente nel gruppo di ricerca per l'economia nazionale dell'HSG. Nel corso dei suoi studi ha lavorato anche come consulente privato. Nel 1984 Rafael Corazza è entrato al servizio della Confederazione in qualità di Segretario della Commissione dei cartelli. Dal 1987 al 2006 è stato vicedirettore, amministratore e sostituto del Sorvegliante dei prezzi. Il 9 giugno 2006 il Consiglio federale lo ha nominato direttore della Segreteria, carica che ha assunto a partire dal 1° ottobre 2006.

Durante il mandato di Rafael Corazza, la COMCO ha preso una serie di decisioni guida. Il periodo di tempo in questione è stato caratterizzato da numerosi importanti progetti e avvenimenti. Inoltre Rafael Corazza è stato membro di diverse commissioni di esperti. Vanno ricordati soprattutto due progetti: la valutazione della LCart e lo screening per l'identificazione statistica degli accordi di non concorrenza.

Nell'inverno 2006/2007 era da poco in carica, quando in virtù dell'articolo 59a della LCart riveduta – secondo cui il Consiglio federale fa valutare l'efficacia delle misure e l'esecuzione della legge, riferisce al Parlamento e formula proposte per il seguito – l'allora capo del DFE (oggi DEFR) Doris Leuthard gli ha attribuito il compito di **valutare la LCart**. Rafael Corazza si è dedicato a questo importante compito collaborando con un gruppo di lavoro che egli stesso dirigeva. I lavori hanno portato all'elaborazione di un rapporto di sintesi basato su 15 rapporti e studi (per un totale di 1000 pagine di documentazione), che analizzava la situazione relativa all'efficacia della LCart, evidenziava le necessità di intervento e si concludeva con una serie di raccomandazioni indirizzate al legislatore, al Consiglio federale e all'Amministrazione (DFE, COMCO e Segreteria).

Alla luce di queste raccomandazioni si è proceduto a riorganizzare la COMCO secondo un modello presidenziale che prevedeva soltanto due unità (presidenza e plenum) invece delle cinque precedenti (presidenza, plenum e tre camere), così da ridurre gli oneri legati alle attività di informazione e alla votazione. Operando con quattro gruppi di lavoro (attività della Commissione, gestione della Segreteria, processi principali e IT) COMCO e Segreteria hanno definito vari interventi di miglioramento concernenti il processo decisionale, l'efficienza e la gestione, nonché la strategia operativa basata su processi e il coordinamento a livello di Commissione e Segreteria.

Le raccomandazioni al legislatore, e all'allora DFE, hanno prodotto un'intensa attività legislativa (con le relative procedure di consultazione). Anche se in Parlamento la revisione non è giunta a termine, i lavori intrapresi hanno stimolato nuove discussioni e alcuni obiettivi della revisione sono stati mantenuti.

Rafael Corazza ha inoltre contribuito allo sviluppo di uno strumento per l'identificazione statistica degli accordi di cartello. La COMCO e la Segreteria ricevono settimanalmente diverse notifiche e denunce riguardo a possibili accordi di non concorrenza, che devono verificare. Tuttavia Corazza si è chiesto se non fosse possibile procedere in modo proattivo – e con finalità preventive – ricorrendo all'analisi statistica dei dati. La lotta agli accordi di prezzo nel settore degli appalti era una priorità per la COMCO già dal 2008. Perciò Rafael Corazza ha avviato il progetto pilota «**Screening**»: si trattava in particolare di mettere a punto un metodo statistico di analisi dei dati relativi alle gare d'appalto, che consentisse di rilevare eventuali anomalie. Alla fine, anche grazie agli sforzi di diversi collaboratori e al coinvolgimento dei Cantoni l'obiettivo è stato raggiunto

Questo tipo di analisi statistica richiede una buona conoscenza della struttura dei mercati e, soprattutto, la disponibilità dei dati relativi alle offerte presentate dalle imprese che partecipano alle gare. In effetti l'accesso a questi dati rappresentava un punto nodale: sulla base di quelli forniti dal Cantone di San Gallo, la Segreteria è riuscita a definire un metodo per identificare le anomalie riconducibili ad accordi di non concorrenza nel quadro delle gare d'appalto. Questo metodo utilizza soprattutto due indicatori statistici: il coefficiente di variazione e la distanza relativa (v. capitolo 5.3).

Nell'aprile del 2013 lo screening e le analisi statistiche dei dati inerenti alle gare sangallesi hanno permesso alla COMCO di avviare un'inchiesta in relazione alla costruzione strade e alle opere di genio civile nella regione di See-Gaster. Nel 2016 l'inchiesta ha accertato l'esistenza di centinaia di accordi sui prezzi (v. capitoli 3.1.1, 5.3 e 5.4), e segnato così una tappa importante riguardo all'uso efficace e proattivo di metodi statistici nelle indagini sugli accordi di cartello. Questo successo investigativo ha risvegliato l'interesse delle autorità in materia di concorrenza di diversi Paesi e dell'OCSE, come pure di importanti servizi di aggiudicazione. In questo modo, e grazie all'impegno instancabile di Rafael Corazza, la Segreteria si è fatta conoscere a livello internazionale nel settore della lotta agli accordi di appalto.

Rafael Corazza ha diretto la Segreteria con entusiasmo e lungimiranza. Ha saputo motivare i suoi collaboratori valorizzandoli. Ha lavorato instancabilmente ma senza alcun protagonismo, tenendo in grande considerazione il contributo degli altri. Si è dedicato esclusivamente ai progetti, al coinvolgimento dei collaboratori e alle attività istituzionali. Nei suoi circa 12 anni di attività, Rafael Corazza ha contribuito in misura essenziale ai successi ottenuti dalle autorità in materia di concorrenza e all'efficacia della LCart: due premesse per un futuro molto promettente. A Rafael Corazza un sentito grazie.

4.2 Statistica

Alla fine del 2018 la **Segreteria** occupava 68 (anno precedente: 72) collaboratori (a tempo pieno e a tempo parziale) con una quota femminile del 39,70 per cento (anno precedente: 43 per cento): in tutto 58,1 equivalenti tempo pieno (ETP; anno precedente: 60,9). Inclusa la direzione, i collaboratori che si dedicano all'attuazione della LCart e della LMI sono 51 (anno precedente: 53), cioè 44,3 ETP

(anno precedente: 46,1). Il servizio Risorse e logistica occupa 12 (anno precedente: 14) collaboratori, che svolgono tutte le attività inerenti agli spazi occupati dalla COMCO; si tratta di 8,8 ETP (anno precedente: 9,8). Inoltre la Segreteria offre 5 posti di stage (come l'anno precedente). I cinque stagisti lavorano a tempo pieno.

La tabella seguente riassume i dati statistici relativi alle attività della COMCO nel 2018:

	2018	2017
Inchieste		
Eseguite nel corso dell'anno	24	30
riprese dall'anno precedente	18	26
avviate ex-novo	6	4
nuove inchieste nate dalla suddivisione di inchieste precedenti	0	0
Decisioni finali	4	12
di cui conciliazioni	2	2
di cui ordini delle autorità	2	4
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	4	11
di cui decisioni parziali	0	0
Decisioni incidentali	0	1
Altre decisioni (pubblicazione, costi, visione degli atti, ecc.)	2	3
Misure cautelari	0	1
Procedure sanzionatorie secondo gli art. 50 e segg. LCart	0	0
Inchieste preliminari		
Eseguite nel corso dell'anno	15	18
di cui riprese dall'anno precedente	10	9
di cui avviate ex-novo	5	9
Concluse	7	7
di cui con apertura di un'inchiesta	2	1
di cui con adeguamento delle attività dell'impresa	3	3
di cui senza seguito	2	3
Altre attività		
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	2	2
Consulenze	21	21
Attività di osservazione del mercato	72	63
Domande LTras	20	9
Altre richieste evase	581	635
Concentrazioni		
Annunci	34	32
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	27	27
Esami	3	3
Decisioni della COMCO dopo l'esame	3	3
Divieti	0	1
Ammissioni vincolate a condizioni/oneri	0	0
Ammissioni senza riserve	3	2
Esecuzioni anticipate	0	0
Procedure di ricorso		
Procedure di ricorso dinanzi a TAF e TF (totale)	37	31
Sentenze del TAF	7	7
che confermano la decisione delle autorità in materia di concorrenza	5	5
che confermano in parte la decisione delle autorità in materia di concorrenza	1	1
che respingono la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	1	1
Sentenze del TF	1	2
che confermano la decisione delle autorità in materia di concorrenza	0	2
che confermano in parte la decisione delle autorità in materia di concorrenza	1	0
Pendenti a fine anno (presso TAF e TF)	33	21

Pareri, raccomandazioni, preavvisi, ecc.		
Pareri (art. 15 LCart)	0	1
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0
Pareri (art. 47 cpv. 5 LCart. 4 LSPr oppure 11a LTC)	0	3
Controlli a posteriori	0	0
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	1
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	152	210
Procedure di consultazione (art. 46 cpv. 2 LCart)	8	8
LMI		
Raccomandazioni/Indagini (art. 8 LMI)	0	1
Perizie (art. 10 LMI)	3	5
Consulenze (Segreteria)	94	73
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 ^{bis} LMI)	0	0

Dai dati statistici e dal loro confronto con quelli relativi al 2017 emerge quanto segue:

- rispetto all'anno precedente, nel 2018 sono state pronunciate **meno decisioni finali**. In effetti però 7 delle 12 decisioni finali emesse nel 2017 riguardavano accordi di appalto accertati nel Cantone dei Grigioni nel quadro di un'unica grande inchiesta che successivamente è stata suddivisa in dieci parti (v. capitolo 3.1.1). Per la stessa ragione, rispetto all'anno precedente la COMCO ha inflitto anche meno sanzioni ai sensi dell'articolo 49a capoverso 1 LCart;
- la Segreteria ha svolto un **numero maggiore di inchieste preliminari**;
- nel 2018 alla COMCO è stato annunciato un **numero di progetti di concentrazione uguale** a quello del 2017. Anche il numero di concentrazioni approvate dalla COMCO è rimasto costante: sia quelle oggetto di un esame preliminare, sia quelle sottoposte a un esame approfondito. Tuttavia nel 2018 la COMCO non ha vietato alcuna concentrazione di imprese;
- nel 2018 il numero di **procedure di ricorso pendenti** presso i tribunali è **aumentato** rispetto al 2017;
- rispetto al 2017 la Segreteria ha svolto un numero maggiore di **osservazioni del mercato**. In quest'ambito il servizio Produzione ha esaminato varie denunce, ad esempio riguardo al tema «Isola dei prezzi elevati» (v. capitolo 3.4.1) e nel settore automobilistico (v. capitolo 3.4.4);
- nel 2018 la Segreteria ha prestato un **numero maggiore di consulenze LMI** rispetto al 2017. Ciò è riconducibile soprattutto alle numerose richieste giunte da aziende artigianali riguardo alla LIA (v. capitolo 3.5). Le 3 perizie LMI concernevano preavvisi nel quadro di procedure di ricorso presso il TF.

5 Accordi di appalto

5.1 Situazione iniziale

Secondo un sondaggio condotto nel 2004 dalla Segreteria della Commissione degli acquisti della Confederazione

(CA), circa la metà degli intervistati avevano esperienza di accordi. Il 4 aprile 2005 la Segreteria, d'intesa con un membro della Presidenza, ha aperto un'inchiesta sulle **pavimentazioni stradali in Ticino**, conclusasi il 19 novembre 2007 con una decisione guida della COMCO. Nel 2006, nel quadro delle attività finalizzate a riformare il diritto in materia di appalti, la Segreteria ha stilato un rapporto che concerneva in particolare il rischio di accordi di appalto e proponeva una serie di interventi normativi finalizzati a migliorare la concorrenza. Alla luce di queste ed altre esperienze e attività, dal 2008 per la COMCO la lotta agli accordi di appalto è diventata una priorità.

Solitamente gli accordi di appalto fanno aumentare i prezzi e causano una maggiore rigidità strutturale, riducendo nel contempo l'efficienza e la capacità innovativa delle imprese. Nell'OCSE si calcola che i prezzi siano maggiorati del 10–20 per cento a causa degli accordi di appalto. Nell'ambito dell'inchiesta sulle pavimentazioni stradali in Ticino la COMCO ha potuto stabilire che con la cessazione del cartello i prezzi dell'offerta si sono mediamente ridotti del 30 per cento. Studi empirici più recenti hanno mostrato che in presenza di accordi sui prezzi e/o sui quantitativi, come pure di accordi di appalto, i prezzi sono all'incirca del 25–45 per cento più elevati. In sintesi, gli accordi di appalto danneggiano l'economia: le uscite all'ente pubblico aumentano e, con esse, direttamente o indirettamente, la pressione fiscale. Se si tiene conto del volume degli acquisti dell'ente pubblico a livello federale, cantonale e comunale (più di 40 miliardi di franchi per costruzioni, beni e servizi) la pericolosità degli accordi di appalto emerge in tutta la sua gravità.

In relazione agli accordi di appalto, COMCO e Segreteria operano a tre livelli:

- prevenzione e informazione;
- accertamento («proattivo» e/o «passivo»);
- azione penale.

5.2 Prevenzione e informazione

Se si vuole migliorare l'efficacia delle attività antitrust occorre prevenire e impedire sul nascere la formazione di accordi di cartello, anche informando e sensibilizzando i servizi di aggiudicazione. Per questa ragione dal 2007 – nel quadro dell'offerta di formazione e del perfezionamento del Centro di competenza per gli acquisti pubblici

della Confederazione (CCAP) destinata alle unità amministrative federali e alle aziende pubbliche della Confederazione – la Segreteria propone il modulo formativo «Garantire la concorrenza negli appalti pubblici». La Segreteria ha organizzato **eventi di sensibilizzazione** alla lotta agli accordi di appalto e l'attuazione della LMI anche a livello cantonale. Nei Cantoni della Svizzera tedesca questi eventi (che duravano mezza giornata o un giorno intero) si sono svolti soprattutto nel 2009 e nel 2014 (e ne sono previsti anche per il 2019); in Romandia, nel 2012 e nel 2018; e in Ticino nel 2018. L'interesse dei Cantoni nei confronti di queste manifestazioni è cresciuto nel tempo. Vengono trattate in particolare questioni inerenti agli accordi di appalto (nell'ottica della normativa antitrust e dell'economia), alle procedure e alle decisioni della COMCO, nonché all'accertamento e alla prevenzione degli accordi di appalto. Le attività di sensibilizzazione pongono l'accento su questi aspetti:

- Cos'è un accordo di appalto dal punto di vista giuridico?
- Quali sono gli strumenti a disposizione dei servizi di aggiudicazione per identificare e impedire gli accordi di appalto?
- Qual è la prassi seguita dalla COMCO?
- Come interviene la COMCO a sostegno dei servizi di aggiudicazione, se si sospetta un accordo di appalto?
- Cosa comporta per un servizio di aggiudicazione l'apertura di un'inchiesta da parte della COMCO?
- Quali strumenti può utilizzare la COMCO per contrastare gli accordi di appalto?

In aggiunta a questi eventi, COMCO e Segreteria tengono conferenze in occasioni particolari presso associazioni, aziende della Confederazione o scuole universitarie. Le autorità in materia di concorrenza trasmettono le loro esperienze e competenze, e nel contempo raccolgono informazioni sui problemi pratici che si riscontrano in relazione agli appalti.

Anche le decisioni della COMCO possono contribuire alla sensibilizzazione dei servizi di aggiudicazione. Quelle prese in occasione delle prime grandi inchieste sugli accordi di appalto nei Cantoni Ticino, Argovia e Zurigo hanno dato uno scossone all'intero settore: non soltanto ai servizi di aggiudicazione, bensì anche all'impresa e ai diretti interessati. In seguito sono aumentate le richieste di informazioni e le segnalazioni di casi sospetti. Queste ultime, a loro volta, hanno dato origine ad alcune delle recenti procedure svolte dalle autorità in materia di concorrenza nel settore degli appalti. Si è così instaurata una correlazione positiva tra prevenzione-informazione e azione penale.

Anche la revisione del **diritto sugli appalti** può essere utile a fini preventivi e informativi. In questo caso si tratta di sfruttare, in seno ai gruppi di lavoro della Confederazione, le esperienze e le competenze maturate dalle Autorità suddette, e trasmesse sotto forma di pareri (nel quadro delle procedure di consultazione), raccomandazioni e rapporti.

5.3 Accertamento e screening

La Segreteria riceve settimanalmente segnalazioni, annunci e denunce in relazione a possibili infrazioni della legislazione antitrust. Generalmente provengono da imprese che subiscono accordi di cartello o che vi partecipano direttamente (in questo caso si tratta di autodenunce), oppure da semplici cittadini, soggetti terzi (whistleblower) o servizi di aggiudicazione. La Segreteria esamina tutte queste informazioni con attenzione, vista l'importanza che rivestono per il lavoro delle autorità in materia di concorrenza e in particolare per l'accertamento di infrazioni.

La Segreteria si è posta l'obiettivo di procedere all'accertamento di accordi di cartello non soltanto sulla base delle informazioni suddette, bensì anche in modo proattivo e di propria iniziativa. A questo scopo, ha iniziato ad analizzare dati concernenti le gare d'appalto per mettere a punto metodologie statistiche che consentissero di rilevare le anomalie nelle procedure di offerta. Sono stati presi in considerazione soprattutto due indicatori: il coefficiente di variazione e la distanza relativa. In questo contesto l'analisi della varianza dei prezzi all'offerta nelle gare d'appalto ha svolto un ruolo fondamentale. La dispersione dei valori corrispondenti ai prezzi all'offerta varia a seconda della presenza o meno di accordi di cartello, ed è quantificabile mediante coefficienti di variazione. Inoltre, la Segreteria ha scoperto che anche le differenze tra primi e secondi prezzi all'offerta, come pure tra questi e i prezzi successivi, variano a seconda della presenza o meno di cartelli. Queste differenze possono essere misurate ricorrendo alla distanza relativa. Entrambi gli indicatori sono alla base dello strumento di screening sviluppato dalla Segreteria.

Nell'aprile del 2013, l'analisi statistica di dati inerenti a offerte di partenza nel Cantone di San Gallo ha portato all'avvio di un'inchiesta su accordi di appalto nel settore della costruzione strade e del genio civile nella regione di See-Gaster. L'inchiesta si è conclusa con la decisione della COMCO dell'8 luglio 2016: tra il 2002 e il 2009, nel quadro di diverse centinaia di gare d'appalto, otto imprese attive nel settore delle strade e del genio civile nei distretti di

See-Gaster (SG) nonché March und Höfe (SZ) avevano concordato i prezzi e deciso quale doveva essere la ditta appaltatrice (v. capitolo 3.1.1). Questa inchiesta ha segnato una tappa importante. Lo strumento di screening statistico sviluppato dalla Segreteria funziona: può essere utilizzato per l'accertamento di accordi di cartello e migliorare così l'azione preventiva della LCart. Si tratta di un disincentivo efficace perché permette di identificare gli accordi già nella fase in cui le imprese presentano le loro offerte di partecipazione alle gare d'appalto.

La COMCO e la Segreteria hanno presentato lo strumento di screening (e i risultati ottenuti grazie ad esso) a diverse organizzazioni svizzere ed estere: OCSE, autorità preposte alla concorrenza e servizi di aggiudicazione (v. capitolo 3.7). L'interesse nei confronti di questo dispositivo è elevato, sia in ambito saggistico sia nel settore della ricerca.

5.4 Azione penale

Negli ultimi dieci anni la COMCO ha pronunciato diverse importanti decisioni sugli accordi di appalto, che costitui-

scono una prassi significativa. La tabella seguente riassume le sanzioni decise dalla COMCO in relazione ad accordi di appalto tra il 2007 e il 2018.

Decisione COMCO	Anno della decisione	Durata del cartello	Accordo complessivo/ Accordi singoli	Importo totale della sanzione (in CHF)	Cosa giudicata
Pavimentazione stradale, Cantone Ticino	2007	1999–2003, in parte fino al 2005	Accordo complessivo	0 (possibilità di sanzionare direttamente solo dal 2004)	Sì
Installazioni elettriche, Berna	2009	2006–2008	Accordi singoli	1,2 mio. di franchi	Sì
Costruzione strade e genio civile, Cantone di Argovia	2011	2006–2009	Accordi singoli	3,8 mio. di franchi	In parte pendente presso il TF
Costruzione strade e genio civile, Cantone di Zurigo	2013	2006–2009	Accordi singoli	489 000 franchi	Sì
Pulizia gallerie	2015	2008–2013	Accordo complessivo	161 000 franchi	Sì
Settore della costruzione, See-Gaster	2016	2002–2009	Accordo complessivo	5 mio. di franchi	In parte pendente presso il TF
Segnalatori lampeggianti Eflare	2016	2015	Accordo verticale di protezione territoriale	33 000 franchi	Sì
Edilizia e genio civile, Val Monastero	2017	2004–2012	Accordo complessivo	0 (autodenuncia e fallimento di un'impresa)	Sì
Edilizia e genio civile, Engadina III–VIII	2017	2009–2012	Otto accordi singoli	1 mio. di franchi	2 decisioni giudicate, 4 decisioni pendenti presso TAF
Edilizia e genio civile, Engadina I	2018	1997–2012	Diversi accordi complessivi, 11 accordi singoli	7,5 mio. di franchi	In parte pendente presso il TAF

Delle dieci decisioni sugli accordi di appalto nel Cantone dei Grigioni, le due ancora pendenti dovrebbero essere pronunciate nell'estate del 2019 (v. capitolo 3.1.1). Inoltre sono ancora in corso due inchieste su possibili accordi di appalto nel settore dell'elettricità a Ginevra (v. capitolo 3.2.3) nonché riguardo a gare pubbliche d'appalto in Ticino (a livello cantonale e comunale) per la fornitura di autoveicoli (v. capitolo 3.4.4).

Le decisioni hanno permesso alla COMCO di consolidare la propria prassi in materia di accordi di appalto e chiarirne alcuni aspetti fondamentali:

- di solito gli accordi di appalto finalizzati a stabilire quale sia l'impresa appaltatrice e/o a concordare le offerte sono **accordi di prezzo e/o accordi per la ripartizione dei partner commerciali**. In quanto accordi orizzontali hard core, generalmente corrispondono alle fattispecie oggetto dell'articolo 5 capoverso 3 LCart, e vanno sanzionati;
- se un'impresa partecipa a un accordo di cartello, di norma deve essere sanzionata anche se dalla gara d'appalto non ricava alcun utile (**infrazione non remunerativa**). È il caso, in particolare, delle imprese che presentano «offerte d'appoggio», oppure di «protezioni» che risultano inefficaci. Questa prassi è stata confermata anche dalla sentenza del TAF nel caso concernente la costruzione strade e il genio civile nel Cantone di Argovia (v. capitolo 3.1.1). Secondo le decisioni più recenti della COMCO (En-

gadina I e Engadina III–VIII) la sanzione è commisurata all'utile che l'impresa «protettrice» avrebbe dovuto realizzare secondo l'accordo di appalto;

- ai fini della prassi è molto importante distinguere tra **accordi complessivi e accordi singoli**. Nel caso di un accordo complessivo, le imprese coinvolte coordinano il loro operato in relazione a diverse gare d'appalto, mentre le imprese che partecipano a un accordo singolo concordano le loro offerte rispetto a un'unica gara. Gli accordi complessivi possono essere, ad esempio, cartelli a rotazione, cartelli di quote oppure accordi territoriali. La distinzione tra accordi complessivi e accordi singoli rispecchia differenze relative anche all'assunzione delle prove e alla sanzione. In presenza di un accordo complessivo la COMCO non deve necessariamente provare che le diverse gare d'appalto siano state truccate. Inoltre per la sanzione è determinante l'utile complessivo realizzato sul mercato interessato, anche se la concorrenza non è stata danneggiata o impedita in ogni gara. Alcuni esempi di accordi complessivi accertati: pavimentazioni stradali in Ticino, pulizia delle gallerie, settore della costruzione nel distretto di See-Gaster, edilizia e genio civile in Val Monastero, edilizia e genio civile in Engadina (I);

- le procedure COMCO concernono gli accordi di appalto, non i **consorzi**. Questi ultimi, non essendo accordi di non concorrenza ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LCart, esulano dal campo di attività della COMCO. Possono addirittura favorire la concorrenza, permettendo anche alle imprese (soprattutto PMI) che normalmente sarebbero escluse dalle gare d'appalto di parteciparvi consorziandosi. La COMCO si occupa di consorzi quando questi servono da copertura: nel caso bernese delle installazioni elettriche, ad esempio, le imprese formavano consorzi per partecipare a singoli appalti, senza però che i committenti ne fossero informati. Nel contempo, i diversi partner del consorzio presentavano offerte individuali per simulare concorrenza e ingannare i committenti. In questi casi si

tratta di consorzi fittizi, che celano accordi di cartello.

5.5 Conclusione

Per la COMCO e la Segreteria la protezione della concorrenza nel settore degli appalti pubblici riveste un'importanza fondamentale. La concorrenza contribuisce all'uso efficiente delle risorse e al benessere economico; gli accordi di appalto danneggiano invece sia l'ente pubblico sia i privati. Negli ultimi dieci anni, promuovendo l'azione penale, collaborando con i servizi di aggiudicazione, informando e mettendo a punto un valido strumento di screening, le autorità in materia di concorrenza hanno contribuito in misura decisiva alla lotta contro gli accordi di appalto.

A 1.	4. Annual Report 2018 of the Competition Commission
------	--

Table of Contents

1	Foreword from the President	58	5.3	Exposure, including screening	73
2	The Most Important Decisions in 2018	59	5.4	Legal action	74
2.1	Decisions of the Competition Commission	59	5.5	Conclusion	75
2.2	Court judgments	59			
3	Activities in Individual Sectors	61			
3.1	Construction	61			
3.1.1	Bid rigging	61			
3.1.2	Building materials and landfills	61			
3.1.3	Other sectors	62			
3.2	Services	62			
3.2.1	Financial services	62			
3.2.2	Healthcare	62			
3.2.3	Liberal professions and other services	63			
3.3	Infrastructure	63			
3.3.1	Telecommunications	63			
3.3.2	Media	63			
3.3.3	Energy	64			
3.3.4	Other sectors	64			
3.4	Product markets	64			
3.4.1	Focus on vertical agreements	64			
3.4.2	Consumer goods industry and retail trade	64			
3.4.3	Watch industry	65			
3.4.4	Automotive sector	65			
3.4.5	Agriculture	66			
3.4.6	Other sectors	66			
3.5	Internal market	66			
3.6	Investigations	66			
3.7	International	67			
3.8	Legislation	68			
4	Organisation and Statistics	68			
4.1	Competition Commission and Secretariat	68			
4.2	Statistics	70			
5	Bid Rigging Agreements	72			
5.1	Introduction	72			
5.2	Prevention and raising awareness	73			

1 Foreword from the President

The reality of the competition and of the internal market is decisively shaped by the practices of the competition authorities and the courts. The decisions of the Competition Commission are the result of comprehensive deliberations involving complex dossiers, detailed consultations with the parties and intensive discussion within the Commission. In 2018, the Competition Commission concluded four investigations in different markets and conducted an in-depth examination of three mergers of media companies. Most of these decisions have taken full legal effect.

Special emphasis in 2018 should be placed on the “Engadin I” decision, which relates to a large number of bid rigging agreements in the Lower Engadin, the detailed examination of the three company mergers, AZ Medien / NZZ, Tamedia / Goldbach and Tamedia / Basler Zeitung, the decision on price-fixing agreements and customer sharing by Husqvarna and Bucher in connection with Aspen engine fuel, the decision on the unlawful export ban on wheeled suitcases imposed by RIMOWA, and the decision in the KTB-Werke case on unlawful practices in the gravel and concrete industry in the Bern area. In relation to the three mergers in the media industry, the Competition Commission’s statutory role must be highlighted: it has to establish whether mergers create or strengthen a dominant position that is capable of eliminating effective competition. The Competition Commission has no direct mandate to ensure diversity in the media: the legislature has specified that the Commission operates within a framework determined by competition law, not by media policy.

The “Engadin I” decision, issued in April 2018, has had a serious impact. One of ten investigations into bid rigging in the canton of Graubünden, it involved a large number of arranged procurements in the Lower Engadin. Companies agreed with each other on which firm should win which bid at which price. In some cases, these agreements formed part of a system that operated over many years, in other cases they were entered into for individual construction projects. The value of the public and private procurements involved in the Engadin was well over CHF 100 million. The economic damage caused by bid rigging is severe. This is another reason why the Competition Commission has made a priority of combating bid rigging in the past ten years.

Efforts go beyond applying the Cartel Act and the Internal Market Act in individual cases. Also important were the many information and awareness-raising events, including those with and for federal and cantonal procurement offices: where people are aware of and can recognise bid rigging, they can often prevent it altogether. Also worth highlighting is the development of a statistical tool that recognises irregularities in the way that suppliers make offers. This tool allows the competition authorities pursue an active policy in uncovering cartels, thus increasing the deterrent effect of the Cartel Act. The screening tool developed by the Competition Commission Secretariat has not only been used in Switzerland, but also aroused a response and interest at an international level.

Functioning competition is an important factor in economic well-being. The diligent application of the Cartel Act

and the Internal Market Act is therefore in the interests of a strong and healthy Swiss national economy. In the social and political debate, the current law and its application is sometimes judged to be too strict, and at other times too lax. The relatively high number of political proposals is an indication of this. The protection of effective competition is a central pillar of a sustainable economic policy, and the Competition Commission safeguards this area of responsibility at an institutional level. The Commission acts in the interests of competition and to this end also participates in the public discourse on matters relevant to competition. Its main task, however, lies in the applying the current law. This annual report also bears testimony to the complexity of the work required to achieve this.

Prof. Dr. Andreas Heinemann
President of the Competition Commission

2 The Most Important Decisions in 2018

2.1 Decisions of the Competition Commission

On 29 January 2018, the Competition Commission (ComCo) concluded its investigation into Husqvarna and Bucher, which it had opened on 31 May 2016 in response to a voluntary report from Husqvarna. The investigation showed that from 1998 until the start of 2016 there was an unlawful horizontal agreement between Husqvarna and Bucher relating to price-fixing and customer sharing in connection with the sale of **engine fuel of the Aspen brand**. In amicable settlements with the competition authorities, both companies undertook to refrain from entering into such agreements in future. Husqvarna was exempted from a sanction because it had notified the competition authorities of the agreement and thus facilitated the opening of the investigation. Bucher's cooperation led to a substantial reduction in the fine to around CHF 610,000. The decision has taken full legal effect.

On 9 April 2018, ComCo concluded the investigation into the German company **RIMOWA GmbH** with an amicable settlement and a fine, both of which are legally binding. The investigation showed that in its dealership contract with its German sales partners for period from 25 January 2012 to 13 November 2013, RIMOWA had unlawfully prohibited the export of its products to Switzerland. The company was therefore fined CHF 134,943. In an amicable settlement with the competition authorities, RIMOWA undertook not to enter into similar agreements in future. The company's cooperative conduct led to a reduced sanction.

On 26 March 2018, ComCo issued its **"Engadin I"** decision, imposing sanctions on several construction companies for numerous bid rigging agreements in the Lower Engadin; the fines amounted to around CHF 7.5 million. ComCo thereby concluded the eighth of ten investigations into bid rigging in the canton of Graubünden (see Section 1). In its decision, ComCo held that construction companies in various cartels reached agreements on what is conservatively estimated at over 400 contract bids for structural and civil engineering projects. The value of the procurements affected by these agreements is well over CHF 100 million. The construction companies agreed over a period of many years which of them should be awarded the contract. In most cases, agreement was also reached on the tendered price at which the designated "winner" should carry out the construction project for the procurement office. The Graubünden construction companies ran some of the cartels systematically over a number of years. These agreements were in some cases reached at preliminary meetings organised by the Graubünden Builders' Federation. The cartels focused on invitations to tender issued by the Canton of Graubünden and by communes and private individuals in the Lower Engadin. The contract values for the agreed construction work range from a few tens of thousands to several million francs. As the Graubünden Builders' Federation organised some of the cartels, ComCo ordered the Federation to pay part of the procedural fees.

ComCo was called upon to make an in-depth assessment of three company mergers in the media industry: **AZ Medien/NZZ**, **Tamedia/Goldbach** and **Tamedia/Basler**

Zeitung. Following a detailed examination of the **AZ Medien/NZZ** merger, there were indications that the foundation of the joint venture by AZ media and NZZ could lead to or strengthen a dominant position in the markets for readers in the Solothurn and Aargau areas and in the magazine advertising market for building services engineering. There were also indications of the establishment or strengthening of a joint dominant position with the Basler Zeitung in the market for readers of daily newspapers in the Basel area, and with the Tamedia Group and the Ringier Group in the market for readers of Sunday newspapers. However, it was not anticipated that establishing the joint venture will allow the companies involved to eliminate effective competition in the markets concerned, as other strong competitors remain and the merger will not lead to any relevant change in the competitive situation in the market for Sunday newspapers. The detailed examination of **Tamedia's** takeover of **Goldbach** revealed that the planned merger would not lead to significant changes in market conditions. In addition, it was not anticipated that the portfolio effects caused by the merger would lead to an elimination of effective competition. In the detailed examination of the **Tamedia/Basler Zeitung** merger there were also indications that the takeover of the Basler Zeitung could lead to a dominant position together with the NZZ/AZ Group and the Ringier Group being established or strengthened in the market for readers of daily newspapers in the Basel area and in various markets for classified advertisements both in the Basel area and in German-speaking Switzerland. ComCo however concluded that market conditions will hardly change as a result of the change in the owner of the Basler Zeitung and the takeover does not lead to an elimination of effective competition. The assessment reached in the detailed examination meant that ComCo gave the go ahead to all three mergers in August and October of 2018. In this connection, it should be stressed that ComCo is not pursuing any form of media policy. It is not permitted to take media policy issues, such as diversity in the media, into account in its assessment of merger plans.

In a decision dated 10 December 2018, ComCo concluded the **KTB Werke** investigation. This originated from the investigation opened on 12 January 2015 into companies in the building materials and landfill industry in the canton of Bern (see Section 3.1.2). ComCo issued the parties with its ruling at the start of 2019 and then informed the public in a press release. For several years, the Kästli and Alluvia Groups had fixed prices and price elements in the concrete- and gravel industry and shared business in and around the city of Bern. Between them they restricted competition to a considerable extent and abused their jointly held dominant position in the area in and around the city of Bern in order to prevent competitors from entering the market. The companies have appealed to Federal Administrative Court against the decision.

2.2 Court judgments

On 3 May 2018, the Federal Administrative Court decided not to consider the appeal filed by **Ticketcorner** against the prohibition of its merger with **Starticket**. The court justified its decision essentially on the grounds that Tamedia (as Starticket's parent company) had chosen not to appeal and had announced that it would develop Starticket

on its own. As a result, Ticketcorner's appeal was not admissible because the company lacked a (current and practical) legitimate interest in having the judgment quashed or amended. The decision of the Federal Administrative Court has been challenged. In relation to the question of whether in cases involving the prohibition of a merger both parties to the merger must contest the ruling together, the Federal Administrative Court regarded two points of view as relevant: firstly if Ticketcorner were able to artificially prolong the current uncertain effectiveness of the merger agreement against the interests of Starticket, that would allow a situation in which only one of the parties to the merger could bring an appeal against the prohibition order. Ticketcorner could also unilaterally delay the creation of legal certainty and in particular a legally-enforceable decision with regard to its position in the market. Secondly the Federal Administrative Court argues that Ticketcorner and Tamedia form a community of interests with regard to the merger. As both companies were required to report the merger, then – based on the community of interests which required their solidarity – they should also have filed a joint appeal against the merger.

With its judgment of 18 May 2018 in the case of **Altimum SA / Mountaineering equipment**, the Federal Supreme Court partially upheld the appeal filed by the Federal Department of Economic Affairs, Education and Research (EAER) and ComCo against the judgment of the Federal Administrative Court dated 17 December 2015 and confirmed the ComCo ruling of 20 August 2012 to the effect that Altimum SA, by dictating minimum sale prices for mountaineering equipment to its retailers, had entered into unlawful vertical price-fixing agreements. The Federal Supreme Court explained inter alia that retailers are parties to an unlawful agreement if they enter into a sales contract with a manufacturer on condition that they comply with minimum retail prices even if they face not being supplied with goods if they do not. It is sufficient that the agreement aims to achieve a restraint of competition; an evaluation of its effects, in particular the extent to which the agreement is followed, is not required. On this issue, the Federal Supreme Court confirmed the relevance of its GABA/Elmex decision. According to the Federal Supreme Court, one possible justification for fixing minimum prices would be to enable retailers to compete through the quality of the advice they give to customers and thus to counteract the 'freeloader problem' (getting advice in a specialist shop – then buying the product from a cheaper supplier). However, this justification had not been argued here. For procedural reasons the Federal Supreme Court did not impose any sanction on Altimum SA.

In its decision of 16 December 2011 on the case relating **road construction and civil engineering in the canton of Aargau**, ComCo took action against bid rigging. Fourteen construction companies operating in the canton of Aargau were fined around CHF 4 million for entering into unlawful bid rigging arrangements between 2006 and 2009 on prices and the allocation of markets. Around 100 public and private construction projects were affected between 2006 and 2009 by the unlawful bids. Four companies contested ComCo's decision. The appeal was pending before the Federal Administrative Court for around six and a half years. On 25 May 2018, the Federal Administrative Court largely upheld the decision of ComCo

against the construction companies from the canton of Aargau. The Federal Administrative Court confirmed the legal assessment of the conduct under investigation as hard horizontal price-fixing agreements and agreements to allocate markets according to business partners in contravention of the Cartel Act. In its judgments, the Federal Administrative Court clarified some important issues. These include the minimum legal requirements on the evidence that must lead and the appraisal of evidence in competition law investigations, and dealing with information from companies that report their own unlawful conduct and cooperate with the competition authorities. Furthermore, the Federal Administrative Court clarified issues relating to alleged infringements of procedural rights by the competition authorities and confirmed that violations of competition law (in some cases with no financial gain) can lead to sanctions as well as the legality of the method used by ComCo for fixing fines in specific cases. Because the court's assessment of the facts differed to some extent from that of ComCo, the court reduced the sanctions. One construction company has appealed the decision of the Federal Administrative Court to the Federal Supreme Court.

On 22 November 2016, ComCo filed three appeals against the cantonal Commercial Enterprises Act (**Legge sulle imprese artigiane, LIA**) in the Cantonal Administrative Court in Ticino. The LIA provided for the mandatory, costly and time-consuming registration of skilled trades businesses. More than ten documents with supporting evidence had to be submitted for each registration. In particular, the LIA prevented access to the market in Ticino for businesses from other cantons. The Cantonal Administrative Court upheld ComCo's appeals in its decisions dated 27 February 2018. It regarded the requirements of the LIA as restricting free access to the market and as a breach of the Internal Market Act (IMA). The Federal Supreme Court dismissed the subsequent appeals from certain Ticino trade associations and skilled trades companies in decisions dated 11 October 2018 on the grounds that they had no title to appeal, with the result that the judgments of the Cantonal Administrative Court became legally binding.

The Federal Administrative Court handed down further decisions in the case relating to **road construction and civil engineering in the canton of Aargau**. On the conclusion on 16 December 2011 of the main proceedings relating to bid rigging and the publication of the decision on sanctions, procurement offices from the canton of Aargau filed two requests to inspect the unredacted Competition Commission ruling and related files. This procedure was initially adjourned, and following the adjournment ComCo issued its decision in rulings dated 11 December 2017. It approved the **request to inspect** in some cases and planned to allow the applicants to inspect the documents and be given information to a limited extent. Certain parties appealed against the inspection rulings. On 23 October 2018, the Federal Administrative Court issued three judgments upholding the appeals. The divergent decision by the Federal Administrative Court was due to the fact that it interpreted Art. 19 para. 1 let. a of the Data Protection Act (FADP) more restrictively than ComCo. Under Art. 19 para. 1 let. a FADP, the data requested may

only be disclosed if they are indispensable for the applicant to fulfil its statutory duties. The Federal Administrative Court takes the view that indispensability of this kind can only be affirmed firstly if a legally binding decision on sanctions has been issued, and secondly if a related breach of competition law has been determined. ComCo in contrast took the view that it was not necessary to wait for the decision to become legally binding. In consultation with ComCo, the EAER has filed appeals against two of the three Federal Administrative Court judgments with the Federal Supreme Court. The judgment of the Federal Supreme Court will determine how various inspection requests currently pending before ComCo will be dealt with.

Lastly **decisions on the publication of Competition Commission rulings** were issued in various cases; in most cases, publication was judged to be lawful (see Sections 3.3.2, 3.3.4 and 3.4.4).

3 Activities in Individual Sectors

3.1 Construction

3.1.1 Bid rigging

Since 2017, ComCo has issued various decisions about **bid rigging in the canton of Graubünden**. The decisions originate from the investigation opened on 30 October 2012 into construction services in the Lower Engadin involving various companies operating in the construction and civil engineering industries, roads and surfacing work and related upstream markets. In April 2013, the Secretariat extended this investigation to cover the entire canton of Graubünden and additional companies and again in November 2015 to include further companies. In November 2015, the proceedings were divided into ten investigations for reasons of procedural economy.

ComCo concluded one investigation with a decision dated 10 July 2017, which has now taken full legal effect. It found that that construction and civil engineering companies in the **Münstertal** (GR) had rigged more than a hundred bidding processes between 2004 and 2012 (see the 2017 annual report). ComCo dealt with the request from the Canton of Graubünden to inspect the unredacted decision and related files on 17 September 2018 in a separate ruling, which was challenged and is now pending before the Federal Administrative Court. ComCo issued **six further decisions** on bid rigging in the construction and civil engineering industry in the canton of Graubünden on 2 October 2017. These bid rigging agreements related to individual procurement contracts in the Engadin. Two of these decisions are legally binding, while the remaining four are pending before the Federal Administrative Court. In 2018, ComCo concluded the eighth of the ten investigations with its decision in the **Engadin I** case (see Section 2.1). Three companies have appealed the decision to the Federal Administrative Court.

The final two decisions are expected in summer 2019. One of these investigations relates to construction and civil engineering and is smaller in scope, similar to those in the decisions of 2 October 2017. The other, larger investigation relates to **road construction** throughout the canton of Graubünden. The conclusion of this investigation has been delayed, as an interim ruling was pending for two years from May 2016 before the Federal Adminis-

trative Court that involved the legal issue of whether a former employee of one of the parties to the proceedings can be interviewed as a witness or not. Following the decision of the Federal Administrative Court in September 2018, the final investigations could be carried out.

ComCo decided on 8 July 2016 that in connection with several hundred tendering procedures between 2002 and 2009, eight road construction and civil engineering companies in the districts of **See-Gaster (SG) and March and Höfe (SZ)** had unlawfully discussed bids and decided who was to be awarded the contract. Some of these companies have challenged ComCo's decision in the Federal Administrative Court, where it has been pending ever since. Some companies have also taken the view that ComCo's decision should not be published. One of the parties has filed an appeal in the Federal Administrative Court against ComCo's two publication rulings dated 30 October 2017, which led to several interim decisions from the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court that essentially supported ComCo's points of view. It has been possible to publish the decision provisionally in the meantime. The main decision in this case is still outstanding.

In the case involving **road construction and civil engineering in the canton of Aargau**, four parties have challenged ComCo's decision of 16 December 2011. The Federal Administrative Court confirmed ComCo's decision against the building contractors from the canton of Aargau for the most part (see Section 2.1). In the same case, ComCo decided on 11 December 2017 on **two requests** from procurement offices from the canton of Aargau **to inspect** the unredacted ComCo ruling dated 16 December 2011 and related files. ComCo granted the procurement offices restricted access. The corresponding decisions however were challenged by the parties to the proceedings before the Federal Administrative Court. The Federal Administrative Court allowed the appeals in October 2018, as a result of which the EAER in consultation with ComCo has referred two of the three decisions to the Federal Supreme Court (see Section 2.1).

The Secretariat has conducted **awareness campaigns** in five cantonal administrations in French-speaking Switzerland on bid rigging and on the law of the internal market (see Section 5.2).

3.1.2 Building materials and landfills

On 12 January 2015, the Secretariat opened an investigation into various companies in the **building materials and landfill industry** in the canton of Bern and carried out searches of houses and business premises. It is suspected that the companies concerned may have entered into price, quantity and territorial agreements. There is also evidence that that the companies concerned hold and have abused a dominant position, in particular by refusing to do business with third companies, by discriminating against commercial partners and by concluding agreements on the condition that additional services were accepted. On 19 May 2015, the investigation into the allegation of price, quantity and territorial agreements was extended to include an additional company. The investigation aims to establish whether there are any unlawful restraints of competition present.

The investigation into the **building materials and landfill industry** was divided into two cases in November 2016 for reasons of procedural economy: the **KTB-Werke** investigation and the **Bern building materials and landfills (KAGA)** investigation. The subject of the KTB-Werke case was price and territorial agreements in the Bern area and the abuse of a collectively held dominant position, in which the companies with the dominant position prevented third parties from entering the market by jointly applying special conditions. The **investigations** in both cases were largely concluded in 2017. In a decision dated 10 December 2018, ComCo concluded the smaller KTB-Werke case (see Section 2.1).

3.1.3 Other sectors

In February 2017, the Secretariat opened a **preliminary investigation** into the Swiss Society of Engineers and Architects (SIA) and its members, and notified the SIA in September 2017 of the conclusions of its preliminary competition law assessment. The investigation focuses on the calculation formulae for architects' and engineers' fees, the terms of reference for calculating fees in the case of contracts awarded through competitions, and the charter on "Fair fees for competent services". In 2018, the Secretariat and the SIA discussed the Secretariat's proposals for changes in the SIA's and its members' practices that are dubious in competition law terms. Based on these proposals, the SIA has worked out a transitional solution for some regulations on services and fees, while it has revoked others. The SIA is also working on a longer-term solution.

3.2 Services

3.2.1 Financial services

In the financial services sector, progress was made with the ongoing investigations (IBOR proceedings, Forex, precious metals and leasing), with the result that decisions can be expected in 2019. In the investigation into currency exchange rates ("Forex") the Secretariat and a member of the Presidency issued a ruling on the provision of information relating to the disclosure of turnover figures for the sanctions calculation. The appeal filed against this ruling was dismissed.

The latest ComCo investigation into several Swiss financial institutions involves a suspected **boycott of international providers of mobile payment solutions** such as Apple Pay and Samsung Pay. The investigation aims to clarify whether several Swiss financial institutions have entered into an agreement not to support mobile payment solutions from international providers such as Apple Pay and Samsung Pay. It is suspected that the Swiss financial institutions have agreed not to allow their credit cards to be used with Apple Pay and Samsung Pay in order that preference be given to the Swiss TWINT solution.

The Secretariat reached an agreement with **Apple** in a preliminary investigation on a pro-competitive **TWINT** solution and then concluded the proceedings against Apple. The preliminary investigation related to Apple Pay, a mobile payment solution used by Apple devices. These devices and the app are configured so that Apple Pay starts automatically and payment can be made using Apple Pay if the Apple device is held close to a payment terminal. TWINT payments can be made at payment terminals if

customers use their mobile phones to scan a QR code displayed on the payment terminal. During this process there has been a risk that Apple Pay will automatically start up and interrupt the payment process using the TWINT app. Apple has given an undertaking to the Secretariat that it will immediately provide the technical details required for TWINT to stop Apple Pay from starting automatically during the payment process using the TWINT app.

3.2.2 Healthcare

Hirslanden AG and the Klinik Stephanshorn requested that precautionary measures be taken in relation to the Canton of St. Gallen's hospital planning for the duration of an investigation relating to the alleged abuse of a dominant position. In particular, they requested that the cantonal government in the Canton of St. Gallen should as a precautionary measure be required to place the Klinik Stephanshorn on the 2017 list of hospitals offering specific types of acute care services. The request was rejected, as the requirements were not met for ordering precautionary measures – in particular because it was not clear what decision would ultimately be made, nor that the requesting parties were actually suffering any disadvantage that could not be easily rectified.

The **Claraspital Basel** and the **University Hospital Basel** are establishing a centre for abdominal medicine, known as 'Clarunis', providing medical services in the fields of abdominal surgery and gastroenterology. They plan to jointly employ the highly specialised medical staff that are required for these operations and treatments. With this abdominal medicine centre, the two hospitals aim to jointly provide medical services in the areas of basic, specialised and highly specialised medical care, thus making a joint contribution towards university teaching and research. The hospitals involved have submitted a notification under the opposition procedure set out in Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act. Although patient control in a highly specialised medical sector could potentially have been problematic, the competition authorities decided not to open proceedings, because patient control in the field of highly specialised abdominal surgery has been carried out as a consequence of the concentration process initiated throughout Switzerland.

Various health insurance companies have submitted their planned **industry agreement** on "**external agents**" under the opposition procedure. In terms of Art. 19 para. 3 of the Health Insurance Oversight Act and Art. 31a of the Insurance Oversight Act, the agreement aims to improve the quality of the advice given and the contracts concluded, to limit the fees paid to external agents to a reasonable level, and to stop cold calling by telephone. The main issue that the report addressed was therefore the extent to which there were reserved provisions under Art. 3 Cartel Act. In addition, the question of the admissibility of the notification was of special importance, as similar agreements are already in force. The requirement that external agents have specific training and the level of fees paid under the Insurance Contracts Act could potentially have been problematic. This has been made clear to the insurers without any proceedings being opened.

Three further cases related to the **market for “Spitex” (care in the community) services** in the cantons of Basel-Stadt, Fribourg and Thurgau, each involving similar issues. Firstly, there is a lack of any public bidding procedure to award such contracts for services to private companies. Secondly, the cases relate to appeals by private companies that feel discriminated against by the communes and cantons. In particular the system of granting subsidies for services from public entities is controversial. This system appears to favour Spitex, which benefits from the subsidies. The competition authorities are currently making a closer examination of the issues raised.

In the course of the year numerous enquiries were received from members of the public relating to health services. Some of these enquiries led to market monitoring procedures that have not yet been concluded.

In addition, the Secretariat participated in around a hundred consultation procedures, for the most part relating to parliamentary proposals on social insurance and healthcare markets. As part of these ‘advocacy’ activities, it submitted numerous opinions to the federal authorities responsible.

With its decision of 2 November 2009 in the **off-list medicines** case, ComCo declared the recommended retail prices that manufacturers had set for medicines that treat erectile dysfunction to be unlawful hard vertical agreements affecting competition and imposed sanctions on the pharmaceutical companies concerned. The appeals filed against this decision were upheld by the Federal Administrative Court. ComCo filed an appeal against this judgment in the Federal Supreme Court. The Federal Supreme Court agreed with ComCo and on 12 February 2015 referred the decision back to the Federal Administrative Court. In its five judgments of 19 December 2017, the Federal Administrative Court held that the published recommended prices had not restricted competition. As they were maximum price-recommendations, they had instead prevented prices from rising to an excessive level. It quashed the sanctions orders against the manufacturers of the potency drugs. The EAER, in consultation with ComCo, filed an appeal against these judgments at the end of January 2018 in Federal Supreme Court.

3.2.3 Liberal professions and other services

In 2018, two investigations were opened with searches of houses and business premises in relation to the liberal professions and liberal professional services. One investigation relates to installation and electricity services in Geneva. In various companies that were the subject of searches, a large number of interviews have already been conducted. At present the data seized are being analysed in order to assess whether the companies involved agreed on prices when bidding for private and public contracts for installation and electricity services.

On 5 March 2018, the competition authorities opened an investigation into the **Oberwallis Driving Instructors’ Association** (FVO) and its active members and conducted searches of houses and business premises. The investigation focuses on indications that the companies under investigation have entered into pricing arrangements for driving lessons and highway code courses in

the Oberwallis. Based on these indications and the documents seized in the searches of houses and premises, an assessment will now be made as to whether the Oberwallis Driving Instructors’ Association and its active members actually entered into unlawful agreements affecting competition. ComCo is expected to issue its decision at the beginning of 2019.

The service also dealt with cases relating to lift maintenance, ski schools and taxi services.

3.3 Infrastructure

3.3.1 Telecommunications

ComCo imposed a fine of around CHF 3.6 million on Naxoo on 11 December 2017 in the **Supermédia** investigation, after it was proven that Naxoo held a dominant position in its area of activity, in particular in the city of Geneva in the market for cable connections, and that it had abused this position firstly by imposing unreasonable terms and conditions in agreements for cable connections with house owners and secondly by obstructing potential competitors. Naxoo has appealed against the decision.

Further progress was made in the preliminary investigation in connection with the **broadband networking of business locations (WAN connection)**.

3.3.2 Media

On 29 January 2018, the Federal Supreme Court dismissed the appeal filed by Les éditions des 5 frontières SA against the decision of the Federal Administrative Court of 25 April 2017, which ordered the publication of the substantive decision in the case on **book prices in French-speaking Switzerland (marché du livre en français)** in the DPC/RPW, ComCo’s publication organ. Les éditions des 5 frontières SA requested the Federal Supreme Court to order that the passages in the text in the above ruling that mention its premises and its internal organisation as well as the details of the cited contract be redacted.

The investigation opened by ComCo in May 2017 into UPC Switzerland GmbH in response to allegations that it was abusing a dominant position in relation to the broadcasting of **ice hockey on Pay TV** was continued. In the summer of 2016, UPC acquired the broadcasting rights for the top Swiss ice hockey leagues from the Swiss Ice Hockey Federation for five years from season 2017/18. The key question in the investigation is whether UPC is unfairly preventing rival TV platform providers, in particular those not operating via the cable network, from broadcasting ice hockey matches.

ComCo also carried out detailed assessments of three company mergers in the media industry. In the case of the mergers between **AZ Medien/NZZ, Tamedia/Goldbach** and **Tamedia/Basler Zeitung**, ComCo decided on the basis of the detailed examination to give the go-ahead to the mergers (see Sec. 2.1.)

In addition, ComCo assessed the following **company mergers**: in the case involving SDA and Keystone, SDA and Keystone planned to merge to become a Swiss agency providing a comprehensive range of services. In the case of Tamedia/AXA/JV, Tamedia and the Axa Insurance planned to launch a joint venture to trade in used

cars online. ComCo gave the green light to both these mergers following a provisional examination.

3.3.3 Energy

The Secretariat continued **two preliminary investigations** in the **gas** sector. In one case, the issue is various practices of a local gas network operator that could lead to different charges for using the network for the company's own end customers in comparison with the charges paid by those supplied by third parties. The other case involves the refusal of two gas network operators to allow natural gas from third parties to pass through their system. In both preliminary investigations, the aim is to establish whether there is any evidence of unlawful conduct by the network operators in terms of Article 7 Cartel Act.

In the **electricity** sector, both the Secretariat and ComCo were requested on several occasions to provide opinions in office consultation procedures and in legislative consultation proceedings and hearings respectively.

3.3.4 Other sectors

The Federal Administrative Court has still to issue a decision in the appeal proceedings in the case relating to **air freight**. Various parties have appealed to the Federal Administrative Court against the ruling of 2 December 2013, which concluded the air freight investigation and led to sanctions totalling around CHF 11 million being imposed on 11 airlines for entering into horizontal price-fixing agreements. Also in dispute was whether and to what extent the ruling of 2 December 2013 will be published. On 30 October 2017, the Federal Administrative Court partly upheld the nine appeals filed in relation to the extent of publication. After the matter was referred back to ComCo, on 12 November 2018 ComCo ordered a revised version to be published. A further opportunity is available to appeal against this decision.

SwissPost has appealed to the Federal Administrative Court against ComCo's decision of 30 October 2017 in the case on the **business customer pricing system for letter post services**. ComCo had issued the decision on conclusion of the investigation into SwissPost, and imposed a fine of around CHF 22.6 million. The subject of the investigation was SwissPost's pricing systems for business customers in relation to addressed postal deliveries, which it had used in abuse of its dominant position.

In relation to postal services, ComCo had to assess the merger between **TNT Swiss Post and FedEx Express**. TNT Swiss Post intended to take over FedEx Express. After the provisional examination of the project, ComCo gave the merger the green light.

3.4 Product markets

3.4.1 Focus on vertical agreements

On 9 April 2018, ComCo amended its guidance on the vertical notice to take account of the landmark judgment of the European Court of Justice (EuCJ) on **third-party platform bans** in the Coty case. Previously the vertical notice guidance had not mentioned third-party platform bans or restrictions on sales via electronic market places, as there was no clear case law in relation to this. The guidance now states that a third-party platform ban, like that

considered in the EuCJ judgment, does not in principle constitute a serious restraint of competition in qualitative terms. The retrospective amendment of the guidance on the vertical notice shows that ComCo modifies its guidance quickly when necessary and consistently applies the European rules in an analogous manner in Switzerland.

As in 2017, Secretariat was again involved in 2018 in the public discussion of specific examples of excessive prices for imported products in connection with the **Fair Prices Initiative** ("Put an end to Switzerland as an island of high prices"). Most cases involved Swiss consumers asking foreign manufacturers directly to supply products and being told to contact their general importer, branch or subsidiary in Switzerland. These cases do not meet the requirements for being potentially unlawful territorial protection agreements. Two examples that an association sent to the Secretariat at its request contained indications of possible unlawful absolute territorial protection agreements under Art. 5 para. 4 Cartel Act. An investigation, however, failed to confirm these indications. Given the legal position, the Secretariat recommended that market participants make their request to a foreign dealer that is independent of the manufacturer and report import difficulties that are possibly due to an agreement restricting competition – e.g. between a manufacturer and a foreign dealer independent of the manufacturer - to the Secretariat.

On the subject of "**Switzerland as an island of high prices**" the Secretariat conducted over 20 market monitoring procedures in response to suspicions of price-fixing agreements, market foreclosures and the prevention of online trading. In some cases, corrections were recommended and implemented in order to achieve clarity and prevent misunderstandings. Individual market monitoring procedures related to possible export bans in distribution agreements outside the European Economic Area (EEA) and import bans imposed in countries outside the EEA. According to the decision of the Federal Supreme Court in the Gaba/Elmex case and of the Federal Administrative Court in the Nikon case, such bans are unlawful unless they are justified on grounds of economic efficiency. The Secretariat therefore considered the issue of the aims and objectives of these contract clauses in particular and explained the legal position in Switzerland to the foreign suppliers. It was decided not to open proceedings on the grounds that this would be disproportionate.

3.4.2 Consumer goods industry and retail trade

On 9 April 2018, ComCo concluded the investigation into the German company **RIMOWA** GmbH by reaching an amicable settlement and imposing a fine (see Section 2.1).

At its public deliberations on 18 May 2018 in the case relating to **Altimum SA**, the Federal Supreme Court came to the conclusion that Altimum SA had infringed the law on cartels in that it had required its retailers to apply minimum sale prices for mountaineering equipment (see Section 2.2). The Federal Supreme Court thus confirmed ComCo's decision on the same matter from 20 August 2012.

On 22 October, ComCo opened an investigation into **Stöckli** Swiss Sports AG. The investigation focuses on

possibly unlawful vertical price-fixing agreements between Stöckli Swiss Sports AG and its retailers. There are also indications that Stöckli Swiss Sports AG prohibits its retailers from selling Stöckli products online and does not permit cross-supplies between its retailers. The investigation will examine whether Stöckli Swiss Sports AG has actually entered into unlawful agreements under Art. 5 Cartel Act with its retailers.

3.4.3 Watch industry

In August 2018, the preliminary investigation was concluded in relation to the **after-sales services** (Service Après-Vente; SAV) provided by several watch manufacturers. The focus of the preliminary investigation was the question of whether their refusal to supply independent watchmakers with spare parts is problematic under competition law. A key issue in the competition law assessment of the case was that proceedings were pending at the same time in the EU in which the same questions had been raised in relation to the same watch manufacturers. The EU Commission held that the SAV systems were neither unlawful agreements nor an abuse of market dominance. In the present case, the ComCo Secretariat decided not to open an investigation. This was because no grounds were identified in the enquiries that pointed to a judgment being reached that differed from the EU decision. The Secretariat therefore regarded the opening of investigation proceedings as disproportionate.

On 13 November 2018, proceedings were opened under Art. 30 para. 3 Cartel Act in the case of **Swatch Group end to supply**. The subject of these proceedings is the amicable settlement approved in a decision dated 21 October 2013, which permits ETA SA Manufacture Horlogère Swiss (ETA), a subsidiary of The Swatch Group AG, to gradually reduce supplies of mechanical watch movements to its current customers. The amicable settlement provides that ETA is no longer under any obligation to supply movements after 31 December 2019. The proceedings were opened on the basis of indications that from 2020 there may not be sufficient numbers of alternative sources available to satisfy the watch manufacturers' demand for mechanical watch movements. Given the current level of knowledge of the case, it is impossible to assess whether it is necessary to revoke or amend the decision that ComCo made at the time. This requires an analysis of the current market and competition conditions, which will be carried out as part of the proceedings just opened.

3.4.4 Automotive sector

On 3 May 2018 the Federal Administrative Court issued two judgments in the case of **VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013**. Two addressees of ComCo ruling of 6 June 2016 **on the approval of the amicable settlement** with AMAG had challenged the ruling. The Federal Administrative Court took the view that the two parties have no title to appeal against the approval ruling, with the result that it dismissed their appeals. In the same case, the Federal Administrative Court with judgments dated 3 and 22 May 2018 rejected two appeals against the ComCo **ruling on publication** dated 20 June 2016. The court concluded that the passages that the appellants wanted to be redacted did not constitute trade secrets. The court followed the judgment of the Federal Supreme Court in

the case of Nikon and stressed that it was not possible to give protection to a secret if its content was in breach of competition law. Information that would provide proof of behaviour that is contrary to competition law is not entitled to be treated as confidential.

On 26 June 2018, ComCo opened an investigation into AMAG Automobil und Motoren AG and against other vehicle dealers of various Volkswagen Group brands in Ticino (**Concessionari Volkswagen**). The investigation focuses on indications of bid rigging in public tendering procedures for contracts to supply vehicles and vehicle fleets in the canton of Ticino. The vehicle dealers of various Volkswagen Group brands in Ticino are alleged to have agreed on what offers they would submit to the Canton of Ticino and Ticino communes. The investigation will examine whether unlawful agreements affecting competition in this sense were actually concluded.

In October 2018, the Secretariat announced the conclusion of the preliminary investigation into the **AMAG Sales Network**. The investigation revealed that AMAG gave preference to service partners that were also partner dealers. Linking servicing and sales is contrary to the principles of the ComCo notice on the competition law treatment of vertical agreements in the motor vehicle sector (MV Notice). In the circumstances the Secretariat recommended that AMAG should in future also work with partners which only service vehicles and which are not involved in sales. In relation to the allegation that independent partner dealers were being discriminated against in comparison with the retail businesses belonging to the Group, the Secretariat noted that the AMAG Group has been running its import and retail operations since 1 January 2018 as separate legal entities and the same conditions apply to the retail businesses that belong to the Group as for independent partner dealers. AMAG also announced that it was terminating numerous sales and service contracts. However, this move was consistent with the principles in the MV Notice on the termination of contracts. The Secretariat decided not to open an investigation provided AMAG implements the Secretariat's recommendations.

The Secretariat also conducted a series of market monitoring procedures in the automobile sector: in addition to AMAG, other Swiss general importers of new vehicles announced the termination of numerous sales and service contracts. The Secretariat examined these terminations in response to complaints from **sales and service partners**. In all cases, the principles on terminating contracts in the MV Notice had been complied with.

In addition, the Secretariat looked into reports from end customers relating to **restrictions on the manufacturer's guarantee** for vehicles and motorhomes imported directly or in parallel into Switzerland. In these cases, the Secretariat confronted the vehicle manufacturers and importers concerned with the allegations and drew their attention to the principles in the MV Notice. The enquiries did not reveal any indications of violations of competition law.

One report from an end customer related to the **restriction of deliveries to a foreign vehicle agent** in Switzerland. The Secretariat's enquiries revealed that this

agent was not able to arrange the sale of any motor vehicles in Switzerland as a result of the manufacturer's initial registration regulations, which suggested that there may have been an unlawful territory protection agreement. However, at present there are various other channels that end customers and agents can use to import new vehicles into Switzerland directly or in parallel via dealers in order to take advantage of cheaper foreign prices. Taking account of these circumstances and for reasons of proportionality, the Secretariat decided not to open proceedings.

In addition, the Secretariat followed up various reports from dealers and workshops relating to **restrictions on the sale of spare parts to independent workshops**. It drew the attention of the car manufacturers and importers against which the allegations had been made to the principles in the MV Notice and asked them for their comments. The enquiries did not disclose any indications of unlawful agreements affecting competition.

Lastly the Secretariat regularly responded to enquiries from dealers and workshops as well as end customers. These related to matters such as the refusal of manufacturers to honour guarantees, the termination of dealership and/or service contracts, requirements for the authorisation of a sales and service network, the prevention of parallel and/or direct imports and **access to technical information** from various car manufacturers and brands. The Secretariat replied to these enquiries on the basis of the principles in the MV Notice and ComCo's guidance on the MV Notice.

3.4.5 Agriculture

The Secretariat was involved in around 40 office consultation procedures relating to agriculture, in particular with regard to amendments to ordinances, proposals from Parliament and the development of agriculture policy. Among other things, it repeatedly advocated reducing the protection given to the Swiss agricultural sector against foreign imports. In addition, the Secretariat received a number of enquiries relating to agricultural topics, which led to meetings, the provision of advice and market monitoring procedures.

3.4.6 Other sectors

On 29 January 2018, ComCo concluded the **engine fuel** investigation involving Bucher AG Langenthal and Husqvarna Schweiz AG with amicable settlements and of a fine of around CHF 610,000 (see Section 2.1).

3.5 Internal market

The **Internal Market Act (IMA)** guarantees intercantonal freedom of movement and a public bidding process for concessions and cantonal procurements.

The most important case in the law of the internal market related to the **Ticino Act on Commercial Enterprises (LIA)**. The Canton of Ticino Administrative Court upheld the appeals filed by ComCo (see Section 2.2). Commercial enterprises from other cantons were therefore able to invoke the IMA in order to gain access to the market in Ticino without having to be registered under the LIA. ComCo received over 50 enquiries relating to the LIA from companies from outside Ticino and was active in providing updates on the legal position, including posing ques-

tions and answers on its website. ComCo was also in contact with the authorities in Ticino and contributed to securing the quick implementation of the judgments. The Cantonal Parliament in Ticino decided on 6 November 2018 to repeal the LIA.

The Federal Supreme Court issued a judgment on 12 October 2018 relating to the outpatient care (**Spitex**) in **Aarburg**. The case focused on the question of the extent to which the allocation of contracts for outpatient care services to private organisations requires a public tendering process. This has been a controversial issue for a long time, and neither the case law nor expert opinion was settled. The Federal Supreme Court held that the allocation of these public service contracts was subject to the law on public procurement. In reaching its decision, the Court gave more weight to the commercial nature of the public service contract than to the fact that the service provider was a charitable organisation. ComCo submitted its opinion on the case to the Federal Supreme Court, which the Court took into account in its decision.

In a judgment dated 22 February 2018, the Canton of St. Gallen Administrative Court upheld an appeal filed by ComCo in a case relating to the **Stadt Wil** (town of Wil). The Stadt Will awarded a contract for planning the reorganisation of its administration directly, i.e. without issuing a public invitation to tender. The Stadt Wil gave several reasons for awarding the contract directly. The cantonal administrative court did not regard any of these reasons as justifying the direct award of the contract. An unlawful direct award infringes Art. 5 IMA.

ComCo submitted an opinion to the Federal Supreme Court in appeal proceedings relating to the **luxury Hotel Metropole in Geneva**, which owned by the city. The dispute relates in particular to whether a public invitation to tender must be issued for the transfer of the Hotel Metropole's operations to the private sector. The fact that the hotel fulfils a public function suggests that the law on public procurement should apply, while the hotel's qualification as a financial asset suggests that it does not. The Federal Supreme Court has still to issue its judgment.

The ComCo Secretariat provided an opinion on the **award of concessions for advertising billboards** in supervisory proceedings conducted by the Canton of **Fribourg**. The IMA provides that transferring the benefit of communal monopolies to private individuals must be carried out by means of a public and non-discriminatory tendering process. In 2016, the Federal Supreme Court held that under Art. 2 para. 7 IMA the award of concessions for billposting had to be based on a public tendering process.

The **awareness campaigns** on bid rigging and the law of the internal market conducted in five cantons in French-speaking Switzerland and received with a great deal of interest in the cantonal administrations will help to ensure in particular that more account is taken of internal market law.

3.6 Investigations

In the past year, the Centre of Competence for Investigations carried out searches of houses and business premises in four investigations. The year began with a major search of houses and premises in the canton of Geneva in connection with an investigation relating to installation

and electricity services; the year ended with a major search of the offices of Swiss financial institutions in connection with the Boycott Apple Pay case.

In each of these searches, a large volume of electronic data was seized as potential evidence. As a result, the Centre of Competence for Investigations was heavily involved in the triage of the electronic data, an initial step required to separate information subject to lawyer-client confidentiality and private information from other data. The Centre of Competence for Investigations supported the services responsible for these procedures in their analysis of the electronic data.

In connection with the searches, witnesses and other parties were questioned on site and in the subsequent days. These 'first hour' interviews are conducted in order to quickly establish the facts of the case and to prevent any collusion between persons suspected of involvement in unlawful activities. In one investigation, the company involved filed a legal objection against the interviews. The company applied to the Federal Administrative Court for an interim injunction. Such procedural steps cause delays and reduce the significant effects that the interviews can have as an investigation measure. The Centre of Competence was closely involved in these procedures. It drafted protective briefs containing the arguments of ComCo Secretariat for submission to the Federal Administrative Court. The Federal Administrative Court ultimately decided in favour of the competition authorities.

3.7 International

EU: The competition law cooperation agreement between Switzerland and the EU, which has been in force since 1 December 2014, has proven its value so far. The competition authorities in Bern and Brussels are regularly in contact. The agreement encourages an exchange of experiences and facilitates close cooperation and coordination in investigations, including the exchange of confidential information. The ComCo Secretariat has already contacted the case teams of the EU Commission's Directorate-General for Competition in various investigations, in order to discuss procedural issues and the substantive assessment of the case. In the case of voluntary admissions, contact in order to clarify procedural and material issues only takes place if the company concerned gives its written consent. In the merger procedures with parallel reports in Switzerland and in the EU, the Secretariat no longer requires the consent of the parties to discuss technical and substantive issues with the staff of the Directorate-General for Competition. Such exchanges take place regularly to ensure that there are no unnecessary inconsistencies in parallel proceedings. In market monitoring procedures and preliminary investigations, there are regular contacts to establish whether the EU Commission also takes the view that there is a problem under competition law or to obtain additional information with a view to making progress with the case. Overall, the Agreement facilitates the enforcement of competition law in Switzerland in cases that also involve issues of EU competition law.

ECN: A representative of the Secretariat took part in the meetings of the banking and payment group of the European Competition Network (ECN). He provided regular

updates on the implementation of the amicable settlement on reducing the interchange fee in Switzerland.

Germany: At the beginning of 2018, the Federal Council issued the mandate to negotiate with Germany on a bilateral agreement on cooperation in the field of competition. Talks with Germany will begin soon. Germany is by far Switzerland's most important trading partner world-wide. In view of this, ComCo would very much welcome a competition agreement with Germany.

OECD: Representatives of ComCo and the Secretariat attended the two annual meetings of the OECD Competition Committee in Paris. Discussions focused on competition policy in the digitalised economy in relation to blockchains, personalised prices, e-commerce and taxi services. An emerging priority is competition issues in healthcare markets, such as disproportionately high prices for medicines. In the workshops organised by the OECD on the topics of uncovering cartels and managing complex cartel cases, ComCo gave a presentation on its experiences in successfully uncovering bid rigging through statistical procedures (screening).

ICN: The competition authorities monitored international developments in competition law as a member of the International Competition Network (ICN). In 2017, the Agency Effectiveness Working Group published two new works, on "Guidance on Investigative Process" and "Guiding Principles for Procedural Fairness". The Cartel Working Group conducted several webinars in which the Secretariat also took part. Among the topics discussed was "leniency incentives and disincentives". The head of the Centre of Competence for Investigations also participated in the Cartel Working Group workshop in Tel Aviv on "How to crack a cartel step by step". ComCo was also represented at the workshop of the Working Group on Unilateral Conduct in South Africa. Issues raised there included the assessment of dominance, predatory pricing and exclusive contracts. In 2018, the Merger Working Group published a revised version of the ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures. In January 2018, the Secretariat responded to a questionnaire from the working group on the subject of vertical mergers and participated in several telephone conferences in the course of the year. A ComCo delegation attended the ICN annual conference in New Delhi in March 2018. In the area of ICN advocacy, the Swiss working group regularly participated in telephone conferences on various advocacy projects and workshops. The working group also responded to a survey on the collection of fines and monitored the development of advocacy in digital markets in various ICN member states.

UNCTAD: The Director of the Secretariat took part in the presentation of the evaluation report on the COMPAL cooperation programme at the UNCTAD annual conference. The conclusion of Phase III of the COMPAL programme funded by SECO also brought an end to a commitment lasting several years for the Secretariat, in which 23 employees of competition authorities, mainly from Latin America, were able to benefit from internships in the Secretariat.

3.8 Legislation

Following the rejection of the planned reform of the Cartel Act in September 2014, the current situation with **parliamentary proposals** relating to the Cartel Act that have been submitted but are still pending is as follows:

- The **Altherr Parliamentary initiative** of 25 September 2014 “Excessive import prices. End compulsory procurement on the domestic market” (14.449), which has been endorsed by the committees of both Councils, has been adjourned until autumn 2019.
- The **Hess Motion** of 18 June 2015 “For a more effective Cassis de Dijon principle” (15.3631) was rejected by both Councils in March and June 2018 respectively as a result of a report from the Federal Council (17.050).
- The **Bischof Motion** of 30 September 2016 “Ban adhesion contracts between online booking platforms and the hotel industry” (16.3902) was approved by both Councils; the EAER is expected to draft a related bill by autumn 2019 that will be submitted for consultation.
- The **Fournier Motion** of 15 December 2016 “Improve the position of SMEs in competition proceedings” (16.4094) demands deadlines for courts, procedural costs for parties, more lenient sanctions for SMEs and the publication of decisions only after they have become legally enforceable. Following its approval by the Council of States, on 5 March 2018 the National Council accepted the first two points and rejected the other two. The EAER is currently drafting a bill that will be submitted for consultation.
- On 8 March 2018, the National Council accepted the **National Council Economic Affairs and Taxation Committee Motion** of 14 August 2017 “Create an effective instrument to prevent unreasonable periodical prices” (17.3629); the motion has still to be debated in the Council of States.
- The **Pfister Interpellation** of 14 December 2017 on the “Improper foreclosure of the Swiss motor vehicle market” (17.4151), which relates to parallel and direct imports of vehicles, is being debated in the National Council.
- The **Pfister Motion** of 27 September 2018 on the “Effective implementation of the Cartel Act in the motor vehicle sector” (18.3898) demands that the Federal Council enact an ordinance to protect consumers and SMEs from practices in the motor vehicle sector that distort competition. The Federal Council has called for the motion to be rejected, but the Councils have yet to consider it.
- The **Vogler Interpellation** of 28 September 2018 on “Speeding up ComCo proceedings” (18.4058), which relates to the length of time taken to process cases, is being considered by the National Council.
- The **Nantermod Motion** of 12 December 2018 on “Fair and effective procedures in competition law”

(18.4183), which calls for changes to the procedural rules on inspecting files and compulsory fees in preliminary investigations has not yet been considered.

- The **Français Motion** of 13 December 2018 “The revision of the Cartel Act must take account of both qualitative and quantitative criteria in assessing the illegality of an agreement restricting competition” (18.4282), which calls for an amendment to Art. 5 Cartel Act, has not yet been considered.
- The **Bauer Motion** of 14 December 2018 on “ComCo investigations: the presumption of innocence must take precedence” (18.4304) demands the repeal of Art. 28 Cartel Act, which provides for the public announcement of the opening of an investigation, naming the parties. It has not yet been considered.

The Federal Council has drafted an indirect counter-proposal to the **Fair Prices Initiative** (“Put an end to Switzerland as an island of high prices – for fair prices”), which was submitted in December 2017, and which provides for the introduction of a provision in the Cartel Act on relative market power, but which is limited to preventing misconduct by companies in cross-border competition. Currently the EAER is preparing a report on the consultation procedure which was concluded at the end of November 2018 as well as the dispatch on the Fair Prices Initiative and the Federal Council’s indirect counter-proposal.

SECO has overall responsibility for drafting the revision bills on behalf of the administration. The Secretariat is also involved in this work.

4 Organisation and Statistics

4.1 Competition Commission and Secretariat

In 2018 ComCo held 14 full or half-day plenary sessions. At these meetings it took the decisions on matters related to the Cartel Act and the Internal Market Act. More details of these can be found in the statistics below (see Section 4.2).

The following staff changes took place at ComCo in 2018:

- **Andreas Heinemann** took over as President from 1 January 2018, as the successor to Vincent Martenet.
- **Danièle Wüthrich-Meyer** was appointed Vice-President from 1 January 2018.
- **Isabel Martínez** replaced Daniel Lampart as a member of the Competition Commission from 1 January 2018.
- The Federal Council appointed two new Competition Commission members on 9 March 2018: **Clémence Grisel Rapin** and **Nicolas Diebold**. They took office on 1 July and 1 April 2018 respectively.

In 2018 the following changes took place in key positions in ComCo Secretariat:

- **Rafael Corazza**, Director of the Secretariat, retired on 31 July 2018 at the age of 67.

- On 23 May 2018, the Federal Council appointed **Patrik Ducrey** as the new Director of the Secretariat. The former Deputy Director took up his new post on 1 August 2018.
- On 17 September 2018 ComCo appointed **Andrea Graber Cardinaux** as Vice Director of the Secretariat. She took up her new post on 1 October 2018.
- **Frank Stüssi** took over the role of Head of Communications from 1 October 2018 and on 14 December 2018 was promoted by the Federal Council from Vice Director to Deputy Director from 1 January 2019.

Rafael Corazza certainly made his mark in the twelve years he served as Director of the Secretariat. He studied at the University of St Gallen (HSG) and the University of Madrid. He graduated in 1976 with a degree in economics from the HSG and obtained a doctorate there in 1985. He completed traineeships in companies in the private sector and was also an assistant at the Institute of Economics at the HSG. During his studies, he worked as an independent consultant. Rafael Corazza joined the Federal Administration in 1984 as secretary to the Cartels Commission and worked from 1987 to 2006 at the Office of the Price Commissioner, initially as deputy director and director and ultimately as Deputy Price Commissioner. On 9 June 2006, the Federal Council appointed him Director of the Secretariat from 1 October 2006.

During his period in office, ComCo reached a series of landmark decisions. Numerous important projects were carried out and developments achieved during his term of office. Rafael Corazza was also the member of various panels of experts. Two defining projects are worth highlighting: the evaluation of the Cartel Act, with the work that arose from that project, and screening as a statistical method for detecting agreements affecting competition.

He had only just assumed office when the Head of the then Federal Department of Economic Affairs (FDEA, now the EAER) at the time, Federal Councillor Doris Leuthard, mandated him in winter 2006/2007 with the **evaluation of the Cartel Act**. Under Art. 59a of the revised Cartel Act, the Federal Council was responsible for evaluating the effectiveness of the measures and the enforcement of the Cartel Act, reporting to Parliament and submitting proposals for further action. Rafael Corazza set up and chaired a broadly-based Cartel Act evaluation group to carry out this comprehensive task. The evaluation of the Cartel Act included a consolidated report based on 15 reports and studies (around 1,000 pages of documentation in total). The consolidated report contained an assessment of the effects and effectiveness of the Cartel Act at the time, highlighted any need for action and concluded with a series of recommendations to Parliament and the executive (Federal Council, FDEA, ComCo and its Secretariat).

The recommendations made to ComCo and its Secretariat led to ComCo's reorganisation and numerous organisational developments. ComCo opted for a presidency model, in which five entities at Commission level (Presidency, three chambers, plenary session) were replaced by two (Presidency, plenary session), thus reducing the work involved in allocating and separating responsibilities,

exchanging information and coordinating tasks. In four working groups (commission work, management in the Secretariat, core processes, and IT), ComCo and the Secretariat devise various measures to improve ComCo's decision-making processes, its efficiency and management, the Secretariat's process orientation and to improve coordination between the Commission and the Secretariat.

The recommendations made to Parliament and to the then FDEA also led to wide-ranging legislative work and consultations. Even though the revised legislation ultimately failed to receive Parliament's approval, the work involved formed the basis for the ongoing discussions and the reform efforts that began again later.

A second focus of Rafael Corazza's work was developing an instrument for the active statistical exposure of unlawful agreements. Every week, ComCo and its Secretariat receive a range of reports and complaints about potential infringements of competition law, which they consistently follow up. The question that Rafael Corazza nevertheless raised and to which he demanded an answer was whether cartels can be actively uncovered by data analysis. His main aim was to increase the deterrent effect of the Cartel Act. As combating price fixing in public procurement had been a ComCo priority since 2008, Rafael Corazza began the pilot project on screening. Its aim was to analyse data on tendering procedures and to develop statistical methods that would highlight irregularities in the bidding process. He assigned this task to a team of employees, requested the cantons to provide data on tendering procedures and pressed ahead with the work that eventually led to a screening tool.

The statistical analysis of data requires a thorough understanding of market structures and above all data on the bidding behaviour of companies in tendering procedures. Obtaining data itself proved to be a sticking point. After the Canton of St Gallen made data available on tendering procedures, the Secretariat developed a statistical method that identified irregularities in agreements affecting competition during the procurement process. Two financial ratios were the key: the coefficient of variation and the relative similarity measure (see Section 5.3).

The development of the screening tool and the related statistical analysis of data on bids from the Canton of St. Gallen led in April 2013 to an investigation being opened into agreements in the road construction and civil engineering sector in the See-Gaster region, in which ComCo uncovered hundreds of price-fixing agreements in July 2016 (see Sections 3.1.1, 5.3 and 5.4). With the conclusion of this investigation and the successful application of the screening tool, an important milestone was reached: the statistical analysis of data can be actively used to detect cartels. The effectiveness of the analysis generated international interest in the screening tool, from other competition authorities, the OECD and from major procurement offices. Thanks to Rafael Corazza's tireless commitment, the Secretariat garnered international esteem in the fight against bid rigging.

Rafael Corazza ran the ComCo Secretariat with enthusiasm and foresight. He knew how to motivate his staff and always appreciated their work. He worked tirelessly, without seeking the limelight. Instead, he always highlighted

the work of others and allowed them to reap the praise they were due. He concentrated on making progress with his projects, using his staff in a targeted manner and helping to develop the authority. During his 12 years in office, Rafael Corazza saw the competition authorities prosper and contributed decisively to developing the application of the Cartel Act. We will continue to build on the excellent foundations he has laid. We wish to express our heartfelt thanks to Rafael Corazza.

4.2 Statistics

At the end of 2018, the **Secretariat** employed 68 (previous year 72) staff members, 39.70 per cent of whom were women (previous year 43%). The 68 employees include both full-time and part-time staff representing a total of 58.1 (previous year 60.9) full-time positions. The number of employees involved in matters relating to the application of the Cartel and Internal Market Acts (including the executive board) is 51 (previous year 53), corresponding to 44.3 full-time positions (previous year 46.1). Twelve employees (previous year 14) work in the Resources and Logistics Division, providing support for all ComCo's work; this corresponds to 8.8 (previous year 9.8) full-time positions. The Secretariat also offers 5 (previous year 5) internships. These 5 interns work full-time.

The statistics on the work carried out by ComCo and its Secretariat in 2018 are set out below:

	2018	2017
Investigations		
Conducted during the year	24	30
Carried forward from previous year	18	26
Investigations opened	6	4
New investigations from divided investigations	0	0
Final decisions	4	12
Amicable settlements	2	2
Administrative rulings	2	4
Sanctions under Art. 49a para. 1 Cartel Act	4	11
Part-rulings	0	0
Procedural rulings	0	1
Other rulings (publications, costs, searches, etc.)	2	3
Precautionary measures	0	1
Sanctions proceedings under Art. 50 ff. Cartel Act	0	0
Preliminary investigations		
Conducted during the year	15	18
Carried forward from previous year	10	9
Opened	5	9
Concluded	7	7
Investigations opened	2	1
Modification of conduct	3	3
No consequences	2	3
Other activities		
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act	2	2
Advice	21	21
Market monitoring	72	63
Freedom of information applications	20	9
Other enquiries	581	635
Mergers		
Notifications	34	32
No objection after preliminary investigation	27	27
Investigations	3	3
Decisions of ComCo after investigation	3	3
Authorisation refused	0	1
Authorised with conditions/requirements	0	0
Authorised without reservations	3	2
Early implementation	0	0
Appeal proceedings		
Total number of appeals before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court	37	31
Judgments of the Federal Administrative Court	7	7
Success for the competition authority	5	5
Partial success	1	1
Unsuccessful	1	1
Judgments of the Federal Supreme Court	1	2
Success for the competition authority	0	2
Partial success	1	0
Pending at the end of the year (before Federal Administrative Court and Federal Supreme Court)	33	21

Expert reports, recommendations and opinions etc.		
Expert reports (Art. 15 Cartel Act)	0	1
Recommendations (Art. 45 Cartel Act)	0	0
Expert opinions (Art. 47 Cartel Act, 5 para. 4 PMA or 11a TCA)	2	3
Follow-up checks	0	0
Notices (Art. 6 Cartel Act)	0	1
Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)	152	210
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)	8	8
IMA		
Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)	0	1
Expert reports (Art. 10 IMA)	3	5
Explanatory reports (Secretariat)	94	73
Appeals (Art. 9 para. 2 ^{bis} IMA)	0	0

A glance at the statistics for 2018 and a comparison with the figures from 2017 reveal the following:

- In 2018, **fewer final decisions** were taken than in the previous year. This is because seven of the twelve final decisions taken in 2017 related to bid rigging in the canton of Graubünden, and relate to matters that originally formed part of a larger investigation which was divided into ten separate investigations in the course of the proceedings (see Section 3.1.1). In view of this, ComCo also imposed fewer sanctions under Art. 49a para. 1 Cartel Act in 2018 than in the previous year.
- The Secretariat conducted a **similar number of preliminary investigations** in 2018 to the previous year.
- In 2018, ComCo received notification of a **similar number of merger procedures** to 2017. Likewise, in 2018 ComCo approved the same number of mergers after the preliminary examination and a similar number following a detailed examination as in the previous year. On the other hand, in 2018 ComCo did not prohibit any mergers.
- The number of **appeals pending** before the courts **increased** in 2018 when compared with 2017.
- The Secretariat concluded **more market monitoring procedures** in 2018 than in the previous year. In particular the Product Markets Division assessed a large number of complaints as part of market monitoring procedures, for example on the issue of “Switzerland as an island of high prices” (see Section 3.4.1) and in the automotive sector (see Section 3.4.4)
- In 2018, the Secretariat had to provide **more guidance on the IMA** than in the previous year. This was mainly due to the large number of enquiries received from skilled-trades businesses in connection with the LIA (see Section 3.5). The three expert opinions on the IMA were all submissions in appeal proceedings before the Federal Supreme Court.

5 Bid Rigging Agreements

5.1 Introduction

In a 2004 survey carried out by the Secretariat of the Federal Procurement Commission (FPC), around half of those questioned had relevant experiences of bid-rigging agreements. On 4 April 2005, the Secretariat with the agreement of a Presidency member opened the investigation into “Road surfacing in Ticino”, which culminated in a landmark ComCo decision on 19 November 2007. In 2006, as part of efforts made at the time to revise the law on public procurement, the Secretariat prepared a report on “Competition and Procurement Law”, in particular considering the risks of bid rigging and proposing a series of measures to strengthen competition that were to be included in the revised law on public procurement. This and other experiences and efforts made combating bid rigging a priority for ComCo from 2008.

ComCo was well aware that bid rigging agreements are normally associated with consequences such as higher prices, the maintenance of structures and lower incentives for businesses to improve efficiency or to innovate. The OECD estimates that prices are made 10–20 % higher as a result of bid rigging agreements. In the above-mentioned investigation into road surfacing in Ticino, ComCo found that bids for road surfacing work after the time of the cartel were on average around 30 % lower than while the cartel was in operation. More recent empirical studies indicate that the prices can be around 25–45 % higher on average as a result of quantity, price-fixing or bid rigging agreements than in situations where no such agreements exist: bid rigging damages the national economy. It leads to excessive public expenditure, with direct or indirect effects on the amount of tax that people have to pay in Switzerland. Given that expenditure on public procurement for buildings, goods and services amounts to over CHF 40 billion (at federal, cantonal and communal levels), the losses potentially caused by bid rigging become all the more significant.

There are three aspects to the work that ComCo and its Secretariat does:

- preventing and raising awareness of bid rigging agreements,

- passively and actively exposing bid rigging agreements, and
- taking legal action against those involved in bid rigging agreements.

5.2 Prevention and raising awareness

Preventing bid rigging agreements altogether or nipping them in the bud is more effective than simply taking action against them under competition law. If procurement offices are well-informed and educated, this goes a long way towards combating bid rigging. Accordingly, since 2007, the Secretariat has offered the module “Ensuring competition in public procurement” as part of the programme of basic and continuing professional education provided by the Competence Centre for Federal Public Procurement (CCPP) to the Federal Administration and federal public corporations. The Secretariat has also approached the cantons to offer **awareness-raising events** that help in combating bid rigging and applying the Internal Market Act. In the cantons of German-speaking Switzerland half or full-day events have been held, primarily in 2009 and 2014 (and more are planned for 2019); in French-speaking Switzerland these events were held in 2012 and 2018 and in Ticino in 2018. Cantonal interest in these events has grown over time. They focus on the problem that bid rigging poses for competition and the economy, the legal action and decisions taken by ComCo, and the detection and prevention of bid rigging agreements. Public officials responsible for procurement should be able to answer the following questions after attending an awareness-raising event:

- What is a bid-rigging agreement as far as competition law is concerned?
- How can procurement offices identify and prevent bid rigging agreements?
- What is ComCo’s practice on this matter?
- How can ComCo support a procurement office that suspects a bid rigging agreement is in operation?
- What are the consequences for the procurement office if ComCo opens an investigation under competition law?
- What instruments does ComCo have to take legal action against bidding cartels?

In addition to these events, ComCo and its Secretariat make presentations at conferences, such as those organised by professional associations, federal agencies and universities. In the course of passing on their experiences and expertise, the competition authorities learn more about the practical problems that can arise in the public procurement process.

The increased awareness of procurement offices is not only dependent on education but also on the decisions that ComCo reaches. The first major investigations and decisions relating to bidding cartels in the cantons of Ticino, Aargau and Zurich sent a jolt through the industry. This was not only perceptible in procurement offices, but also in companies and other persons concerned. A steadily increasing number of enquiries and reports of suspicious activities were received. The latter have led to some

of the more recent proceedings conducted by the competition authorities in the procurement sector. There is thus a correlation between “prevention and raising awareness” and “taking legal action”.

Prevention and raising awareness also include the work done by the competition authorities in relation to revising the **law on public procurement**. The competition authorities can provide the benefit of their knowledge and experience, whether by participating in working groups within the Federal Administration, by providing expert opinions in consultation proceedings, or by making recommendations and submitting reports.

5.3 Exposure, including screening

Every week, the Secretariat receives a variety of reports and complaints about possible infringements of competition law. These reports come mainly from companies aggrieved by agreements affecting competition or which are themselves participating in such agreements (the latter in the case of voluntary admissions), from members of the public, from whistle-blowers, and from procurement offices. The Secretariat follows up all these reports, which are vital to the work of the competition authorities and to exposing infringements of competition law.

The Secretariat set itself the goal of uncovering bid rigging agreements, not simply in response to reports, but also proactively on its own initiative. The Secretariat therefore began to analyse data on tendering procedures and to develop statistical methods that reveal irregularities in behaviour patterns in bidding processes. Two key indicators became the focus, the coefficient of variation and the relative similarity measure. The variation in bid prices during tendering procedures plays a crucial role in the analysis of bid data. The spread of the bid prices in phases when cartels are in operation differs from situations without cartels and can be quantified using the coefficient of variation. In addition, the Secretariat found that the differences between the first and second as well as the other bid prices during phases when cartels are in operation is different from times when there are no cartels. These differences can be quantified using the relative similarity measure. These two key indicators form the basis for the Secretariat’s screening tool.

The statistical analysis of data on bids submitted in the canton of St. Gallen led in April 2013 to the opening of an investigation on unlawful agreements in the road construction and civil engineering sector in the See-Gaster region. ComCo’s investigation concluded with a decision dated 8 July 2016, in which ComCo held that eight road construction and civil engineering sector companies in the See-Gaster region (SG) and in March and Höfe (SZ) had agreed on prices in several hundred tendering procedures between 2002 and 2009 and had decided which company would be awarded the contract (see Section 3.1.1). This represented an important milestone. The screening tool developed by the Secretariat had been proven to work. It can be used to expose bid rigging agreements. This means the Cartel Act has a greater deterrent effect. Companies that enter into bid rigging agreements must expect their collusion to be discovered because of the way in which they fix the prices in tendering procedures.

ComCo and the Secretariat have presented the screening tool and demonstrated its successful use at various events in Switzerland and abroad, in particular to the OECD, foreign competition authorities and procurement offices (see Section 3.7). There is considerable interest in the screening tool. The method has also been described in research projects and has now found its way into scientific research and literature in the field of economics.

5.4 Legal action

In the past ten years or so, ComCo has reached a series of important decisions on bidding cartels and developed the related case law. The following table provides an overview of the sanctions imposed by ComCo in bid rigging cases from 2007 to 2018.

ComCo decision	Year of decision	Duration of cartel	General agreement/Individual agreements	Total amount of sanction (in CHF)	Legally binding
Road surfacing in Ticino	2007	1999–2003, in certain cases 2005	General agreement	0 (direct sanctions introduced in 2004)	Yes
Electrician firms in Bern	2009	2006–2008	Individual agreements	CHF 1.2 million	Yes
Road construction and civil engineering in the canton of Aargau	2011	2006–2009	Individual agreements	CHF 3.8 million	Still partially pending before the Federal Supreme Court
Road construction and civil engineering in the canton of Zurich	2013	2006–2009	Individual agreements	CHF 489,000	Yes
Tunnel cleaning	2015	2008–2013	General agreement	CHF 161,000	Yes
Construction services in See-Gaster	2016	2002–2009	General agreement	CHF 5 million	Still partially pending before the Federal Administrative Court
Eflare safety beacons	2016	2015	Vertical territory protection agreement	CHF 33,000	Yes
Structural and civil engineering in the Münstertal	2017	2004–2012	General agreement	0 (as a result of voluntary admissions and the bankruptcy of one company)	Yes
Structural and civil engineering Engadin III–VIII	2017	2009–2012	8 individual agreements	CHF 1 million	2 decisions legally binding, 4 decisions pending before the Federal Administrative Court
Structural and civil engineering in the Engadin I	2018	1997–2012	Several general agreements, 11 individual agreements	CHF 7.5 million	Still partially pending before Federal Administrative Court

In the summer of 2019, it is planned to issue the final two of ten decisions on bid rigging in the canton of Graubünden (see Section 3.1.1). Investigations are also ongoing relating to suspected bid rigging agreements in the electricity industry in Geneva (see Section 3.2.3) and possible bid rigging agreements in public tendering procedures for the supply of vehicles in the canton of Ticino and in Ticino communes (see Section 3.4.4).

The decisions taken to date have allowed ComCo to consolidate its practices on bid rigging agreements and to clarify fundamental issues. The following points should be highlighted:

- Bid rigging agreements in which the participant companies arrange which company should be awarded the contract or in which there is an arrangement on the amount of the bids are normally regarded as **price-fixing agreements and/or agreements between business partners**. As hard horizontal cartels they regularly meet the criteria for a violation of Art. 5 para. 3 Cartel Act, and in principle lead to sanctions being imposed.
- A company is normally liable to sanctions for participating in a bid-rigging agreement even if it does

not generate any revenue from the tendering procedure concerned (“**a violation without turnover**”). This applies most obviously where a company submits a bid knowing it will be unsuccessful or when a bid, despite collusion, is still unsuccessful. The fact that violations without turnover also give rise to sanctions was confirmed by the Federal Administrative Court in its judgments in the case relating to road construction and civil engineering in the canton of Aargau (see Section 3.1.1). According to more recent ComCo decisions in the cases Engadin I and Engadin III–VIII, the sanctions are assessed on the basis of the revenue the company acting unlawfully should have achieved in accordance with the agreement had its bid been successful.

- In practice, the **distinction between general agreements and individual agreements** is particularly important. In a general agreement, the companies concerned coordinate their conduct in tendering procedures over several projects. In contrast, in individual agreements the participant companies coordinate their bidding behaviour in relation to one specific invitation to tender. General

agreements can arise for example in the form of rotation cartels, quota cartels or territorial agreements. The distinction between general agreements and individual agreements has consequences for the presentation of evidence and the sanctions imposed. Where there is a general agreement, ComCo does not necessarily have to provide evidence of which specific tendering procedures were manipulated by the agreement. In addition, in assessing the sanctions, the total revenue achieved in the relevant market is decisive, even if competition was not eliminated or adversely affected in all the tendering procedures. ComCo was called on to adjudicate on general agreements in the cases of road surfacing in Ticino, tunnel cleaning, See-Gaster construction services, structural and civil engineering in the Münstertal and structural and civil engineering Engadin I, to cite a number of examples.

- The cases before ComCo so far have concerned bid rigging agreements, not **consortiums**. Consortiums are not normally an issue for ComCo, because in principle they do not constitute agreements affecting competition in terms of Art. 4 para. 1 Cartel Act. Normally they promote competition, in that they make it possible for companies (in particular SMEs) to bid for and carry out a specific project

when it would not otherwise be possible. ComCo takes action against consortiums where they are acting as a smokescreen for bid rigging agreements. In the case relating to electrical installation work in Bern for example, companies formed consortiums to submit bids for individual projects, but did not disclose this to the clients. The consortium partners also submitted separate bids, which created a semblance of competition, thus deceiving the clients. In such cases, these are not consortiums in the true sense, but bidding cartels that call themselves consortiums and disguise themselves as such.

5.5 Conclusion

The protection of the competition in the field of public procurement is a priority for ComCo and its Secretariat. Competition contributes to ensuring the efficient use of resources and to increasing economic prosperity. Bid rigging agreements in contrast cause harm to public and private procurement agencies. By consistently taking action against bidding cartels, discussing the issue with procurement offices, raising awareness and developing their screening tool, the competition authorities have in the last ten years made a decisive contribution towards combating bid rigging agreements.

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis

Pratique administrative

Prassi amministrativa

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission

Secrétariat Commission de la concurrence

Segreteria della Commissione della concorrenza

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Vergabe medialer Verwertungsrechte

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

A Sachverhalt

1. Gegenstand der Beratungsanfrage bilde die Vergabe der medialen Verwertungsrechte für die in Frage stehenden Sportveranstaltungen für 6 Saisons. Bei den in Frage stehenden Sportveranstaltungen handle es sich um einen durch einen Schweizer Sportverband (nachfolgend: Verband) organisierten Wettbewerb, der jährlich ausgetragen wird.

2. Die Vergabe der medialen Verwertungsrechte erfolge mit einer Zentralvermarktung durch den Verband. Bis zur Saison [...] seien die medialen Verwertungsrechte bei einer Rundfunkgesellschaft (nachfolgend: Broadcaster) gelegen.

3. Im Jahr [...] hätten der Verband und der Broadcaster bekannt gegeben, ihre bestehende Partnerschaft bei den medialen Verwertungsrechten der in Frage stehenden Sportveranstaltungen fortzusetzen. Der Broadcaster werde auf seinen Sendern alle Spiele der in Frage stehenden Sportveranstaltungen für 6 Saisons live und in Zusammenfassung in TV übertragen. Der Broadcaster solle zudem alle Spiele produzieren, die er auf seinen Sendern und Plattformen live übertrage.

4. Vor der öffentlichen Bekanntgabe der Rechteabtretung an den Broadcaster hätten der Verband und eine Gesellschaft, die im Erwerb und in der Vermarktung von Fernsehrechten für Sportveranstaltungen tätig ist (nachfolgend: Marketing-Gesellschaft) längere Verhandlungen geführt. Diese Verhandlungen über einen möglichen Erwerb medialer Verwertungsrechte der in Frage stehenden Sportveranstaltungen für Free-TV und/oder Pay-TV hätten ab dem Jahr [...] stattgefunden. Im [...] habe die Marketing-Gesellschaft von einem allfälligen Angebot Abstand genommen.

5. Im Rahmen dieser Verhandlungen habe der Verband Anfang [...] der Marketing-Gesellschaft mitgeteilt, dass die Hauptrechte für die ersten 4 Saisons bereits an den Broadcaster vergeben seien. Eine Anfrage der Marketing-Gesellschaft für einen Erwerb des gesamten Rechtepakets unter Einschluss der Rechte des Broadcasters habe der Verband verneint. Der Verband habe bereits bis [...] Sponsoringverträge abgeschlossen, die zumindest teilweise eine Verbreitung auf den Senderketten des Broadcasters vorsehen würden.

6. Dann habe der Verband im [...] die Marketing-Gesellschaft darüber informiert, dass sich der Zentralvorstand des Verbands aufgrund wettbewerbsrechtlicher Bedenken für die Durchführung einer Ausschreibung entschieden habe. Diese Ausschreibung habe bestimmte mediale und kommerzielle Verwertungsrechte für die 4 Saisons vorgesehen. Eingeladen seien qualifizierte Medienunternehmen und Vermarktungsagenturen gewesen.

7. Gemäss [...] seien für die mediale Verwertung der insgesamt [...] lizenzierten Spiele der in Frage stehenden Sportveranstaltungen zwei unterschiedliche Rechtepakete vorgesehen:

- das Hauptrechtpaket [...] (nachfolgend: Hauptrechtpaket);
- das komplementäre Rechtpaket [...] (nachfolgend: Komplementärrechtpaket).

8. Allerdings sei nur das Komplementärpaket Gegenstand der Ausschreibung gewesen. Das Komplementärpaket solle als „Ergänzung“ zum vergebenen Hauptrechtpaket vermarktet werden. Das Komplementärrechtpaket habe aus den exklusiven medialen Verwertungsrechten (im Free- oder Pay-TV) an den [...] lizenzierten Spielen pro Saison unter Vorbehalt der Co-Exklusivität des Hauptrechtpakets bestanden.

9. Demgegenüber sei das Hauptrechtpaket nicht Bestandteil der Ausschreibung gewesen. Im Zeitpunkt des Ausschreibungsverfahrens habe der Broadcaster das Hauptrechtpaket gehalten. Soweit ersichtlich habe für

das Hauptrechtepakete keine Ausschreibung stattgefunden.

10. Wie bereits erwähnt habe sich die Marketing-Gesellschaft gegen ein Angebot für die Komplementärrechte entschieden. Deshalb sei der Marketing-Gesellschaft das Ergebnis der Ausschreibung unbekannt. Dies gelte insbesondere für die Frage, ob die an den Broadcaster abgetretenen Übertragungsrechte allenfalls auch Spiele des Komplementärpakets umfassen würden.

11. Obwohl die Ausschreibung des Verbands die ersten 4 Saisons betroffen habe, seien die Übertragungsrechte für die in Frage stehenden Sportveranstaltungen auch für die den ersten 4 Saisons nachfolgenden 2 Saisons an den Broadcaster vergeben worden.

12. Für die Marketing-Gesellschaft sei die fehlende Ausschreibung des Haupt- und Komplementärrechtepakets für die den ersten 4 Saisons nachfolgenden 2 Saisons völlig unvorhersehbar gewesen. Eine Änderung beziehungsweise Erweiterung des Ausschreibungszeitraums wäre eine wesentliche Änderung der Ausschreibungsbedingungen gewesen. Die Marketing-Gesellschaft sei über eine solche Änderung nicht informiert worden. Sie habe damit gerechnet, dass für die Rechteperiode der den ersten 4 Saisons nachfolgenden 2 Saisons sowohl für das Hauptrechtepakete als auch das Komplementärrechtepakete eine neue Ausschreibung durchgeführt würde, in der sie sich insbesondere auch um die Hauptrechte hätte bewerben können. Die Absage der Teilnahme der Marketing-Gesellschaft an der Ausschreibung habe sich ausdrücklich nur auf die medialen und kommerziellen Verwertungsrechte für die ersten 4 Saisons bezogen.

13. In diesem Zusammenhang sei zu beachten, dass gemäss Aussagen des Verbands spätestens ab der Rechteperiode der den ersten 4 Saisons nachfolgenden 2 Saisons auch die Sponsoringverträge mit der Vergabe des Hauptrechtepakets zeitlich hätten harmonisiert werden können. Damit hätten allfällige Sponsoringverträge einer Ausschreibung der medialen Verwertungsrechte für die den ersten 4 Saisons nachfolgenden 2 Saisons nicht entgegengestanden.

14. Das Ergebnis dieser Vorgehensweise des Verbands sei, dass der Broadcaster nun für sechs Jahre über die medialen Verwertungsrechte an den in Frage stehenden Sportveranstaltungen verfüge.

B Beratungsanfrage

15. Für die Betrachtung des Vergabeprozesses legt die Beratungsanfrage einen relevanten Markt für nationale TV-Rechte an [Sportveranstaltungen] zugrunde. Es könne vorliegend offengelassen werden, ob hinsichtlich dieses Gesamtmarktes separate Teilmärkte für [...] zu unterscheiden seien.

16. Auf der Grundlage dieser Marktabgrenzung geht die Beratungsanfrage davon aus, dass die TV-Rechte an den fraglichen Sportveranstaltungen sowohl gemäss Artikel 5 und Artikel 7 KG auszuschreiben sind. Die Pflicht zur Ausschreibung gemäss Artikel 5 KG ergebe sich aufgrund der Zentralvermarktung durch den Verband beziehungsweise dessen Abteilungen. Es handle sich dabei um eine Wettbewerbsabrede. Zur Rechtfertigung gemäss Artikel 5 Absatz

2 KG müsse die Rechtevergabe gemäss europäischer Praxis im Rahmen eines transparenten und nicht-diskriminierenden Vergabeverfahrens erfolgen, durch das keine zusätzlichen Marktzutrittsschranken auf den nachgelagerten Märkten errichtet würden. Würden TV-Rechte ohne beziehungsweise zu ungleichen Teilnahmemöglichkeiten anderer Unternehmen an einen Bieter vergeben, sei die Zentralvermarktung nach dieser Praxis nicht gerechtfertigt. Es bestünde daher eine Pflicht zur Ausschreibung der TV-Rechte an den in Frage stehenden Sportveranstaltungen gemäss Artikel 5 KG.

17. Die Pflicht zur Ausschreibung gemäss Artikel 7 KG ergebe sich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG des Verbands auf dem Markt für TV-Rechte an den fraglichen Sportveranstaltungen. Nach den von den Wettbewerbsbehörden aufgestellten Grundsätzen sei es entscheidend, ob die Rechtevergabe die Voraussetzungen eines fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerbs erfülle. Die WEKO habe hierzu auf die langjährige europäische Praxis im Zusammenhang mit der zentralen Vermarktung von Fussballübertragungsrechten verwiesen, wonach die Übertragungsrechte in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren vergeben werden müssten. Für das vorliegende Beratungsgesuch sei daraus abzuleiten, dass die Vergabe von TV-Rechten durch einen marktbeherrschenden Rechteinhaber wie dem Verband erfordere, dass sämtlichen interessierten Unternehmen die gleichen Teilnahmemöglichkeiten eingeräumt würden, wie dem erfolgreichen Bieter.

18. Aus diesen Gründen hätte der Verband die Übertragungsrechte für die fraglichen Sportveranstaltungen allen potenziellen Nachfragern in einem offenen Vergabeverfahren zu fairen und nicht-diskriminierenden Vergabebedingungen anbieten müssen.

19. Vor diesem Hintergrund unterbreitet die Marketing-Gesellschaft dem Sekretariat folgende Fragen zur Beurteilung gemäss Artikel 23 Absatz 2 KG:

1. War der Verband verpflichtet, die TV-Rechte an den in Frage stehenden Sportveranstaltungen für den Vergabezeitraum von 6 Saisons in einem fairen und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren auszuschreiben?
2. Wenn das Sekretariat Frage 1 bejaht:
 - a. Hätte der Verband der Marketing-Gesellschaft Gelegenheit geben müssen, das Hauptrechtepakete für den Vergabezeitraum von 2018/2019 bis 2023/2024 zu erwerben?
 - b. Hätte der Verband der Marketing-Gesellschaft Gelegenheit geben müssen, das Komplementärrechtepakete für den Vergabezeitraum von 6 Saisons zu erwerben?
 - c. Hätte der Verband der Marketing-Gesellschaft Gelegenheit geben müssen, das Gesamtrechtepakete bestehend aus den Hauptrechten und Komplementärrechten für den Vergabezeitraum von 6 Saisons zu erwerben?

3. Wenn das Sekretariat eine oder mehrere der Fragen 2 Buchstabe a bis c bejaht, ist der Verband verpflichtet, die Vergabe der TV-Rechte an den in Frage stehenden Sportveranstaltungen an den Broadcaster für den Vergabezeitraum von 6 Saisons ganz oder teilweise zu widerrufen und die Rechte in einem fairen und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren erneut auszuschreiben?

C Beurteilung

C.1 Vorbemerkungen

20. Vorweg gilt es festzuhalten, dass diese Beurteilung keine Erörterung vornimmt, ob andere Rechtsvorschriften bestehen, die eine Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen (Art. 3 KG).

21. Aufgrund der Angaben der Beratungsanfrage ist davon auszugehen, dass es sich bei den medialen Verwertungsrechten für die in Frage stehenden Sportveranstaltungen um die Verbreitung und Verwendung im Pay-TV oder Free-TV handelt. Somit geht die Beratung im Folgenden von diesen beiden TV-Rechten (nachfolgend: TV-Rechte) aus.

C.2 Von Beratungsanfrage vorgebrachte Pflicht zur Ausschreibung gemäss Artikel 5 KG

22. Die Beratungsanfrage führt aus, eine Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen sei gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG nur möglich, wenn die Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung der Effizienzgründe notwendig sei. Die Notwendigkeit fehle, wenn es weniger wettbewerbsbeschränkende Mittel zur Erreichung der angestrebten Effizienzen gebe und wenn die Wettbewerbsabrede den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel unverhältnismässig beeinträchtige. Dies erfordere nach europäischer Praxis, dass die Vergabekonditionen und der Vergabeprozess die Erreichung der wirtschaftlichen Effizienzgewinne ermögliche. Würden TV-Rechte ohne beziehungsweise zu ungleichen Teilnahmemöglichkeiten anderer Unternehmen an einen Bieter vergeben, sei die Zentralvermarktung nach dieser Praxis nicht gerechtfertigt.

23. Zu dieser geltend gemachten Pflicht ist zuerst darauf hinzuweisen, dass sich Artikel 5 Absatz 2 KG nicht wie von der Beratungsanfrage ausgeführt auf Wettbewerbsbeschränkungen bezieht. Artikel 5 Absatz 2 KG bezieht sich auf Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG. Diese Wettbewerbsabrede ist nicht mit ihrem Definitionselement der Wettbewerbsbeschränkung gleichzusetzen. Diese Begriffe sind voneinander zu unterscheiden. So führt das Bundesgericht aus: «Pour être en présence d'un accord en matière de concurrence [Wettbewerbsabrede], deux conditions doivent être réunies selon le texte de l'art. 4 al. 1 LCart: il faut d'une part un accord et, d'autre part, que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence [Wettbewerbsbeschränkung]». ¹ Deshalb bezieht sich eine etwaige Rechtfertigung aus Gründen der Effizienz auf Wettbewerbsabreden, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 KG).

24. Deshalb wäre für die Frage nach einer etwaigen Pflicht zur Ausschreibung aufgrund von Artikel 5 Absatz 2 KG zuerst zu prüfen, ob die zentrale Vermarktung der

fraglichen Sportveranstaltungen durch den Verband eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 1 KG darstellt. Für die Prüfung dieser Frage enthält die Beratungsanfrage keine Sachverhaltsangabe. Insbesondere sind die Rechtsverhältnisse der einzelnen Klubs sowie des Verbands hinsichtlich der veräusserten TV-Rechte an den in Frage stehenden Sportveranstaltungen unbekannt. Ob den Klubs hinsichtlich der Vergabe der medialen Rechte grundsätzlich eine Handlungsfreiheit zukommt, welche durch eine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG beschränkt werden könnte, kann aufgrund der vorliegenden Informationen nicht beurteilt werden. Als Arbeitshypothese ist davon auszugehen, dass eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt, welche den Wettbewerb nicht beseitigt.

25. Gestützt auf die Beratungsanfrage ist damit in der Folge auf die Rechtfertigungsgründe gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG einzugehen. Gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

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

26. Somit sind gemäss Bundesgericht nach dieser Bestimmung drei Voraussetzungen erforderlich, um das Vorliegen eines Grundes der wirtschaftlichen Effizienz zuzulassen, um eine Vereinbarung zu rechtfertigen, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt: (1) die Notwendigkeit der Vereinbarung, um den angestrebten Effizienzgrund oder die angestrebten Effizienzgründe zu erreichen, (2) die Existenz von mindestens einem der in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG genannten Effizienzgründe und (3) die Unmöglichkeit der beteiligten Unternehmen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Diese drei Bedingungen sind kumulativ.²

27. Die Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Artikel 5 Absatz 2 KG ist abschliessend. Die Realisierung einer der Gründe genügt für eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen. Das Gesetz formuliert die Effizienzgründe sehr offen. Somit können gemäss Bundesgericht die Behörden grundsätzlich alle objektiven Effizienzgewinne berücksichtigen, mit der Präzisierung, dass im Einklang mit dem

¹ Vgl. Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18.5.2018, E. 6.4, *WBF/Altimum SA*.

² Vgl. Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18.5.2018, E. 13, *WBF/Altimum SA*.

Begriff der Wirtschaftlichkeit nur objektive Vorteile berücksichtigt werden. Der Anwendungsbereich und der Begriff der Effizienzgründe müsse in einer breiten und nicht einschränkenden Perspektive beurteilt werden.³

28. Vor dem Hintergrund der Praxis der EU-Kommission dürfte ein transparentes und nicht-diskriminierendes Vergabeverfahren den Bedenken genügend Rechnung tragen und die Wettbewerbsabrede damit durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass andere Vorgehensweisen die Wettbewerbsabrede ebenfalls rechtfertigen könnten. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn der Verband die Übertragungssignale selber produzieren würde und allen Programmveranstaltern zu angemessenen Bedingungen anbieten würde. Dann wäre auch keine Ausschreibung zur Rechtfertigung notwendig. Insofern kann nicht von einer Ausschreibungspflicht in jedem Fall ausgegangen werden.

29. Auch aus der Praxis der EU-Kommission lässt sich keine Pflicht zur Ausschreibung ableiten. Selbst wenn direkt auf die Praxis der EU-Kommission zu den Rechtevergaben abgestellt werden könnte,⁴ würde dies keine Pflicht zur Ausschreibung implizieren. Aus den von der Beratungsanfrage zitierten Entscheide der EU-Kommission bezüglich Zentralvermarktung geht hervor, dass die jeweiligen Verbände verschiedene Vorschläge zur Ausräumung der Bedenken der EU-Kommission machten. Darunter ist jeweils auch der Vorschlag oder die Zusage für ein transparentes und nicht-diskriminierendes Vergabeverfahren.⁵ Insbesondere bietet eine Ausschreibung ein taugliches Instrument, um den Anforderungen an ein transparentes und nicht-diskriminierendes Vergabeverfahren zu genügen. Daraus folgt allerdings nicht unweigerlich, dass – so wie es die Beratungsanfrage formuliert – aufgrund von Artikel 5 KG eine Verpflichtung der Rechtevergabe im Rahmen eines transparenten und nicht-diskriminierenden Vergabeverfahrens erfolgen muss, durch das keine zusätzlichen Marktzutrittschranken auf den nachgelagerten Märkten errichtet werden.

30. Eine Ausschreibungspflicht könnte sich allenfalls ergeben, soweit es um die Vergabe von exklusiven Rechten geht. Eine Vergabe von Exklusivrechten an einen oder einzelne Nachfrager hat – sofern es für die betroffenen Rechte beziehungsweise Güter keine Substitute gibt – zwangsläufig eine Benachteiligung der nicht berücksichtigten Nachfrager zur Folge. Die Exklusivität dürfte dabei wohl nur unter der Voraussetzung der Durchführung eines transparenten, nicht-diskriminierenden und in angemessenen kurzen Abständen erfolgenden Vergabeverfahrens zu rechtfertigen sein. Andere Rechtfertigungsmöglichkeiten sind zumindest prima facie nicht ersichtlich. Soweit es also um die Vergabe von Exklusivrechten geht, kann unter gewissen Umständen eine Pflicht zur Ausschreibung bestehen. Wie es sich damit vorliegend verhält, kann aber aufgrund der gegebenen Informationen nicht abschliessend beurteilt werden.

C.3 Von Beratungsanfrage vorgebrachte Pflicht zur Ausschreibung gemäss Artikel 7 KG

31. Gemäss Beratungsanfrage sei der Verband mit seinen Abteilungen wegen der Zentralvermarktung einziger Anbieter von medialen Verwertungsrechten an den in Frage stehenden Sportveranstaltungen. Gemäss Praxis

der Wettbewerbsbehörden sei der Verband auf dem Markt für nationale TV-Rechte an [Sportveranstaltungen] marktbeherrschend im Sinne des Artikels 4 Absatz 2 KG. Der Verband dürfe gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG andere Unternehmen bei der Vergabe von TV-Rechten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs nicht behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

32. Ob der Verband tatsächlich als Inhaber beziehungsweise Anbieter der TV-Rechte für die in Frage stehenden Sportveranstaltungen und damit allenfalls als marktbeherrschend anzusehen ist, kann vorliegend nicht beurteilt werden (vgl. Rz 24). Als Arbeitshypothese ist nachfolgend davon auszugehen, dass der Verband wie in der Beratungsanfrage dargestellt marktbeherrschend ist.

33. Gemäss Beratungsanfrage sei es in diesem Fall nach den von den Wettbewerbsbehörden aufgestellten Grundsätzen entscheidend, ob die Rechtevergabe die Voraussetzungen eines fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerbs erfülle. Die WEKO habe hierzu auf die langjährige europäische Praxis im Zusammenhang mit der zentralen Vermarktung von Fussballübertragungsrechten verwiesen, wonach die Übertragungsrechte in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren vergeben werden müssen.

34. Daraus sei abzuleiten, dass die Vergabe von TV-Rechten durch einen marktbeherrschenden Rechteinhaber wie den Verband erfordere, dass sämtlichen interessierten Unternehmen die gleichen Teilnahmemöglichkeiten eingeräumt worden seien, wie dem erfolgreichen Bieter.

35. Demnach steht aufgrund der Angaben der Beratungsanfrage die Vergabe der medialen Verwertungsrechte für die in Frage stehenden Sportveranstaltungen der 6 Saisons im Zentrum. Somit betrifft die von der Beratungsanfrage monierte Vergabe den Bereich der Vermarktung und des Erwerbs der TV-Rechte von Rechteinhabern. Dieser Bereich ordnet sich auf den zwei obersten Stufen der Verwertungskaskade von Sportinhalten ein. Eine schematische Darstellung der Verwertungskaskade ist in Abbildung 1 enthalten und zeigt die beim Rechteerwerb involvierten Stufen.

³ Vgl. Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18.5.2018, E. 13.2, *WBF/Altium SA*.

⁴ Gemäss Bundesgericht wollte der Gesetzgeber ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen eine materiell identische Regelung zwischen Artikel 5 Absatz 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden – trotz fehlendem dynamischen Verweis (vgl. BGE 143 II 297, 326 f. E. 6.2.3 (= RPW 2017/2, 354 f. E. 6.2.3), *Colgate-Palmolive Europe Sàrl* (ehemals *Gaba International AG*)). Allerdings spricht das Bundesgericht nur von einer materiell identischen Regelung zwischen Artikel 5 Absatz 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht. Deshalb ist fraglich, ob sich daraus eine direkte Anwendbarkeit des EU-Wettbewerbsrecht generell für Artikel 5 Absatz 2 KG ergibt. Vgl. auch BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 281 f.

⁵ Vgl. EU-Kommission, COMP/C-2/38.173 vom 22.03.2006, 8 Rz 32, *Joint selling of the media rights to the FA Premier League*; EU-Kommission COMP/C-2/37.214 vom 19.01.2005, 10 Rz 41, *Gemeinsame Vermarktung der Medienrechte an der deutschen Bundesliga*; EU-Kommission, COMP/C-2-37.398 vom 23. Juli 2003, 54 Rz 194, *Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League*.

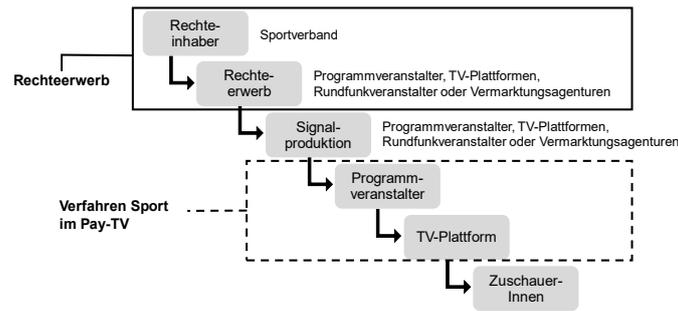


Abbildung 1: Schematische Darstellung Verwertungskaskade Sportinhalte

36. Demgegenüber hat das Verfahren Sport im Pay-TV die Stufen der Programmveranstalter und TV-Plattformen zum Gegenstand.⁶ Deshalb beziehen sich die von der Beratungsanfrage genannten Ausführungen der WEKO im Rahmen des Verfahrens Sport im Pay-TV, wonach die Übertragungsrechte in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren vergeben werden müssten, nicht auf die Stufe der Rechteinhaber. Die von der Beratungsanfrage zitierten Ausführungen der WEKO sagen nichts über die Vergabeprozesse der Rechteinhaber aus. Bei den Ausführungen der WEKO im Rahmen von Sport im Pay-TV ging es vielmehr um die Frage, ob sich der Rechteerwerber auf Investitionsschutz berufen kann. Der Rechteerwerber kann sich bei einem erneuten Erwerb der Rechte nur dann auf Investitionsschutz berufen, wenn ein faires Ausschreibungsverfahren (bzw. ein fairer und regelmäßiger Ausschreibungswettbewerb) vorlag.⁷ Aus diesen Ausführungen der WEKO ergibt sich damit entgegen den Ausführungen der Beratungsanfrage für den Verband keine Pflicht zur Ausschreibung der TV-Rechte für die in Frage stehenden Sportveranstaltungen.

37. Ob die Vergabe der TV-Rechte im Rahmen eines transparenten und nicht-diskriminierenden Verfahrens erfolgen muss, richtet sich nach der Marktstellung auf der Stufe des Rechteerwerbs und eines etwaigen Missbrauchs dieser Stellung. Auf dieser Stufe ist der Verband gemäss Arbeitshypothese der Beratungsanfrage marktbeherrschend. In diesem Fall steht bei einer exklusiven Vergabe der TV-Rechte eine Geschäftsverweigerung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG im Vordergrund. Gegeben diese läge vor, erscheint eine Rechtfertigung dieser Verweigerung nur möglich, wenn die Vergabe der TV-Rechte im Rahmen eines transparenten und nicht-diskriminierenden Vergabeverfahrens (bzw. eines fairen und regelmäßigen Ausschreibungswettbewerbs) erfolgen würde (vgl. auch Rz 30).

D Fazit

38. Die von der Beratungsanfrage gestellten Fragen können anhand der mit der Beratungsanfrage vorgelegten Informationen wie folgt beantwortet werden:

1. Frage: *War der Verband verpflichtet, die TV-Rechte an den in Frage stehenden Sportveranstaltungen*

für den Vergabezeitraum 6 Saisons in einem fairen und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren auszuschreiben?

Soweit es um die Vergabe von Exklusivrechten geht, kann sich unter Umständen eine Pflicht für ein transparentes und nicht-diskriminierendes Vergabeverfahren ergeben.

2. Frage: *Wenn das Sekretariat Frage 1 bejaht:*

- a. *Hätte der Verband der Marketing-Gesellschaft Gelegenheit geben müssen, das Hauptrechtepakete für den Vergabezeitraum von 6 Saisons zu erwerben?*

Unter der Voraussetzung einer Vergabe von Exklusivrechten hätte unter Umständen die Marketing-Gesellschaft die Möglichkeit haben sollen, ein Gebot für den Erwerb des Hauptrechtepakets für den Vergabezeitraum 6 Saisons abzugeben.

- b. *Hätte der Verband der Marketing-Gesellschaft Gelegenheit geben müssen, das Komplementärrechtepakete für den Vergabezeitraum der den ersten 4 Saisons nachfolgenden 2 Saisons zu erwerben?*

Unter der Voraussetzung einer Vergabe von Exklusivrechten hätte unter Umständen die Marketing-Gesellschaft die Möglichkeit haben sollen, ein Gebot für den Erwerb des Komplementärrechtepakets für den Vergabezeitraum von den ersten 4 Saisons nachfolgenden 2 Saisons abzugeben. Dabei ist allerdings anzumerken, dass nicht beurteilt werden kann, ob der Verband aufgrund des Rückzugs der Marketing-Gesellschaft auf ein Nicht-Interesse für den Vergabezeitraum der den ersten 4 Saisons nachfolgenden 2 Saisons schliessen durfte.

⁶ RPW 2016/4, 920 ff., *Sport Pay-TV*.

⁷ RPW 2016/4, 1008 Rz 698 ff., *Sport Pay-TV*.

- c. *Hätte der Verband der Marketing-Gesellschaft Gelegenheit geben müssen, das Gesamtpaket bestehend aus den Hauptrechten und Komplementärrechten für den Vergabezeitraum von 6 Saisons zu erwerben?*

Auch unter der Voraussetzung einer Vergabe von Exklusivrechten ergibt sich keine Pflicht zur Ausschreibung eines Gesamtpakets bestehend aus Hauptrechten und Komplementärrechten. Eine Unterteilung in verschiedene Rechtspakete verknüpft mit einer „no-single-buyer“-Regel scheint den wettbewerblichen Bedenken in den Ausführungen der Beurteilung sogar eher besser Rechnung zu tragen als ein Gesamtpaket.

3. *Frage: Wenn das Sekretariat eine oder mehrere der Fragen 2 Buchstabe a bis c bejaht, ist der Verband verpflichtet, die Vergabe der TV-Rechte an*

den in Frage stehenden Sportveranstaltungen an den Broadcaster für den Vergabezeitraum von 6 Saisons ganz oder teilweise zu widerrufen und die Rechte in einem fairen und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren erneut auszuschreiben?

Unter der Voraussetzung einer Vergabe von Exklusivrechten kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Vergabe des Hauptrechtspakets für den Vergabezeitraum von 6 Saisons sowie die Vergabe des Komplementärrechtspakets für den Vergabezeitraum der den ersten 4 Saisons nachfolgenden 2 Saisons den kartellrechtlichen Vorgaben nicht entsprechen. In diesem Fall müssten gegebenenfalls die genannten Rechte neu ausgeschrieben werden.

B 1.4

2. Beratungsanfrage betreffend Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens

I. Sachverhalt

Swisscom Directories AG (nachfolgend: Swisscom Directories) betreibt im Bereich Search&Find die Webseiten local.ch und search.ch. Zudem bearbeitet Swisscom Directories im Auftragsverhältnis für verschiedene Fernmelde-diensteanbieter die so genannten regulierten Verzeichnis-daten. Weiter bereitet Swisscom Directories die regulierten Verzeichnisdaten zu den so genannten veredelten Verzeichnisdaten auf und verkauft diese Datensätze. Swisscom Directories ist zudem Herausgeberin der gedruckten lokalen Telefon- und Branchenverzeichnisse «Local Guide» für die ganze Schweiz.

Websheep GmbH (nachfolgend: Websheep) betreibt in der Schweiz die fünf Online-Vergleichsplattformen Anwaltvergleich.ch, Coiffeurvergleich.ch, Fahrlehrervergleich.ch, Treuhandvergleich.ch und Zahnarztvergleich.ch. Hierbei handelt es sich um branchenbezogene Verzeichnis-, Vergleichs- und Inserateplattformen in den fünf Branchen. Websheep erfasst die Anbieter der jeweiligen Branchen selbständig basierend auf öffentlich zugänglichen Verzeichnissen von Berufsorganisationen, diversen Branchenverzeichnissen sowie horizontalen Verzeichnissen wie beispielsweise local.ch.

II. Beurteilung

Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) stellt zu diesem Sachverhalt die nachfolgende Beratungsanfrage:

Teilt das Sekretariat der Wettbewerbskommission die im Schreiben vom 2. November 2018 vertretene Auffassung, wonach das Vorhaben Swisscom Directories/Websheep der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nicht untersteht?

Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht ungeachtet der Absätze 1–3 eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Markt für Festnetztelefonie als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt.¹ Die marktbeherrschende Stellung bezieht sich gemäss den damaligen Erwägungen auf das Netz und die Dienste.² Im selben Entscheid wurde ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auf dem dem Telefonie-markt nachgelagerten Internet-Provider-Markt festgestellt.³

Gemäss Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts liegen nachgelagerte Märkte vor, wenn Produkte oder

Leistungen, bezüglich derer Marktbeherrschung besteht, in die auf dem Markt vertriebenen Produkte einfliesst.⁴

Wie Swisscom in ihrer Beratungsanfrage ausführt, übernimmt Websheep für ihre Plattformen die in diversen öffentlich zugänglichen Verzeichnissen von Berufsorganisationen, diversen Branchenverzeichnissen sowie horizontalen Verzeichnissen wie beispielsweise local.ch publizierten Einträge der Anbieter der jeweiligen Branchen.

Verzeichnisdaten fallen beim Abschluss eines Vertrages über Festnetztelefonie an und werden in der Regel mit Vertragsabschluss erhoben.⁵ Diese Daten sind der Input für die Verzeichnisdaten und sind damit der direkte Rohstoff für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste. Damit ist der Markt für Festnetztelefonie den Märkten für Verzeichnisdaten, für Verzeichniseinträge sowie den Märkten für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten direkt vorgelagert. Websheep ist im Bereich Search&Find tätig und betreibt für die von ihr bedienten Branchen einen Verzeichnisdienst. Hierzu bezieht Websheep die von ihr verwendeten Verzeichnisdaten unter anderem aus horizontalen Verzeichnissen wie beispielsweise local.ch. Mit den Verzeichnisdaten fließen somit Leistungen aus dem Bereich Festnetztelefonie, bezüglich derer Marktbeherrschung besteht, in die Leistungen von Websheep ein. Somit ergibt sich auch nach den im zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts definierten Kriterien eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.⁶

III. Fazit

Die im Verfahren Telecom PTT/Blue Windows rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung von Swisscom betrifft den schweizerischen Markt für Festnetztelefonie als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.⁷ Die hierbei erhobenen Adressdaten dienen als Rohstoff für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdaten. Websheep stellt mit ihren Dienstleistungen Verzeichniseinträge zur Verfügung und bezieht die hierfür notwendigen Daten unter anderem aus horizontalen Verzeichnissen wie beispielsweise local.ch. Damit ist Websheep auf einem zum schweizerischen Markt für Festnetztelefonie nachgelagerten Markt tätig.

Aufgrund der obigen Ausführungen kann die eingangs gestellte Beratungsanfrage wie folgt beantwortet werden:

¹ RPW 1997/2, 174 Disp-Ziff. 1, *Telecom PTT/Blue Window*.

² RPW 1997/2, 167 Rz 38, *Telecom PTT/Blue Window*.

³ RPW 1997/2, 174 Disp-Ziff. 2 und 3, *Telecom PTT/Blue Window*.

⁴ Urteil BVGer B-6180/2013 vom 29.04.2014, E. 2.2.4, *The Swatch Group AG/WEKO*.

⁵ RPW 2015/3, 386 Rz 171, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

⁶ Vgl. auch RPW 2015/3, 386 Rz 172, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG* und RPW 2010/4, 785 Rz 5, *Swisscom Directories AG/PubliDirect Holding AG*.

⁷ RPW 1997/2, 174 Disp-Ziff. 1, *Telecom PTT/Blue Window*.

Das Sekretariat der WEKO teilt die Einschätzung von Swisscom, wonach das Zusammenschlussvorhaben Swisscom Directories/Websheep der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nicht untersteht, nicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist aufgrund der Nachgelagertheit der Geschäftstätigkeit von Websheep zum schweizerischen Markt für Festnetztelefonie gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	3. VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013

Hinweis: Gegen diese Verfügung haben die nachfolgend genannten Parteien Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht: ASAG Auto-Service AG, Autoweibel AG und City-Garage AG, St. Gallen. Betreffend die Garage Gautschi Holding AG ist diese Verfügung in Rechtskraft erwachsen. Vorliegend handelt es sich um eine Publikationsversion der Verfügung vom 19. Oktober 2015 der WEKO, bei welcher die Geschäftsgeheimnisse von den Parteien oder Dritten bereinigt wurden.

Verfügung vom 19. Oktober 2015 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) betreffend VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013 wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen

1. **ASAG Auto-Service AG**, in Basel, vertreten durch [...]
4. **Autoweibel AG**, in Aarberg, vertreten durch [...]
5. **City-Garage AG**, St. Gallen, in St. Gallen, vertreten durch [...]
6. **Garage Gautschi Holding AG**, in Thunstetten, vertreten durch [...]

A Sachverhalt	85
A.1 Gegenstand der Untersuchung	85
A.2 Untersuchungsadressaten	85
A.3 Wettbewerbsrechtlich relevanter Sachverhalt	86
A.3.1 Begriffe und Hintergrundinformationen	86
A.3.1.1 Begriffe	86
A.3.1.2 VPVW	87
A.3.2 Vorbereitung des «Projekt Repo 2013»	88
A.3.3 Die Konditionenliste	90
A.3.4 Die Präsentation	92
A.3.5 Umsetzung des Projektes	95
A.3.6 Abbruch des Projektes	95

A.3.7 Anwendung der vereinbarten Konditionenliste	97
A.3.8 Die Vereinbarung von 2002	97
A.3.9 Vorbringen der Verfahrensparteien	97
A.3.10 Würdigung der Beweismittel und der Vorbringen der Verfahrensparteien	99
A.4 Verfahren	102
A.4.1 Die Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG	102
A.4.2 Die Untersuchungseröffnung	102
A.4.3 Der weitere Gang der Untersuchung	102
A.4.4 EVR und Vorabverfügung	104
A.4.5 Weitere Auskunftsbeglehen	105
A.4.6 Versand des Antrags	105
A.4.7 Stellungnahme der Parteien	105
A.4.8 Vorbringen der Parteien zum Sachverhalt	106
A.4.8.1 Vorbringen der ASAG	106
A.4.8.2 Vorbringen der Autoweibel	107
A.4.8.3 Vorbringen der City-Garage	108
A.4.8.4 Vorbringen der Garage Gautschi	108
A.4.8.5 Vorbringen zum Aktenverzeichnis	110
A.4.8.6 Vorbringen zum Abbruch des Projektes	110
A.4.9 Verhalten der Parteien während der Untersuchung	111
A.4.10 Sistierung des Verfahrens	111
A.4.11 Ausstand des Vizepräsidenten Prof. Dr. Stefan Bühler	112
A.4.12 Anhörung der Parteien	112
A.4.13 Anhörung der AMAG	112
B Erwägungen	115
B.1 Geltungsbereich	115
B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich	115

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich	115	B.5.1.3 Vorwerfbarkeit	135
B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	115	B.5.2 Sanktionsbemessung	136
B.2 Parteien/Verfügungsadressaten	115	B.5.2.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen	136
B.3 Vorbehaltene Vorschriften	116	B.5.2.2 Konkrete Sanktionsberechnung	136
B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede	117	B.5.2.2.1 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses	138
B.4.1 Vorbemerkungen	117	B.5.2.2.2 Erschwerende und mildernde Umstände	138
B.4.2 Wettbewerbsabrede	117	B.5.2.3 Verhältnismässigkeitsprüfung	139
B.4.2.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	117	B.5.3 Ergebnis	139
B.4.2.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	118	C Kosten	140
B.4.2.3 Fazit	119	D Ergebnis	140
B.4.3 Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG	119	E Dispositiv	141
B.4.4 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs	119	F Anhänge	141
B.4.4.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede	119	A Sachverhalt	
B.4.4.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	119	A.1 Gegenstand der Untersuchung	
B.4.4.2.1 Relevanter Markt	120	1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob bestimmte schweizerische, zugelassene Händler verschiedener Marken des Volkswagen Konzerns (nachfolgend: VW-Konzern), nämlich VW Personenwagen (nachfolgend: VW PW), VW Nutzfahrzeuge (nachfolgend: VW NF), Audi, Seat und Skoda, eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG getroffen haben, indem sie eine Vereinbarung über Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen trafen.	
B.4.4.2.2 Aussenwettbewerb	122	A.2 Untersuchungsadressaten	
a. Aktueller Wettbewerb	122	2. Untersuchungsadressaten sind die folgenden vier Unternehmen (in alphabetischer Reihenfolge):	
b. Potenzieller Wettbewerb	124	<ul style="list-style-type: none"> • ASAG Auto-Service AG, mit Sitz in Basel (nachfolgend: ASAG); • Autoweibel AG, mit Sitz in Aarberg (nachfolgend: Autoweibel); • City-Garage AG, St. Gallen mit Sitz in St. Gallen (nachfolgend: City-Garage); • Garage Gautschi Holding AG, mit Sitz in Thunstetten (nachfolgend: Garage Gautschi). 	
B.4.4.2.3 Innenwettbewerb	125	3. Bezüglich dieser vier Unternehmen sind grundsätzlich folgende Informationen zu beachten:	
B.4.4.3 Zwischenergebnis	126	<ul style="list-style-type: none"> - Alle Unternehmen waren im Zeitraum von Januar bis April 2013 zugelassene Händler der Marken des VW-Konzerns und verfügten über einen Handels- und Servicepartnervertrag mit der AMAG Automobil- und Motoren AG, Zürich (nachfolgend: AMAG);¹ - ASAG vertreibt Neufahrzeuge der Marken VW PW, VW NF, Audi, Seat und Skoda an sieben Standorten in der Schweiz, mit dem Hauptsitz in Basel Dreispitz und weiteren Zweigniederlassungen in Basel Gellert, Basel Kleinbasel, Liestal, Pratteln, Rheinfelden und Reinach;² 	
B.4.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	126		
B.4.5.1 Erheblichkeit gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro	126		
B.4.5.2 Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis	126		
B.4.5.3 Erheblichkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung	126		
B.4.5.4 Verbotsprinzip und Missbrauchsprinzip	127		
B.4.5.5 Prüfung der Erheblichkeit in casu	130		
B.4.5.6 Qualitative Kriterien	131		
B.4.5.7 Quantitative Kriterien	131		
B.4.5.8 Zwischenergebnis	133		
B.4.6 Rechtfertigung aus Effizienzgründen	133		
B.4.7 Ergebnis	134		
B.5 Sanktionierung und Sanktionsbemessung	134		
B.5.1 Sanktionierung	134		
B.5.1.1 Allgemeines	134		
B.5.1.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	135		
B.5.1.2.1 Unternehmen	135		
B.5.1.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	135		

- Autoweibel vertreibt Neufahrzeuge der Marken VW PW und VW NF an einem einzigen Standort in Aarberg;³
- City-Garage ist auf Detailhandelsebene mit dem Vertrieb von Neufahrzeugen der Marken VW PW, VW NF, Audi, Seat und Porsche an fünf Standorten in der Ostschweiz, mit dem Hauptsitz in St. Gallen und weiteren Zweigniederlassungen in Goldach, Heiden, Wil und Rickenbach, tätig;⁴
- Garage Gautschi gehört die Garage Gautschi AG in Langenthal und die Auto Gautschi AG in Lyssach, welche Neufahrzeuge der Marken VW PW, VW NF, Audi, Seat und Sköda vertreiben.⁵

4. Zu beachten ist ausserdem, dass – gemäss Angabe der AMAG – die ASAG, die City-Garage und die Garage Gautschi im Zeitraum von Januar bis April 2013 zu den wichtigsten zugelassenen Händlern der Marken des VW-Konzerns gehörten, nicht jedoch Autoweibel.⁶ ASAG, City-Garage und Garage Gautschi gehörten somit zu jenen Unternehmen,⁷ welche zusammen für [70–85] % der Verkaufsmeldungen der von AMAG importierten Fahrzeuge stehen.⁸

5. Die AMAG war ebenfalls Adressatin dieser Untersuchung. Mit Verfügung vom 8. August 2014 des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission, Prof. Dr. Stefan Bühler (nachfolgend: Vorabverfügung), wurde die einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 (nachfolgend: EVR) zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) und der AMAG genehmigt und das Verfahren gegenüber dieser Partei abgeschlossen (Rz 110 und 113).⁹ Des besseren Verständnisses halber ist es allerdings angebracht, einige Informationen auch über dieses Unternehmen anzuführen:

6. Die AMAG ist der autorisierte und exklusive Importeur für Neufahrzeuge verschiedener Marken des VW-Konzerns, nämlich VW PW, VW NF, Audi, Seat und Sköda, in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein (Geschäftsbereich AMAG IMPORT). Zudem ist sie auf der Einzelhandelsebene mit eigenen zugelassenen Händler- und Werkstattbetrieben für die erwähnten Fahrzeugmarken sowie die VW-Konzernmarke Porsche tätig (Geschäftsbereich AMAG RETAIL).¹⁰ AMAG RETAIL bildet daher eine wirtschaftlich und rechtlich nicht getrennte Abteilung der AMAG. Einerseits verfügt die AMAG über 69 AMAG RETAIL Betriebe, die im Handel und im Service tätig sind.¹¹ Andererseits ist die AMAG, als Schweizer Vertreterin des VW-Konzerns, Vertragspartnerin von 274 zugelassenen Händlern (Konzessionären) der Marken VW, Audi, Seat und Sköda in der Schweiz.¹² Die Marke Porsche gehört zwar ebenfalls zum VW-Konzern. Anders als bei den übrigen Marken des VW-Konzerns ist AMAG jedoch nicht Importeurin dieser Fahrzeuge, sondern nur auf Einzelhandelsebene tätig (Porsche AMAG RETAIL).¹³ In Bezug auf das Verhalten der AMAG RETAIL betreffend den untersuchten Sachverhalt wird in der vorliegenden Verfügung generell die AMAG genannt.

A.3 Wettbewerbsrechtlich relevanter Sachverhalt

A.3.1 Begriffe und Hintergrundinformationen

7. Vor der Darstellung des Sachverhalts werden nachfolgend einige Begriffe erklärt und Hintergrundinformationen

angegeben, welche für diese Untersuchung wichtig und für ein rasches Verständnis der vorliegenden Verfügung hilfreich sind.

A.3.1.1 Begriffe

8. **Repo:** „Repo“ steht als Kurzform für „Preis-Repositionierung“. Hierbei handelt es sich um ein periodisches Überprüfen und Anpassen der Listenpreise durch die Kraftfahrzeuglieferanten für ihre jeweiligen Marken. Nach jeder Preis-Repositionierung passen die (zugelassenen) Händler üblicherweise auch ihre eigenen Verkaufspreislisen bzw. Konditionenlisten an. Oft kommt es nach den jährlichen Verhandlungen mit dem Importeur über Lieferkonditionen und Ziele für das Folgejahr zu einer (grösseren) Repo.

9. **Konditionenliste:** Eine Konditionenliste ist eine in der Automobilbranche übliche intern verwendete Liste des Händlers, die grundsätzlich alle angebotenen Modelle der durch ihn vertretenen Marken enthält. In dieser Liste werden (meist als Orientierung für die Verkaufsmitarbeiter) die allfällig (maximal) zu gewährenden Preisnachlässe auf den Listenpreis (des Herstellers) in Prozent angegeben. Auf diesen Listen ist (meist) auch die modellspezifische Ablieferungspauschale vermerkt.

10. **Preisnachlässe:** Im vorliegenden Fall handelt es sich hierbei um eine prozentuale Reduktion des Verkaufspreises an Endkunden je nach Kundengruppe (Detail, KMU, Flotten, Taxi etc.) oder Abnutzung (Vorfürswagen mit unterschiedlicher Nutzungstrecke) und Fahrzeugmodell.

11. **Ablieferungspauschale:** Bei der Ablieferungspauschale handelt es sich um einen Betrag, welcher von Händlern für gewisse, im Zusammenhang mit dem Kauf eines Neufahrzeugs erbrachte Dienstleistungen (insbesondere das Bereitstellen und Einlösen des Fahrzeuges, Auftanken, Entfernen von Transportschutz usw.) erhoben und entsprechend auf der (Erst-)Offerte aufgeführt wird.

¹ Eingabe vom 15.4.2014 der AMAG: Act. 230, Beilage „Freie Partner Handel“.

² Einvernahmeprotokoll vom 17.6.2013 von [ASAG]: Act. 83, Rz 70–72; vgl. auch <www.asag.ch/standorte.html>, unter Neuwagen und Standorte.

³ Einvernahmeprotokoll vom 17.6.2013 von [Autoweibel]: Act. 85, Rz 78; vgl. auch <www.autoweibel.ch/de/index.php>, unter Neuwagen.

⁴ Vgl. <www.city-garage.ch/index.php> unter Neuwagen und Geschäftsstellen.

⁵ Einvernahmeprotokoll vom 12.6.2013 von [Garage Gautschi]: Act. 77, Rz 72; vgl. auch <www.garage-gautschi.ch> unter Garage Gautschi Langenthal und Auto Gautschi Lyssach.

⁶ Eingabe der AMAG vom 11.7.2014: Act. 277, S. 2 Ziff. 2 Bst. a und b und Beilage 4.

⁷ Unternehmen mit mehreren Verkaufsstellen werden je als ein Händler aufgeführt.

⁸ Gemäss Angabe der AMAG handelt es sich bei einer Verkaufsmeldung um „die Meldung des Händlers an den Importeur und den Hersteller, dass ein bestimmtes Fahrzeug an einen Kunden übergeben oder auf den eigenen Betrieb zugelassen wurde. Die Anzahl Verkaufsmeldungen entspricht der Anzahl verkaufter bzw. zugelassener Fahrzeuge eines Händlers“ (siehe Act. 277, S. 2 Ziff. 2, 2. Absatz).

⁹ Act. 289.

¹⁰ Protokollaussage zur Selbstanzeige vom 4.4.2013: Act. 40, S. 2; Act. 230, S. 1.

¹¹ Act. 230, S. 1 und Beilage „Übersicht Partnernetze AMAG IMPORT (11.04.2014)“.

¹² Act. 230, S. 1 und Beilage „Freie Partner Handel“.

¹³ Act. 230, S. 1. Vgl. auch <www.porsche.amag.ch> unter Unternehmen > Porsche AMAG Retail.

A.3.1.2 VPVW

12. Die Untersuchungsadressaten und die AMAG RETAIL sind Mitglieder des Verbandes der Partner des Volkswagenkonzerns (VPVW).¹⁴ Der VPVW ist eine Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz und zählte Anfang Oktober 2013 183 Mitglieder.¹⁵ 150 davon waren auf der Einzelhandelsebene tätig (bei den anderen 33 handelte es sich „nur“ um autorisierte Werkstätten, die für die vorliegende Untersuchung nicht massgebend sind). Nach den vorliegenden Informationen betrug am 11. April 2014 die Gesamtzahl zugelassener Händler der Marken des VW Konzerns inklusive der 69 AMAG RETAIL-Betriebe 343.¹⁶ Es ist daher davon auszugehen, dass im massgeblichen Zeitraum (von Januar bis April 2013) mehr als 50 % der zugelassenen Händler der Marken VW PW, VW NF, Audi, SEAT und Sköda in der Schweiz dem VPVW angehörten.¹⁷

13. Gemäss Art. 2 der Statuten des VPVW¹⁸ bezweckt der VPVW „die Förderung des Verkaufs sowie der Serviceabdeckung der Marken des Volkswagenkonzerns in der Schweiz“, „[...] eine enge Zusammenarbeit und Beziehungspflege zwischen den Händlern (d.h. sämtlichen Vertriebsstufen bei mehrstufigem Vertriebsnetz) sowie Servicepartnern dieser Marken und der Automobil und Motoren AG (nachfolgend AMAG) und der Porsche Schweiz AG (nachfolgende Porsche Schweiz) als Importeurinnen“ und „[...] die Förderung der Fairness und Kollegialität unter den Partnern des Volkswagenkonzerns“. Der VPVW unterstützt die Importeurin (AMAG IMPORT) „[z]ur Erreichung optimaler Marktanteile und Serviceabdeckung“ und „strebt die Gewährleistung einwandfreier Servicearbeiten an den verkauften Produkten an“.¹⁹ Zudem pflegt der VPVW „den regen Gedankenaustausch und die guten Beziehungen innerhalb des Händler- und Servicepartnernetzes“.²⁰

14. Anfang 2013 plante der Vorstand des VPVW die Einführung je einer Stammtischveranstaltung in den selbst aufgeteilten neun Regionen der Schweiz.²¹ Gegenstand dieser Anlässe wären die Preis-Repositionierung der Marken des VW-Konzerns, wichtige Händlerthemen um die Rentabilität zu stärken und der Statusbericht der Themen, welche im Vorstand des VPVW mit dem Importeur besprochen werden, gewesen.²² Darüber hinaus war vorgesehen, dass (zukünftig) jedes Vorstandsmitglied ca. drei weitere Stammtische pro Jahr in der jeweilig zugeteilten Region durchführe.²³

15. Jedes Vorstandsmitglied des VPVW war zuständig für eine der neun Regionen und wurde mit einer spezifischen Aufgabe als Markenansprechpartner (MAP) beauftragt, das heisst, die Vertretung der Verbandsmitglieder gegenüber dem Importeur für eine bestimmte Marke des VW-Konzerns oder einen bestimmten Marktbereich zu übernehmen. Die Zuständigkeiten innerhalb des Vorstandes des VPVW waren für die zu untersuchende Zeitperiode wie folgt vorgesehen:²⁴

- [Name], Rechtsanwalt bei [...], Präsident des Vorstandes;
- [Name], [...] der City Garage, zuständig für die Regionen 1 und 5 (SH, TG, ZH-Ost, SG, FL, AI, AR, GR-Ost und -Nord) und die Marke Porsche;

- [Name], [...] der Garage Gautschi, zuständig für die Region 2 (AG-Ost, SO-Süd, BE-Ost) und die Marke Audi;
- [Name], [...] der Niederlassung der AMAG in [...]²⁵ und [Name], [...] der AMAG RETAIL [...], zuständig für die Region 3 (FR-F, VD, NE, GE, VS-F) und die Marken VW PW;
- [Name], [...] der [VW-Händler]²⁶, zuständig für die Region 4 (ZG, LU, UR, NW, OW, SZ, GL);
- [Name], [...] der Autoweibel, zuständig für die Region 6 (BE-West und -Süd, FR-D, VS-D) und die Bereiche After-Sales und Kundendienst;
- [Name], [...] der [VW-Händler], zuständig für die Region 7 (TI, GR-West und -Süd) und den Bereich After-Sales;
- [Name], [...] der ASAG, zuständig für die Region 8 (AG, BS, BL, SO Nord, JU) und die Marke VW NF;
- [Name], [...] der AMAG und [...] der AMAG RETAIL²⁷, zuständig für die Region 9 (ZH-West) und die IT des VPVW.

16. [Name], [...] der [VW-Händler] in [...], gab Anfang 2013 seinen Rücktritt als Vorstandsmitglied des VPVW bekannt.²⁸

17. Alle anderen Vorstandsmitglieder, ausser der Präsident [Name] und [Name], haben im Anschluss an die Eröffnung der vorliegenden Untersuchung den Austritt aus dem Vorstand des VPVW erklärt.²⁹

18. Die nachfolgende Grafik stellt zum massgeblichen Zeitraum die Struktur der AMAG, die Zusammensetzung des VPVW sowie dessen Mitgliederzahl (gemäss Angaben in Rz 12) im Verhältnis zu den zugelassenen Händlern der Marken des VW-Konzerns dar.

¹⁴ Mitgliederliste des VPVW (Stand Februar–März 2013): Act. 168, Beilage 2; Antwort des Präsidenten des VPVW vom 24.3.2015 zum Auskunftsbegehren des Sekretariates: Act. 350.

¹⁵ Act. 168, Beilage 2; Act. 350. Die Anzahl Filialen der einzelnen zugelassenen Händler wird in der Mitgliederliste des VPVW nicht berücksichtigt.

¹⁶ Act. 230, S. 1 und Beilagen.

¹⁷ Act. 168, Beilage 2 und Act. 230. Vgl. auch Act. 40, S. 3.

¹⁸ Statuten vom 22.7.2011 des VPVW: Act. 24, Beilage 2.

¹⁹ Art. 2 der Statuten vom 22.7.2011 des VPVW: Act. 24, Beilage 2.

²⁰ Idem.

²¹ Präsentation Region Mittelland: Act. 14, Folie 30; Präsentation Stammtisch Region 8: Act. 22, Folie 37 (Anhang 3).

²² Act. 14, Folie 30; Einladung vom 11.3.2013 der AMAG an die Teilnehmer des Stammtisches Region 9: Act. 18, Beilage 1.

²³ Idem.

²⁴ Act. 14, Folie 31; Act. 22, Folie 7.

²⁵ [Name] war in der zu untersuchenden Zeitperiode noch zu wählender Kandidat für den Vorstand des VPVW, vgl. Act. 14, Folie 31; Act. 22, Folie 7.

²⁶ [Name] war in der zu untersuchenden Zeitperiode noch zu wählender Kandidat für den Vorstand des VPVW, vgl. Act. 14, Folie 31; Act. 22, Folie 7.

²⁷ [...].

²⁸ Stellungnahme vom 23.9.2013 von [VW-Händler] auf Auskunftsbegehren des Sekretariates: Act. 149. Vgl. auch Act. 350.

²⁹ Act. 350.

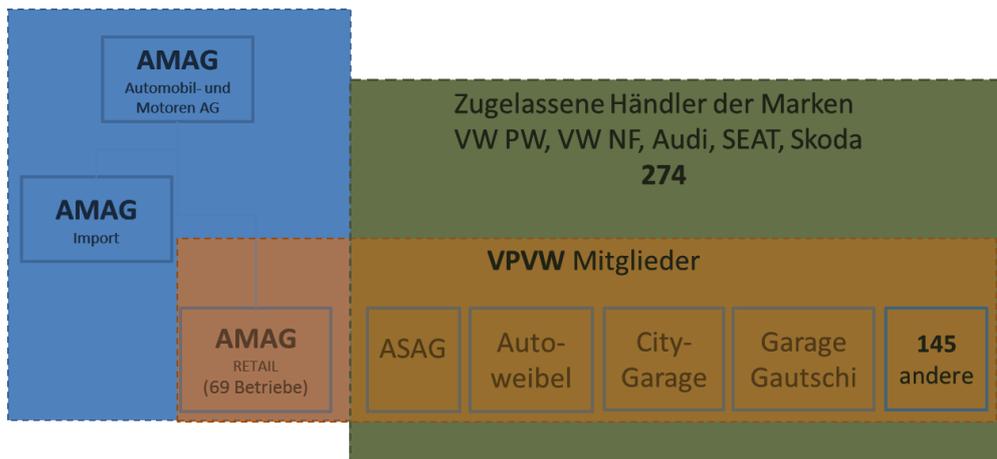


Abbildung 1 (Darstellung Sekretariat)

A.3.2 Vorbereitung des „Projekt Repo 2013“

19. Die AMAG IMPORT hatte bereits Ende Februar 2012 die Listenpreise der Marke Audi um durchschnittlich 11 % gesenkt.³⁰ Die Listenpreise der Marken VW PW, VW NF, Skoda und Seat wurden am 1. März bzw. am 1. April 2013 um durchschnittlich 13 bzw. 14,5 % gesenkt (eine sog. Preis-Repositionierung, siehe Rz 8).³¹ Die geplante Umsetzung dieser Massnahmen war einigen Händlern schon Anfangs Januar 2013 bekannt.³²

20. Am Rande einer Tagung für Markenverantwortliche und Geschäftsführer zugelassener Händler der Marken des VW-Konzerns in der Umwelt Arena in Spreitenbach zwischen dem 10. und 11. Januar 2013 (nachfolgend: VW PW MVR-Tagung)³³ kam es zu einer Diskussion zwischen den [Name] (Garage Gautschi), [Name] (Autoweibel) und [Name] (AMAG).³⁴ Während dieses Anlasses besprachen sie die Situation bei der Preis-Repositionierung der Marken VW PW, VW NF und Skoda³⁵. Mit dem „Engagement“ des Vorstandes des VPVW und der einzelnen Regionen erklärten sich bereit, bei den Marken VW PW, Skoda und Seat den „Sockelrabatt“ auf 2 % anzusetzen.³⁶ Es sei aber klar gewesen, dass, um dieses Projekt „nachhaltig“ umsetzen zu können, auch ein grosses persönliches „Engagement im Vorfeld an den Tag“ zu legen notwendig war.³⁷ Mit E-Mail vom 11. Januar 2013 (um 18:26 Uhr) versendete [Garage Gautschi] den [AMAG] und [Autoweibel] die Konditionenliste von 2012 der Garage Gautschi und erklärte wie diese bei seinen Unternehmen anzuwenden war.³⁸ Bezüglich das Projekt präzisierte er Folgendes: „Es muss uns bewusst sein, dass wir mit Einzelabschlachtungen arbeiten müssen und mit vollem Herzblut. Was ich klar nicht will ist, dass wir mit Halbmass und dann noch mit einer Hauruck Uebung an das Thema herangehen. So wird es klar scheitern und jede aufgewendete Zeit wäre für die Katz. Es braucht dann auch eine begleitende Plattform um das Thema immer und immer wieder anzusprechen um vorgefallene Misstritte offen zu diskutieren. Der angedachte Stammtisch nach Regionen wäre da eine gute Lösung“³⁹. Er führte zudem weiter aus: „Was meint ihr, wollen wir das Thema angehen und wie wollen wir nun vorgehen, wir haben ja nur noch bis ca. Ende Febr. Zeit das Ganze vorzubereiten. Bei der Repo muss alles klar sein und vor allem Alle müssen sauber informiert sein. Es versteht sich von selbst, das diese Info

heikel ist und wir auch vorsichtig umgehen müssen. Aus diesem Grund habe ich es nur Euch gesendet. Lasst mich also nicht am nächsten Tag verhaften lassen...smail“⁴⁰.

21. Mit einer E Mail vom 22. Januar 2013 fasste [Garage Gautschi] den Inhalt dieser Diskussion für die übrigen Vorstandskollegen, die [Name] (City-Garage), [Name] (ASAG), [Name] ([VW-Händler]) und [Name] ([VW-Händler]), zusammen.⁴¹ Diese hatte zum Ergebnis, die „Nachlässe um -2 % [für die Fahrzeuge der Marken des VW-Konzerns zu] reduzieren“ und „die von [Ihnen] definierten 9 Regionen [im Rahmen der VPVW Stammtische] als Plattform [zu] nutzen“, um die zugelassenen Händler der

³⁰ Vgl. <<http://info.sonntagszeitung.ch/archiv/detail/?newsid=208114>>.

³¹ Vgl. <www.volkswagen.ch> unter Volkswagen Aktuell > News > Seite 4 > Volkswagen und VW Nutzfahrzeuge senken die Preise in der Schweiz [publiziert am 1.3.2013, 11:19]; <www.skodapress.ch> unter Newsticker > Seite 3 > SKODA senkt die Listenpreise! [publiziert am 1.3.2013, 11:33]; <www.seat.ch> unter News & Events > Seite 2 > SEAT senkt die Listenpreise [publiziert am 28.3.2013, 13:12]. Vgl. auch Schreiben vom 15.3.2013 der AMAG RETAIL an alle Geschäftsführer, Markenverantwortlicher und Verkaufsmitarbeiter der AMAG RETAIL: Act. 20, S. 1 und Act. 40, S. 2.

³² Vgl. E-Mail vom 11.1.2013 von [Garage Gautschi] an den [AMAG] und [Autoweibel]: Act. 4; E-Mail vom 22.1.2013 von [Garage Gautschi] an die Vorstandsmitglieder des VPVW: Act. 5.

³³ Einladung vom 23.11.2012 zur VW PW MVR-Tagung: Act. 2. Für die VW PW MVR-Tagung gab es 221 angemeldete Teilnehmer, unter diesen waren alle Parteien vertreten (vgl. Act. 3).

³⁴ Act. 4; Act. 5.

³⁵ Idem.

³⁶ Act. 4.

³⁷ Idem.

³⁸ Act. 4.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Act. 5.

Marken des VW-Konzerns miteinzubeziehen und dieses Projekt umzusetzen.⁴² Ein vorsichtiger Umgang mit Rabatten gegenüber Endkunden sei die einzige Möglichkeit, um die Marge der zugelassenen Händler zu verbessern.⁴³ Er stellte seinen Vorstandskollegen die Frage, ob sie „dieses Projekt nun definitiv starten“ und „umsetzen“ wollten.⁴⁴ [Garage Gautschi] wies sie zudem darauf hin, dass sie „diese Chance [...] nur einmal [hätten] und die Zeit drängt“ und dass sie „von einer „Chance“ von ca. 24 Mio.“ sprechen würden.⁴⁵

22. Als Antwort darauf schickte [AMAG] am gleichen Tag die Konditionenliste der AMAG RETAIL „Verkaufskonditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (Empfehlung)“ vom 19. Januar 2013 an [Garage Gautschi] (und in Kopie an [Autoweibel]).⁴⁶ Er stellte fest: „Bei der Repo-geschichte machen wir sowieso mit und wir haben unseren Kontrollmechanismus schon definiert und ggü. unseren Geschäftsführern [der AMAG RETAIL Betriebe] wird morgen kommuniziert, dass diese Liste verbindlich eingehalten wird, die Einhaltung bonusrelevant sein wird und bei nicht-Anwendung entsprechende Konsequenzen gezogen werden“.⁴⁷ Diese Konditionenliste (gültig ab 1. Januar 2013) hatte [AMAG], als [...] der AMAG RETAIL, mit Schreiben vom 23. Januar 2013 an alle Geschäftsführer, Markenverantwortlichen und Verkaufsmitarbeiter der AMAG RETAIL gesendet.⁴⁸

23. Am 23. und 24. Januar 2013 gab es weitere Korrespondenz per E-Mail zwischen den [Garage Gautschi], [AMAG] und [Autoweibel], wobei über die einzelnen Positionen einer gemeinsamen Konditionenliste und die Ziele des Projektes diskutiert wurde. Diese E-Mails enthalten insbesondere folgende Passagen:

„Was wir aber unbedingt tun müssen, ist dass wir zusammensitzen und eine gemeinsame Liste erstellen, die wir dann wiederum in den regionalen Meetings besprechen können.“

Wie [Garage Gautschi] schon gesagt hat, ist die Herausforderung die konsequente Umsetzung des Rabattverhaltens und vor allem die KONTROLLE dazu und hier müssen wir uns was überlegen (und auch drüber nachdenken, was wir tun, wenn wir „Verfehlungen“ feststellen.

Deshalb unterstütze ich eine Meeting mit den von [Garage Gautschi] vorgeschlagenen Teilnehmern, wo wir dies alles klären und die Kommunikation in die Händlerregionen organisiere, denn wir müssen alle das selbe sagen und sicherstellen“.⁴⁹

„[...] Es kann ja jeder seine Liste nehmen, wichtig für alle ist dass die privaten Händler in unseren Einzugsgebieten das auch zu wissen bekommen, denn gerade bei Audi schwirren immer noch die alten Nachlässe von [...] und [...] % umher. Auch sollten wir mit einer gültigen Liste auf Anfang Februar an die Front können. Ich nehme es auf mich wieder meine privaten Partner Kollegen damit zu bestücken.“

Ich habe im Anhang noch eine positive und negative Beispiele von Neuwagen Offerten zum Schulen der Verkäufer um mehr Transparenz in die Wagenhandels-offerten zu bekommen. [Garage Gautschi] ist das was du dir das vorgestellt hast? Sind das die Beispiele die wir an einem Stammtisch diskutieren können?“⁵⁰

„Hoi [Name, Autoweibel] und [Name, AMAG]

Alle Aufstellung sind absolut korrekt bzw. richtig Kommentiert. Ich denke, dass es nicht so wichtig ist was bei den einzelnen Beträgen geschrieben wird sondern das erste Ziel wäre, dass wirklich alle Offerten bei allen Händlern separiert dargestellt werden und selbstverständlich auch ohne grosse Vermischung mit dem Eintauschpreis. Obschon dies dann schwer in der Praxis ist gegen zu Beweisen und zu kontrollieren. Aber mit diesem Restrisiko der Ueberzahlung des Eintausches müssen wir leben können.

Was wir bei dieser Gelegenheit auch ansprechen müssen ist die Ablieferungspauschale. Wir und [ASAG] haben ja seit April 2012 eine Abl.p. von [...] bzw. bei kleineren Modellen eine von [...] [Name, AMAG] hat ja nun nachgezogen auf ca. [...] Besten Dank [Name, AMAG] ! Es ist aber so, dass es immer noch grosse Unterschiede gibt. Auch dies müssen wir ansprechen. Die Erfahrung hat z.B. bei uns gezeigt, dass es beim Kunde nur Diskussionen gibt wenn eine Konkurrenz-offerte vorliegt mit z.T. noch [...] Sonst haben wir absolut keine Probleme sogar diese [...] auch bei einem Golf verrechnen zu können. Also um eine Fr. [...] höhere Abi. p. ergibt pro 100NW bekanntlich + Fr. 10'000.- in der Kasse !!

Ich habe noch kurz mit [Name, ASAG] und [Name, City-Garage] sprechen können. Wie auch in den Antwortmail bestätigt sind auch diese beiden Parteien einverstanden mitzuziehen und sich auch zu Engagieren. Wenn ihr einverstanden seit, werde ich an Alle uns 5 Parteien [ASAG, City-Garage, Garage-Gautschi, AMAG und Autoweibel] nun ein zusammenfassendes Mail schreiben mit der Idee und Terminvorschläge um sich im Febr. treffen zu können [...]“⁵¹.

24. Am 25. Januar 2013 unterbreitete [Garage Gautschi] den Adressaten, nämlich den [ASAG], [City-Garage], [AMAG] und [Autoweibel], Besprechungstermine (u.a. auch den 6. Februar 2013) und fasste die Inhalte der im Anschluss an das Treffen erfolgten E-Mail-Korrespondenz der obengenannten [Adressaten] zusammen⁵²:

„Zusammenfassung

- Wir sind alle der Ueberzeugung, dass wir diese Gelegenheit nutzen müssen,

- Es ist uns aber auch allen bewusst dass Alle im selben Boot sein müssen und dies nur mit einem Kraftakt zu bewältigen ist,

⁴² Idem.

⁴³ Protokollaussage zur Selbstanzeige vom 18.4.2013: Act. 41, S. 2.

⁴⁴ Act. 5.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ E-Mail vom 22.1.2013 von [AMAG] an [Garage Gautschi] und in Kopie an [Autoweibel]: Act. 6.

⁴⁷ Act. 6. Vgl. auch die Betriebsmitteilung vom 23.1.2013 zu Verkäuferkonditionen AMAG RETAIL 2013: Act. 7.

⁴⁸ Act. 7.

⁴⁹ E-Mail vom 24.1.2013 von [AMAG] an [Autoweibel] und in Kopie an [Garage Gautschi]: Act. 8, S. 2-3.

⁵⁰ E-Mail vom 23.1.2013 von [Autoweibel] an [AMAG] und in Kopie an [Garage Gautschi]: Act. 8, S. 2.

⁵¹ E-Mail vom 24.1.2013 von [Garage Gautschi] an [Autoweibel] und in Kopie an [AMAG]: Act. 8, S. 1.

⁵² E-Mail vom 25.1.2013 von [Garage Gautschi] an [ASAG], [City-Garage], [AMAG] und [Autoweibel]: Act. 9.

- Die Informationswelle muss vor der Repo passieren.
- Die nächsten Schritte müssen jetzt eingeleitet und koordiniert werden⁵³.

25. Weiter schlug [Garage Gautschi] vor, zu versuchen „noch einige Händler jetzt schon ins Boot zu nehmen um an diesem Projekt mitzuhelfen“, weil dies aus seiner Sicht eine grosse Hilfe wäre und ihnen „noch mehr Rückendeckung geben“ würde. Er ergänzte: „Wir müssten diese natürlich sofort informieren und auch einladen.“⁵⁴ [Autoweibel] nannte daraufhin in seiner E-Mail vom 26. Januar 2013 weitere mögliche Teilnehmer, er gab aber zu bedenken, dass dies „dann den Rahmen der Gruppengrösse sprengen würde“⁵⁵. Auch [Garage Gautschi] bezeichnete in seiner E-Mail vom 28. Januar 2013 an [Autoweibel] und in Kopie an die [ASAG], [City-Garage] und [AMAG] noch „wichtige regionale Player“⁵⁶, deren Teilnahme er sich vorstellen könne. Allerdings war er auch einverstanden, wenn sie „sich in einer kleinen Delegation treffen“⁵⁷ würden.

A.3.3 Die Konditionenliste

26. Am 6. Februar 2013 trafen sich die [AMAG], [Garage Gautschi], [City-Garage] und [Autoweibel] in der AMAG Autowelt Zürich in Dübendorf zu der oben erwähnten Besprechung.⁵⁸ Alle Teilnehmer dieses „Meetings“ brachten die in ihren Unternehmen verwendete, interne Konditionenliste mit.⁵⁹ Auf der Basis des Layouts der Konditionenliste von AMAG RETAIL⁶⁰ wurde nach einer Diskussion gemeinsam eine einheitliche Konditionenliste mit maximalen Preisnachlässen und minimalen Ablieferungspauschalen zur Abgabe von Erst Offerten für Neufahrzeuge von Marken des VW-Konzerns erstellt.⁶¹ Anschliessend an das „Meeting“ versendete [AMAG] an die [Garage Gautschi], [City-Garage] und [Autoweibel] folgende Dokumente per E-Mail:⁶²

- Die vereinbarte Konditionenliste für die vorgesehene Preis-Repositionierung der Marken VW PW, VW NF, Sköda und Seat zum 1. März bzw. 1. April 2015 (erste Fassung der vereinbarten Konditionenliste auf der Basis des Layouts der Konditionenliste von AMAG RETAIL);
- Einen Entwurf der neuen zukünftigen AMAG RETAIL Konditionenliste (Gültigkeitsdatum ab 18. Februar 2013).

27. [Autoweibel] passte seine eigene Konditionenliste an die interne Konditionenliste der AMAG RETAIL mit Gültigkeit ab 18. Februar 2013 an und versendete diese per E-Mail am 8. Februar 2013 an die [AMAG], [Garage Gautschi] und [City-Garage].⁶³ In der gleichen E-Mail informierte [Autoweibel] [AMAG], dass [Name, ASAG], [...] der ASAG, ihn angerufen und gefragt habe, ob er die „Retail Nachlass Liste“ erhalten könne.⁶⁴ [Autoweibel] fragte daher, ob [AMAG] diese [ASAG] direkt schicken könnte.⁶⁵

28. Mit E-Mail vom 8. Februar 2013 (in Kopie an [AMAG]) informierte [Name, Garage Gautschi] [Name, ASAG], dass „[zum Thema Repo [...] die „neue Konditionenliste“ via [Autoweibel] an [...] [Name, ASAG] als Info weitergeleitet“ wurde.⁶⁶ Weiter schrieb [Garage Gautschi]: „Ueber die Details und das weitere Vorgehen zu informieren ist es am Besten, wenn du [Name, ASAG] [Name, AMAG]

oder mir einmal anrufst. Wir werden dich gerne im Zusammenschnitt über das Meeting informieren“.⁶⁷

29. Am 24. Februar 2013 passte [Autoweibel] seine Konditionenliste an die am 6. Februar 2013 vereinbarte Konditionenliste (Gültigkeitsdatum ab 1. März 2013)⁶⁸ an und versendete diese an die [City-Garage] und [AMAG] und in Kopie an die [Garage Gautschi] und [ASAG] mit der Bitte um Überprüfung und Feedback.⁶⁹

30. In der Folge sendete [AMAG] am 4. März 2013 per E-Mail die am 6. Februar 2013 vereinbarte Konditionenliste „als Basis für die Stammtische bzg. Rabattverhalten nach Repo“ (zweite „neutralisierte“⁷⁰ Fassung der vereinbarten Konditionenliste) an die [City-Garage], [ASAG], [Garage Gautschi] und [Autoweibel].⁷¹ Zum Vergleich hängt [AMAG] noch die Konditionenliste von [Autoweibel] an, die er auf Basis der vereinbarten Konditionenliste erstellte und am 24. Februar 2013 versandte (Rz 29).⁷²

31. Am 5. März 2013 kam es zu weiterer Korrespondenz per E-Mail zwischen den [Garage Gautschi], [AMAG] und [Autoweibel] (jeweils mit Kopie an die [ASAG] und [City-Garage]) zur Frage, ob die Preisnachlässe gemäss der zweiten Fassung der vereinbarten Konditionenliste für gewisse Modelle erhöht werden sollten.⁷³ [AMAG] fragte die anderen Kollegen, ob es möglich sei, dass die Preisnachlässe für den Bereich Detailhandel bei den Modellen der Marke VW (wie z.B. Polo und Golf) auf 3 % (statt bisher 2 %) angehoben werden könnten.⁷⁴ [Garage Gautschi] antwortete, er würde es begrüssen, wenn sie an den

⁵³ Idem.

⁵⁴ Act. 9.

⁵⁵ E-Mail vom 28.1.2013 von [Autoweibel] an die [Garage Gautschi] und in Kopie an die [ASAG], [City-Garage] und [AMAG]: Act. 10.

⁵⁶ E-Mail vom 28.1.2013 von [Garage Gautschi] an die [Autoweibel] und in Kopie an die [ASAG], [City-Garage] und [AMAG]: Act. 10.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Act. 9; E-Mail vom 4.3.2013 von [AMAG] an die [ASAG], [City-Garage], [Garage Gautschi] und [Autoweibel]: Act. 16.

⁵⁹ Act. 71, Ziff. 175–177.

⁶⁰ Vgl. E-Mail vom 6.2.2013 von [AMAG] an die [City-Garage], [Garage Gautschi] und [Autoweibel]: Act. 11, Beilage 2.

⁶¹ Act. 11, Beilage 1; E-Mail vom 4.3.2015 von [AMAG] an die [Garage Gautschi], [Autoweibel], [ASAG] und [City-Garage]: Act. 16, Beilage 2; Act. 40, S. 4; Act. 71, Ziff. 175–177 und Eingabe vom 5.9.2014 der AMAG: Act. 302, S. 2–3.

⁶² Act. 11.

⁶³ E-Mail vom 8.2.2013 von [Autoweibel] an die [City-Garage], [Garage Gautschi] und [AMAG]: Act. 12.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Act. 12.

⁶⁶ E-Mail vom 8.2.2013 von [Garage Gautschi] an [ASAG] in Kopie an [AMAG]: Act. 13.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Vgl. Act. 11, Beilage 1. Vgl. auch Act. 16.

⁶⁹ E-Mail vom 24.2.2013 von [Autoweibel] an die [City-Garage] und [AMAG] und in Kopie an die [ASAG] und [Garage Gautschi]: Act. 15. Siehe auch Act. 16, Beilage 3. Vgl. auch Act. 71, Ziff. 182–183. Aus diesem Grund wird in der folgenden E-Mail-Korrespondenz die am 6.2.2014 vereinbarte Konditionenliste als „Konditionenliste von [Autoweibel]“ bezeichnet (siehe z.B. Act. 19, S. 1).

⁷⁰ Im Unterschied zu der am 6. Februar 2013 versendeten ersten Fassung der vereinbarten Konditionen (Act. 11) enthält diese zweite Fassung kein Logo der AMAG RETAIL.

⁷¹ Act. 16, Beilage 2. Vgl. auch Act. 71, Ziff. 184–185; Act. 302, S. 3.

⁷² Act. 16, Beilage 3.

⁷³ E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien vom 5/6.3.2013: Act. 17.

⁷⁴ E-Mail vom 5.3.2013 10:37:07 Uhr von [AMAG]: Act. 17, S. 4–5.

vereinbaren 2 % für diese Modelle festhalten könnten.⁷⁵ Diese Konditionen könnten danach immer noch korrigiert werden. Dabei war es für [Garage Gautschi] wichtig, dass sie sich „engmaschig über die Erfahrungen an der Front und deren Volumenentwicklung updaten“ und „schon nach 3 Monaten [nach der Durchführung der regionalen Stammtische] darüber sprechen“ würden. Die [AMAG] und [City-Garage] erklärten sich mit diesem Vorgehen einverstanden, wobei [City-Garage] noch ergänzte, es sei wichtig, „dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhalten“.⁷⁶ Dieser Punkt wurde auch von [Autoweibel] bestätigt: „Inbesondere wird das wichtigste sein, dass wir alle, Retail die Grossen wie die kleinen ins Boot holen dass sie es den Verkäufern dies zu glaube und umsetzen. Die Kontrolle in naher Zukunft sind wichtig“.⁷⁷ Ein Thema war auch, ab wann diese vereinbarte Konditionenliste aktiv werden sollte, falls sie schon im damaligen Zeitpunkt an die anderen zugelassenen Händler der Marken des VW-Konzerns versendet würde. [Garage Gautschi] stellte

[Autoweibel] und [AMAG] die Frage, ob die „neue“ Konditionenliste ab sofort umgesetzt werden müsse oder noch bis zum „offizielle[n] Startschuss so um den 25.03[.2013]“⁷⁸ gewartet werden sollte. [City-Garage] hielt hierzu fest, für ihn sei klar, dass die „Liste“ (die vereinbarte Konditionenliste) aktiv werde, „sobald der letzte Stammtisch [...] durch“ sei.⁷⁹ [Garage Gautschi] gebe „den Termin des letzten Stammtisches bzw. den nächsten Starttag durch“.⁸⁰

32. Die Konditionenliste von [Autoweibel] wurde nochmals in einigen Punkten überarbeitet und auf die am 6. Februar 2013 vereinbarte Konditionenliste hin angepasst.⁸¹ Diese wurde von [Garage Gautschi] an die betroffenen Mitglieder des Vorstands des VPVW am 13. März 2013 per E-Mail versandt.⁸² Dieses Dokument stellt die definitive Version der vereinbarten Konditionenliste dar.⁸³

33. Die nachfolgende Tabelle stellt einen Auszug der vereinbarten Konditionenliste dar:⁸⁴

Tabelle 1: Auszug der vereinbarten Konditionenliste

	Privat (Detail)	KMU	Kleine Flotte	Grosse Flotte
VW Golf	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
VW Crafter	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Audi A4	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Seat Leon	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Skoda Octavia	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Nettomodelle (Skoda)	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Sondermodelle (Skoda)	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %

Ablieferungspauschale klein Fr. [...] - mittel Fr. [...] - gross und NF Fr. [...] -

Abbildung 2 (Darstellung Sekretariat)

⁷⁵ E-Mail vom 5.3.2013 um 18:14 Uhr von [Garage Gautschi]: Act. 17, S. 4.

⁷⁶ E-Mail vom 5.3.2013 um 19:11 Uhr von [AMAG] und E-Mail vom 5.3.2013 19:24 von [City-Garage]: Act. 17, S. 2–3.

⁷⁷ E-Mail vom 6.3.2013 um 7:21 Uhr von [Autoweibel]: Act. 17, S. 2.

⁷⁸ E-Mail vom 6.3.2013 um 7:54 Uhr von [Garage Gautschi]: Act. 17, S. 1.

⁷⁹ E-Mail vom 6.3.2013 um 8:21 Uhr von [City-Garage]: Act. 17, S. 1.

⁸⁰ E-Mail vom 6.3.2013 um 8:21 Uhr von [City-Garage]: Act. 17, S. 1.

⁸¹ Vgl. die Konditionenliste in den Act. 15 und 19 mit Act. 11, Beilage 1 und Act. 16, Beilage 2. Im Unterschied zu der am 24.2.2013 versendeten Konditionenliste von [Autoweibel] (Rz 29) wurden folgende Punkte angepasst: Bei den Modellen A3 Start Plus, Sondermodelle und Praktik

wurden die Konditionen gemäss derjenigen der am 6.2.2013 vereinbarten Konditionenliste korrigiert. Die Stelle „Ecomotive alle“ wurde gestrichen. Die Stelle „Octavia Aarosa 4x4“ wurde mit der Stelle „Nettomodelle“ ersetzt.

⁸² E-Mail vom 13.3.2013 von [Garage Gautschi] an die [ASAG], [City-Garage], [Name, Garage], [AMAG] und [Autoweibel] sowie an [E-Mail-Adresse, VW-Händler]: Act. 19, Beilage 3 (nachfolgend: vereinbarte Konditionenliste; siehe Anhang 1).

⁸³ Vgl. auch E-Mail vom 25.03.2013 von [Name] ([...] VW PW der AMAG) an [Name] ([...] VW PW der AMAG): Act. 25.

⁸⁴ Vgl. Act. 19, Beilage 3.

A.3.4 Die Präsentation

34. [Garage Gautschi] erstellte und versendete am 11. Februar 2013 per E-Mail einen ersten Entwurf einer einheitlichen Präsentation zur Durchführung der geplanten regionalen Stammtische des VPVW an die [ASAG], [City-Garage], [Autoweibel] und [AMAG].⁸⁵ Am 13. März 2013 versendete [Garage Gautschi], als Basis für alle Stammtische und insbesondere für seinen Stammtisch in der Region Mittelland, die von ihm überarbeitete Version der Präsentation.⁸⁶ [Garage Gautschi] präziserte, dass die Präsentation noch angepasst werden könne.⁸⁷ Gleichzeitig versendete er die vereinbarte Konditionenliste⁸⁸, welche er am Stammtisch vom 25. März 2013 abgeben wollte sowie einen Statusbericht über die zwischen VPVW und AMAG IMPORT bzw. Händlerschaft aktuell besprochenen Themen, welcher zusätzlich auch in die Präsentation integriert war.⁸⁹

35. Für die Durchführung der Stammtische wurde die Schweiz in neun Regionen aufgeteilt (siehe Rz 14) und diese den betreffenden Vorstandsmitgliedern des VPVW anhand der geographischen Tätigkeit ihrer Unternehmen zugeteilt (siehe Rz 46 und 47).

36. Die Leiter dieser Stammtische versendeten die Einladungen jeweils per E-Mail.⁹⁰ Diesbezüglich schrieb [Garage Gautschi]: „*Gestern habe ich mit [Name, ASAG] die Gebiete abgestimmt. [Name, Autoweibel], du bekommst von mir noch die def. Liste meiner Region 2. [Name, ASAG] hat mich gefragt, wer bzw. in welchem Namen wir das Einladungsschreiben aufsetzen. Spontan habe ich gesagt, dass es nicht offiziell der Händlervorstand sein darf betreffend dem Thema. Heute Morgen bin ich mir nicht mehr so sicher, weil es ja der erste offizielle Stammtisch sein soll. Was meint ihr ? Bitte um Feedback. Zudem wären wir alle sicher froh, wenn ein paar Vorschläge eines Einladungsschreiben vorliegen würde. Inhaltlich sollten die Schreiben in etwa identisch sein. Ich werde einmal versuchen etwas aufzusetzen, wäre aber froh wenn zusätzlich Inputs oder andere Vorschläge aufgesetzt würden. Besten Dank. [Name, Garage Gautschi]*“⁹¹. Die betroffenen [Personen] einigten sich schlussendlich, das Einladungsschreiben für die Stammtische im Namen des Händlervorstandes des VPVW zu versenden.⁹²

37. Im Einladungsschreiben für den ersten geplanten Stammtisch in der Region 9 (ZH-West) wurden die Themen angekündigt: „*Preisreposition unserer Konzernmarken*“, „*Wichtige Händlerthemen um unsere Rentabilität zu stärken*“, „*Statusbericht der Themen welche im Vorstand mit dem Importeur besprochen werden*“, „*Termin des nächsten Stammtisches*“.⁹³ Zudem wurden die eingeladenen Händler auf folgenden Punkt aufmerksam gemacht: „*Wichtig ist, dass alle angeschriebenen Partner teilnehmen auch diejenigen, welche nicht im Händlerverband [VPVW] sind!*“.⁹⁴ Es wurde auch mitgeteilt, dass der Importeur über das Durchführen der Stammtische informiert ist, aber nicht über deren Inhalt und eventuelle Entscheide.⁹⁵ Gemäss der E-Mail vom 6. März 2013 von [Garage Gautschi] (Rz 36) ist davon auszugehen, dass der Inhalt der Einladungsschreiben für alle Stammtische mindestens im Wesentlichen ähnlich war.

38. In der Präsentation wurden u.a. unter dem Stichwort „Projekt Repo 2013“ die Ziele des VPVW-Vorstandes und

dessen Politik betreffend Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen,⁹⁶ eine Grobübersicht der vereinbarten Konditionen pro Marke,⁹⁷ die Anpassungen pro Marke der Händlermargen⁹⁸ und konkrete Anwendungsbeispiele der vereinbarten Konditionen für die Erst-Offerte⁹⁹ dargestellt.

39. Die Folie 2 der Präsentation zeigt eine graphische Darstellung der Kostenentwicklung und des Zerfalles der Rentabilität für die Schweizer Händler der Marken des VW-Konzerns in den letzten zehn Jahren:¹⁰⁰

⁸⁵ E-Mail vom 11.2.2013 von [Garage Gautschi] an den [AMAG], [City-Garage], [ASAG] und [Autoweibel]: Act. 14.

⁸⁶ E-Mail vom 13.3.2013 von [Garage Gautschi] an die [ASAG], [City-Garage], [Name, VW-Händler], [AMAG] und [Autoweibel] sowie an [E-Mail-Adresse, VW-Händler]: Act. 19, Beilage 1 (nachfolgend: Präsentation; siehe Anhang 2).

⁸⁷ Act. 19, S. 1.

⁸⁸ Act. 19, Beilage 3.

⁸⁹ Act. 19, Beilage 2.

⁹⁰ Protokollaussage zur Selbstanzeige vom 18.4.2013: Act. 41, S. 7. Vgl. z.B. die Einladung vom 11.3.2013 der AMAG an den Teilnehmer des Stammtisches Region 9: Act. 18.

⁹¹ E-Mail vom 6.3.2013 um 7:54 Uhr von [Garage Gautschi]: Act. 17, S. 1, Hervorhebung im Original.

⁹² Vgl. Act. 18, S. 3.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Act. 18, S. 3, Hervorhebung im Original.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Act. 19, Beilage 1, Folien 1–3 und 16–17.

⁹⁷ Act. 19, Beilage 1, Folie 4.

⁹⁸ Act. 19, Beilage 1, Folien 5–9.

⁹⁹ Act. 19, Beilage 1, Folien 10–15.

¹⁰⁰ Act. 19, Beilage 1, Folie 2.

[...]

Abbildung 3 (Folie 2 der Präsentation Region 8¹⁰¹)

40. Die Gründe des „Projekt Repo 2013“ sind in Folie 14 der Präsentation für den VPVW Stammtisch Region 8, die von den [Name, ASAG] und [Name, ASAG] gehalten wurde (siehe unten Rz 46), genauer aufgeführt:¹⁰²

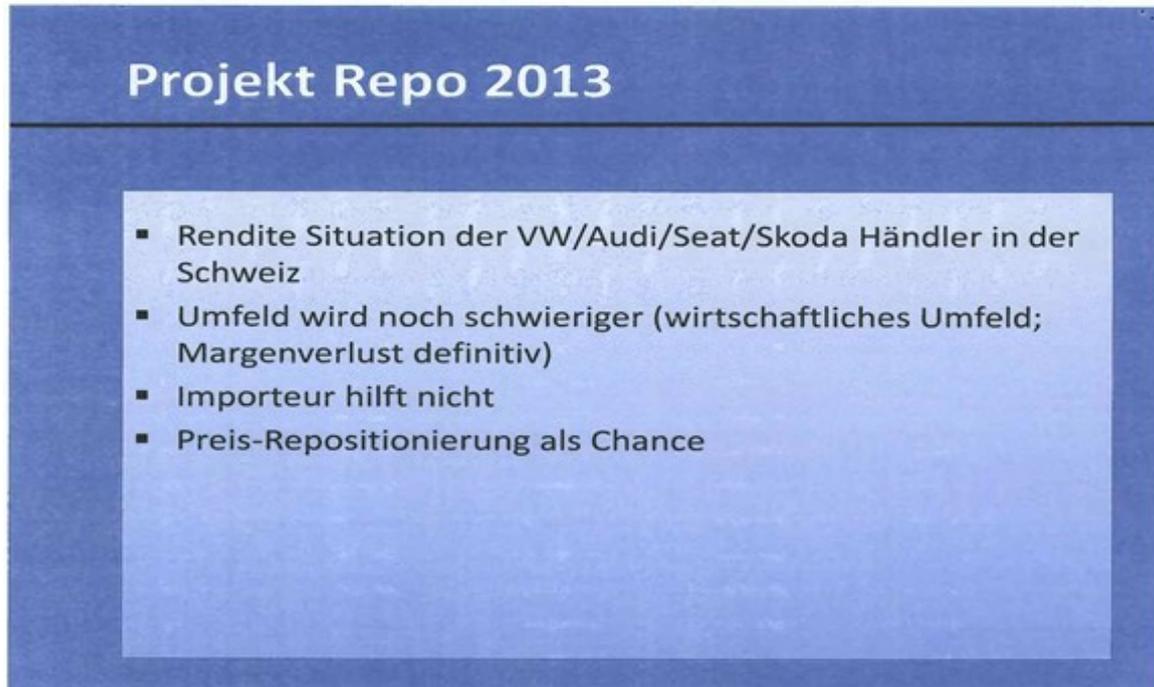


Abbildung 4 (Folie 14 der Präsentation Region 8)

¹⁰¹ Diese Folie der Präsentation Region 8 (Anhang 3) ist inhaltlich gleich der Folie 2 der Präsentation (Anhang 2), aber übersichtlicher dargestellt (vgl. Vergleichstabelle der Präsentationen, Anhang 4).

¹⁰² Präsentation VPVW Stammtisch Region 8 (nachfolgend: Präsentation Region 8; siehe Anhang 3): Act. 22, Folie 14.

41. In Folie 3 der Präsentation wurden vier potentielle Massnahmen vorgestellt, welche möglicherweise dazu dienen könnten den Zerfall der Rentabilität zu stoppen:¹⁰³

▪ Massnahmen um der Zerfall der Rentabilität zu stoppen

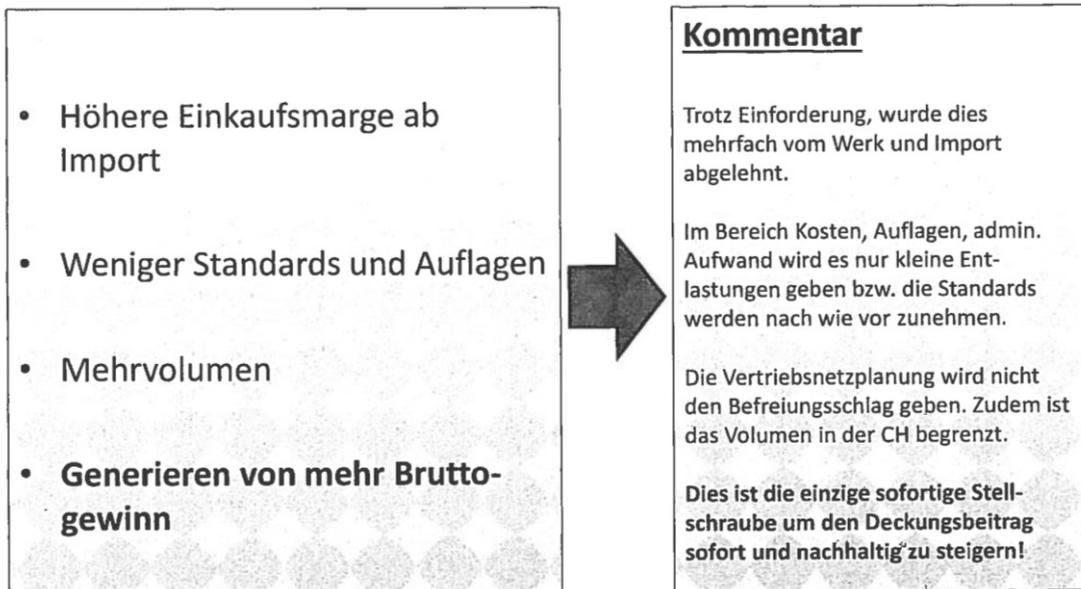


Abbildung 5 (Folie 3 der Präsentation)

42. Der Kommentar in obiger Folie stellt jedoch klar, dass nur eine Erhöhung des Bruttogewinns das Problem der Rentabilität innert kurzer Frist lösen könne; und zwar indem mittels einer „Rabattsenkung“¹⁰⁴ – im Rahmen des „Projekt Repo 2013“ – der „Deckungsbeitrag sofort und nachhaltig“ gesteigert werde.

43. In Folie 16 der Präsentation wird die Wirkungsweise der Umsetzung dieses Projektes erklärt:¹⁰⁵

„Bei einer Senkung der Konditionen von 2 % entspricht dies Mehreinnahmen von ca. Fr. 75'000.- pro 100 Einheiten

Um diese Summe zu erreichen mit Mehrvolumen müssten ca. 23% mehr Fahrzeuge verkauft werden

Man bedenke, dass dies im 2004/2005 schon einmal erfolgreich umgesetzt wurde“.

44. In Folie 17 der Präsentation wurden zur Umsetzung folgende „Spielregeln“ festgehalten:¹⁰⁶

„Es braucht Mut und den klaren Willen dies umzusetzen“;

„«Alle» müssten sich an die Offertdarstellung ab Repo halten“;

„Als erster Schritt, werden in einem klar definierten Zeitraum (z.B. 6 Monaten) die Vorlagen ohne Ausnahmen durchgesetzt. Auch wenn scheinbar Geschäfte verloren gehen !!“;

„Bei grösseren Betrieben braucht es zwingende interne Kontrollen“;

„Bei Verfehlungen gilt eine zwingende und volle Transparenz gegenüber den beteiligten Händlern“;

„Mitglieder vom Vorstand können jederzeit als Hilfe einbezogen werden“.

45. Die „Offert Beispiele“ (Folien 11–15 der Präsentation) zeigen, wie die maximalen Preisnachlässe und minimalen Ablieferungspauschalen der vereinbarten Konditionenliste im System zur Erstellung einer „Erst Offerte“ korrekt eingetragen werden sollten.¹⁰⁷ Die Werte der vereinbarten Konditionenliste müssten dabei „zwingend“ und „ohne Ausnahme“ auf der Erst-Offerte angewendet und als Preisnachlass bzw. Flottenrabatte ausgewiesen werden.¹⁰⁸ Sämtliche Zusatzrabatte (wie z.B. Lagerabverkaufsprämie, Treuerabatt, Ausstellungsrabatt usw.) sowie die Ablieferungspauschale sollten immer und „ohne Ausnahme“ als separater Betrag mit entsprechendem Text ausgewiesen werden.¹⁰⁹

¹⁰³ Act. 22, Folie 16.

¹⁰⁴ Siehe Act. 22, Folie 16.

¹⁰⁵ Act. 19, Beilage 1, Folie 16.

¹⁰⁶ Act. 19, Beilage 1, Folie 17.

¹⁰⁷ Act. 19, Beilage 1, Folien 11–15.

¹⁰⁸ Act. 19, Beilage 1, Folie 10 und 12.

¹⁰⁹ Act. 19, Beilage 1, Folie 10, 13–15.

A.3.5 Umsetzung des Projektes

46. Zwischen dem 18. und 27. März 2013 fanden verschiedene regionale Stammtische des VPVW statt, an denen die Präsentation gehalten und diese – teilweise zusammen mit der Konditionenliste und/oder einem Anmeldeformular zum Händlerverband – teils während dieser Stammtische verteilt, teils nachträglich an die Teilnehmer verschickt wurde.¹¹⁰

- Am 18. März 2013 leitete [Name] (Autoweibel) den Stammtisch für die Region 6 (BE-West und -Süd, FR-D, VS-D). Die Präsentation wurde per E-Mail an die Teilnehmer verteilt und die vereinbarte Konditionenliste wurde aufgelegt.¹¹¹
- Am 20. März 2013 leiteten die [Name] und [Name] (ASAG) den Stammtisch für die Region 8 (AG, BS, BL, SO Nord, JU).¹¹² Die Präsentation und die vereinbarte Konditionenliste wurden an die Teilnehmer per E-Mail verschickt.¹¹³
- Am 25. März 2013 leitete [Name] (Garage Gautschi) den Stammtisch für die Region 2 (AG-Ost, SO-Süd, BE-Ost).¹¹⁴ Die Präsentation und ein Anmeldeformular zum Händlerverband wurden per E-Mail an die Teilnehmer versendet.¹¹⁵ Die vereinbarte Konditionenliste plante [Name, Garage Gautschi] am Stammtisch abzugeben.¹¹⁶
- Gleichentags leitete [Name] (AMAG) den Stammtisch für die Region 9 (ZH-West).¹¹⁷ Die Präsentation wurde an die Teilnehmer verteilt und die vereinbarte Konditionenliste wurde aufgelegt.¹¹⁸
- Am 26. März 2013 leitete [Name] (City-Garage) den Stammtisch für die Regionen 1 und 5 (SH, TG, ZH-Ost, SG, FL, AI, AR, GR-Ost und -Nord).¹¹⁹ Für diesen Stammtisch plante [Name, City-Garage], die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer des Stammtisches zu versenden oder abzugeben.¹²⁰
- Am 27. März 2013 leitete [AMAG] an Stelle von [Name] ([VW-Händler]) den Stammtisch für die Region 4 (ZG, LU, UR, NW, OW, SZ, GL). Die Präsentation wurde nicht verteilt.¹²¹ Auf Auskunftsbegehren des Sekretariats antwortete [Name, VW-Händler], dass er von [AMAG] angefragt worden sei, eine geeignete „Location“ für den Stammtisch zu finden und zu reservieren.¹²² Er habe als Händler an diesem Stammtisch teilgenommen. Die Präsentation sei von [AMAG] gehalten worden und Thema sei die Schaffung von Liquidität im Händlerbetrieb durch die Reduktion der Händlermarge um 1–2 Prozentpunkte gewesen. Am Stammtisch seien ungefähr 20 Teilnehmer anwesend gewesen aber keine Dokumente ausgehändigt worden.¹²³

47. In den Regionen 3 (FR-F, VD, NE, GE, VS-F) und 7 (TI, GR-West und -Süd) haben keine Stammtische betreffend das „Projekt Repo 2013“ stattgefunden.¹²⁴ In der Region 3 war für den 7. Mai 2013 ein Stammtisch geplant, dieser hat jedoch nicht stattgefunden.¹²⁵ Auf Auskunftsbegehren des Sekretariats antwortete [Name], [...] der [VW-Händler] und zuständig für die Region 7 (Rz 15), dass er seit 2011 Mitglied des Vorstandes des VPVW sei.¹²⁶ Er

habe keine Kenntnis von einer Präsentation und an keinem Stammtisch teilgenommen. Er hätte allerdings einen Stammtisch für den Kanton Tessin und die Region Engadin vorbereiten sollen.¹²⁷

A.3.6 Abbruch des Projektes

48. Am 25. März 2013 leitete [Name], [...] VW PW der AMAG, [Name], [...] VW PW der AMAG, per E-Mail die am 20. März 2013 am VPVW-Stammtisch der Region 8 von den [Name, ASAG] und [Name, ASAG] ([...] bzw. [...]) der ASAG) gehaltene Präsentation sowie die verteilte vereinbarte Konditionenliste weiter, welche ihm ein zugelassener Händler der Marken des VW-Konzerns gleichentags hatte zukommen lassen.¹²⁸

49. Nach Aussage der AMAG leitete [Name, AMAG] die Präsentation am Morgen des 26. März 2013 [Name] ([...] AMAG IMPORT) weiter.¹²⁹ [Name, AMAG] rief darauf gleichentags [Name] (Präsident des VPVW) an und ersuchte diesen um eine Stellungnahme zu dieser Präsentation.¹³⁰ Gegenüber [Name, AMAG] erklärte [Präsident des VPVW], er habe von dieser Präsentation keine Kenntnis gehabt, da er die Stammtischinitiative zur Verbesserung der Händlerrendite „delegiert“ habe.¹³¹ Wie dem oben Gesagten entnommen werden kann (Rz 15 und 46), wurde die Aufgabe der Organisation und der Durchführung solcher Stammtische von den übrigen Vorstandsmitgliedern des VPVW übernommen.

¹¹⁰ Act. 41, S. 6 f.; Einvernahmeprotokoll vom 12.5.2013 von [Garage Gautschi]: Act. 77, Rz 497–501.

¹¹¹ Act. 41, S. 6; E-Mail vom 26.3.2013 von [Autoweibel] an [Präsident des VPVW]: Act. 27, S. 5.

¹¹² Act. 41, S. 6.

¹¹³ Einvernahmeprotokoll vom 17.6.2013 von [ASAG]: Act. 83, Rz 347 f. Vgl. auch Act. 25 und Act. 302, S. 3.

¹¹⁴ Act. 41, S. 6.

¹¹⁵ Act. 77, Rz 497–501.

¹¹⁶ Act. 19, S. 1.

¹¹⁷ Act. 41, S. 6–7; E-Mail vom 25.3.2013 von [AMAG] an die Teilnehmer des Stammtisches Region 9: Act. 24.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Act. 41, S. 7.

¹²⁰ E-Mail vom 6.3.2013 von [City-Garage] an [Garage Gautschi] und in Kopie an die [AMAG], [ASAG] und [Autoweibel]: Act. 17, S. 1. In dieser E-Mail antwortet [City-Garage] auf die Frage von [Garage Gautschi], ab wann die vereinbarte Konditionenliste angewendet („umgestellt“) werden solle. [City-Garage] erklärt darin, für ihn sei es klar, dass die vereinbarte Konditionenliste nach dem letzten Stammtisch des VPVW aktiv werde; sofort könne die City-Garage nicht beginnen, da er die vereinbarte Konditionenliste sonst bereits versenden und erklären müsste.

¹²¹ Act. 41, S. 7.

¹²² Stellungnahme der [VW-Händler] vom 26.9.2013: Act. 154.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Act. 41, S. 7.

¹²⁵ Act. 41, S. 7; Act. 71, Rz 236–239.

¹²⁶ Stellungnahme der [VW-Händler]. vom 27.9.2013: Act. 157.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Act. 25.

¹²⁹ Act. 40, S. 6. Vgl. auch E-Mail vom 26.3.2013 um 10:31 Uhr von [Präsident des VPVW] an die Vorstandsmitglieder des VPVW: Act. 26 und E-Mail vom 26.3.2013 um 10:56 Uhr von [Präsident des VPVW] an die Vorstandsmitglieder des VPVW: Act. 28.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Act. 40, S. 6.

50. Gleichentags forderte [Präsident des VPVW] die Vorstandsmitglieder des VPVW per E-Mail auf, „im Rahmen der Stammtische hinsichtlich der Rabatte keine Absprachen zu tätigen und keinen diesbezüglichen Druck aufzubauen“. ¹³² Er informierte die Vorstandsmitglieder, dass „in kartellrechtlicher Hinsicht keine Absprachen erfolgen [dürften], *schon gar kein Druck erzeugt werden - das Niveau von unverbindlichen Informationen darf zwingend nicht verlassen werden*“. ¹³³ Auf diese Information des Präsidenten haben vier der beteiligten Vorstandsmitglieder wie folgt geantwortet: ¹³⁴

- [Name] (AMAG) erklärte, die Idee sei gewesen, dass alle [zugelassenen Händler der Marken des VW-Konzerns] mithelfen würden, „*vorsichtig mit Rabatten umzugehen, denn es [gehe] um die Profitabilität von allen*“. Er habe während seines Stammtisches gesagt, „*dass falls Offerten auftauchen von AMAG RETAIL, welche diesen Korridor nicht berücksichtigen, Sie [ihm] diese doch bitte zustellen*“ sollten und dass „[v]on Zwang [...] nicht die Rede sein [könne], sondern von Überzeugungsarbeit“; ¹³⁵
- [Name] (Garage Gautschi) merkte an, dass „*die Durchführung des Stammtisches sehr begrüsst*“ und dass „*das Thema Repo positiv aufgenommen*“ wurde. Die Teilnehmer des Stammtisches seien alle einverstanden gewesen, hätten „*aber z.T ein grosses Misstrauen dass es auch wirklich umgesetzt*“ werde. Um die Umsetzung des „Projekt Repo 2013“ sicherzustellen, seien „*die nachfolgenden Stammtische und die zu führenden Gespräche bei Verfehlungen unumgänglich und absolut Entscheidend*“. Er habe auch die Erwartungshaltung der Einhaltung geäußert, jedoch keine Drohungen. [Garage Gautschi] meinte zudem: „*Wie auch von [AMAG] erwähnt, wir müssen nun Ruhe bewahren, die Strategie so fortsetzen und Zeichen, bei welchen der Import uns versucht auszuspielen, sofort im Keime zu ersticken !! Wenn solche Aeusserungen gemacht werden, wollen wir Beweise !*“; ¹³⁶
- [Name] (City-Garage) erwähnte, dass es auch bei seinen Stammtischen (Region 1 und 5) „*eine positive Einstellung mit einem Schuss <Bedenken>*“ gab, sie „*es*“ aber „*alle versuchen*“ wollten. Hinzu komme, dass „*wenn der Verkäufer 2 % weniger Marge geben*“ müsse, „*auch bei ihm was mehr <hängen>*“ bleibe. Er müsse auch „*nachträglich bei 3 Betriebe[n] separat ein Gespräch führen, da diese nicht anwesend waren*“. Als *post scriptum* fügte [City-Garage] noch ein: „*Schade, dass es Betriebe gibt, die es nicht [wissen] um was es wirklich geht. Es geht um unsere eigene Zukunft und nicht die des Importeurs!*“; ¹³⁷
- [Name] (Autoweibel) teilte mit, dass sein Stammtisch auch ein positives Feedback generiert habe. Es habe „*einige Knacknüsse im Erreichen aller in [s]einem Verantwortungsgebiet*“ gehabt, was er aber habe „*delegieren oder selber erledigen*“ können. Er schrieb: „*Das Thema Preisnachlässe haben wir diskutiert und alle waren sich einig dass wir endlich mehr Geld verdienen müssen, und jeder sich selber helfen muss, denn von Amag Import*

können wir keine Hilfe diesbezüglich erwarten. Ich habe die blauen Beispiele [die Offert Beispiele] gezeigt und gesagt Jeder könne sich dann beim Ausgang ein neutrales Blatt [die vereinbarte Konditionenliste] mitnehmen“. ¹³⁸ [Autoweibel] war der Ansicht, dass sie zusätzlichen Strategien entwickeln sollten, um auch andere Mitbewerber „*ins Boot zu holen*“. ¹³⁹

51. Am 2. April 2013 fasste die [...] der AMAG, namentlich die [Name, AMAG] ([...] der AMAG), [Name, AMAG] und [Name, AMAG], den Beschluss, sich von den in der erwähnten Präsentation enthaltenen Aussagen zu distanzieren und das „Projekt Repo 2013“ unverzüglich zu stoppen. ¹⁴⁰

52. Mit den Schreiben vom 2. April 2013 wurden alle autorisierten Handelspartner (Händler, Vertriebspartner und Auslieferstellen) aller von AMAG vertretener Marken, alle AMAG RETAIL-Betriebe und die Vorstandsmitglieder des VPVW aufgefordert, „*sich unter keinen Umständen an die Vorgaben der erwähnten Informationen und Präsentation zu halten und das „Projekt Repo 2013“ in keiner Weise umzusetzen*“. ¹⁴¹

53. Am 3. April 2013 verfasste und unterzeichnete [Präsident des VPVW] zudem ein Abmahn- und Informationsschreiben an alle Teilnehmer der VPVW-Stammtische, an denen eine Präsentation betreffend „Projekt Repo 2013“ gehalten wurde. Darin informierte er, dass die „*im Rahmen dieser Stammtische vermittelten Informationen keinesfalls zwingenden Charakter haben, sondern jeder Händler nach wie vor frei in der Preissetzung resp. dem gewährten Nachlass gegenüber dem Kunden ist. Es ist Ihrem Betrieb überlassen, den betriebswirtschaftlichen Entscheid zu fällen, in welchem Umfang die Händlermarge im Einzelfall an den Kunden weitergeleitet werden soll*“ ¹⁴². Dieses Schreiben wurde ebenfalls von [AMAG] an die Teilnehmer des Stammtisches vom 25. März 2015 per E-Mail versendet. ¹⁴³

¹³² Act. 26.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Act. 27.

¹³⁵ Act. 27, S. 1.

¹³⁶ Act. 27, S. 2.

¹³⁷ Act. 27, S. 4.

¹³⁸ Mit „*ein neutrales Blatt*“ ist die vereinbarte Konditionenliste gemeint.

¹³⁹ Act. 27, S. 5.

¹⁴⁰ Beschluss der [...] der AMAG vom 2.4.2013 betreffend VPVW Stammtische: Act. 30.

¹⁴¹ Schreiben vom 2.4.2013 der [Name, AMAG] und [Name, AMAG] an die gesamte Vertriebsorganisation der AMAG Konzernmarken: Act. 31 (per E-Mail am 3.4.2013 um 7:58 Uhr versandt: Act. 36); Schreiben vom 2.4.2013 der [Name, AMAG] und [Name, AMAG] an die Vorstandsmitglieder des VPVW: Act. 32 (vorab per E-Mail versandt: Act. 33); Schreiben vom 2.4.2013 von den [Name, AMAG] und [Name, AMAG] an die Geschäftsführer AMAG RETAIL: Act. 34.

¹⁴² Schreiben vom 3.4.2013 von [Präsident des VPVW] an die Teilnehmer der VPVW-Stammtische: Act. 35.

¹⁴³ E-Mail vom 3.4.2013 von [AMAG] an die Teilnehmer des VPVW-Stammtisches vom 25. März 2015: Act. 37.

A.3.7 Anwendung der vereinbarten Konditionenliste

54. Auf der vereinbarten Konditionenliste ist ihre Gültigkeit per 1. März 2013 angegeben.¹⁴⁴ Da die Teilnehmer der Stammtische des VPVW eine Kopie der vereinbarten Konditionenliste entweder während dieser Anlässe oder per E-Mail nachträglich erhielten, ist davon auszugehen, dass die Umsetzung der Konditionen zumindest nach dem ersten Stammtisch am 18. März 2013 begann (Rz 46).

55. Aufgrund der vorliegenden Informationen musste die vereinbarte Konditionenliste allerdings erst am Tag nach dem letzten Stammtisch, dem 27. März 2013, aktiv werden (Rz 31).¹⁴⁵ Am 2. und 3. April 2013 zeigten sich die ersten Reaktionen seitens der AMAG und des VPVW-Präsidenten, um die Umsetzung des „Projekt Repo 2013“ durch alle autorisierten Händler der Marken des VW-Konzerns und die Teilnehmer des VPVW-Stammtische zu unterbrechen.¹⁴⁶ Am 3. April 2013 hat die AMAG ihre Selbstanzeige eingereicht¹⁴⁷ und am 22. Mai 2013 hat das Sekretariat die Untersuchung gegen die AMAG und die Verfahrensparteien eröffnet¹⁴⁸. Das heisst, dass die vereinbarte Konditionenliste nur zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 hat angewendet werden können, wovon die vier Tage zwischen 29. März und 1. April 2013 auf die Ostertage entfielen (also insgesamt drei Tage). Die betreffende Wettbewerbsabrede wurde somit nur kurze Zeit umgesetzt.

A.3.8 Die Vereinbarung von 2002

56. Nach der öffentlichen Bekanntmachung der Verfahrenseröffnung (Rz 93) erhielt das Sekretariat am 7. Juni 2013 per E-Mail eine Mitteilung von [Name] der [VW-Händler] in [...] (nachfolgend: [...]), in welcher dieser angab, dass Verträge zur Preisfestlegung bei AMAG konstante Praxis seien. Im Anhang der E-Mail übermittelte er ein Dokument aus dem Jahre 2002, welches eine Vereinbarung über Maximalpreisnachlässe zwischen den verschiedenen AMAG RETAIL-Betrieben, der City-Garage, der ASAG und anderen autorisierten Händlern der Marken des VW-Konzerns für den Vertrieb von Neufahrzeugen des Modells VW Phaeton zu sein scheint.¹⁴⁹ Mit Auskunftsbegehren vom 11. September 2013 wurde der betreffende Händler um die Eingabe weiterer Informationen ersucht.¹⁵⁰ Die Stellungnahme von [VW-Händler] folgte am 25. September 2013.¹⁵¹ Der Verkaufsvertrag für die Personenwagen der Marke Volkswagen sei am 31. Juli 2010 von AMAG gekündigt und danach der Computer von AMAG Informatik abgeholt worden.¹⁵² Aus diesem Grund könne er dem Sekretariat keine weiteren Unterlagen betreffend einer Vereinbarung von Rabatten und Preisnachlässen zukommen lassen. Allerdings führte er aus, dass ab 1995 mit Wissen der AMAG IMPORT bei sämtlichen Treffen (Händlermeetings, Verkaufsdienstbesuche, Schulungen, persönlichen Gesprächen und anderen Treffen) auf die Rabattvorgabe von AMAG Zürich verwiesen und Betriebe, welche sich nicht daran hielten „als schwarze Schafe angeprangert und als Rabattschleuder verschrien“¹⁵³ wurden. Abgesehen vom dem Sekretariat zugestellten Dokument¹⁵⁴, seien die Vorgaben jedoch ausschliesslich mündlich erfolgt und nie schriftlich vereinbart worden.¹⁵⁵

A.3.9 Vorbringen der Verfahrensparteien

57. Während der Einvernahmen (bzw. der Ergänzung zur Bonusmeldung der AMAG) wurden die Parteien und die AMAG mit einigen Beweismitteln konfrontiert (Rz 94 f.). Die Parteien und die AMAG konnten sich insbesondere bezüglich der vereinbarten Konditionenliste und der Präsentation¹⁵⁶ äussern und dazu Stellung nehmen.

58. Zusammenfassend sagten die Garage Gautschi¹⁵⁷, die Autoweibel¹⁵⁸ und die City-Garage¹⁵⁹ aus, dass sie mit der vorgelegten Präsentation lediglich die visuelle Darstellung einer Erst Offerte vereinheitlichen wollten und sich dadurch Fehler beim Ausfüllen des Bestellprogrammes vermeiden liessen. Ziel sei es gewesen, dass die Transparenz zwischen den verschiedenen Händlern durch einheitliche Darstellung der Konditionen für den Kunden verbessert werde, was sich zusätzlich rentabilitätssteigernd auswirke.

59. Die AMAG¹⁶⁰ und die ASAG¹⁶¹ erkannten an, dass eine gemeinsame Konditionenliste im Rahmen des „Projekt Repo 2013“ vereinbart wurde und dass die Präsentation an den Stammtischen des VPVW zur Verbreitung dieses Projekts genutzt wurde.

Die Konditionenliste

60. [Name] (AMAG) und [Name] (ASAG) bestätigten, dass am 6. Februar 2013 ein Treffen stattgefunden hat, während diesem eine gemeinsame Konditionenliste erstellt und vereinbart wurde.¹⁶² [ASAG] stellte aber klar, dass er an diesem Treffen vom 6. Februar 2013 nicht teilgenommen habe.¹⁶³

61. [Name] (Garage Gautschi) konnte sich nicht erinnern, ob er beim Treffen am 6. Februar 2013 anwesend war.¹⁶⁴ Gemäss seiner Aussage führte er auch einen Stammtisch durch; er habe aber keine Liste bei seiner Präsentation gehabt.¹⁶⁵ Zur Frage, ob die Adresse [Name]@chauto.ch in der E-Mail von [AMAG] vom 4. März 2013¹⁶⁶ (siehe

¹⁴⁴ Vgl. Anhang 1.

¹⁴⁵ Act. 17.

¹⁴⁶ Siehe dazu Rz 51-53.

¹⁴⁷ Siehe dazu Rz 89.

¹⁴⁸ Siehe dazu Rz 90.

¹⁴⁹ Vereinbarung Vertrieb VW Phaeton vom 7.6.2002: Act. 1; E-Mail von [VW-Händler] an das Sekretariat: Act. 66.

¹⁵⁰ Act. 142.

¹⁵¹ Act. 152.

¹⁵² Act. 152, S. 1.

¹⁵³ Act. 152, S. 2.

¹⁵⁴ Vereinbarung Vertrieb VW Phaeton vom 7.6.2002: Act. 1.

¹⁵⁵ Act. 152, S. 2.

¹⁵⁶ Den Parteien wurde die Präsentation Region 8 (Anhang 3) vorgehalten.

¹⁵⁷ Einvernahmeprotokoll vom 12.6.2013 von [Garage Gautschi]: Act. 77, Ziff. 456–457, 462–463, 465, 471–472.

¹⁵⁸ Einvernahmeprotokoll vom 17.6.2013 von [Autoweibel]: Act. 85, Ziff. 245–246, 282–287, 291–293, 303–304, 307, 313.

¹⁵⁹ Einvernahmeprotokoll vom 20.6.2013 von [City-Garage]: Act. 88, Ziff. 347–349, 352–363, 385, 396, 413–414; Act. 95, Ziff. 155–156.

¹⁶⁰ Protokollaussagen der AMAG vom 11.6.2013: Act. 71, Ziff. 175–177, 182–183, 230–231; Act. 40, S. 2–5 und Act. 41, S. 1–7; Act. 44, S. 1–3.

¹⁶¹ Act. 83, Ziff. 159 ff. und 270 ff.

¹⁶² Act. 71, Ziff. 175–177, 182–185; Act. 83, Ziff. 267–312.

¹⁶³ Act. 83, Ziff. 267.

¹⁶⁴ Act. 77, Ziff. 378.

¹⁶⁵ Act. 77, Ziff. 365–369.

¹⁶⁶ Act. 16.

Rz 30) seine sei, wollte [Garage Gautschi] keine Aussage machen.¹⁶⁷ Auf die Frage allerdings, ob es eine einheitliche Konditionenliste gab, antwortete [Garage Gautschi]: „Nein, das war ja das Ziel“.¹⁶⁸

62. [Name] (Autoweibel) bestätigte, dass die mit der E-Mail von [AMAG] vom 4. März 2013 gesendete Konditionenliste (siehe Rz 30) seine Liste war, die er [AMAG] am 28. Februar 2013 geschickt hatte (siehe Rz 29).¹⁶⁹ Gemäss seiner Aussage ist „[a]lles was wichtig ist, [...] gelb markiert“.¹⁷⁰ [Autoweibel] führte weiter aus, dass er diese Liste an alle versandt habe, „um aufzuzeigen, dass [s]eine Darstellung übersichtlicher ist, besonders bei den Sondermodellen“.¹⁷¹ Sie hätten am Treffen vom 6. Februar 2013 aber nicht um die einzelnen Positionen gefeilscht.¹⁷² [Autoweibel] halte zudem fest, dass die Händler die „empfohlenen Preisnachlässe“ der Flottenkonditionenlisten „immer so“ übernähmen, da sie auf die AMAG IMPORT angewiesen seien.¹⁷³

63. [Name] (City-Garage) sagte aus, dass er sich nicht mehr an die E-Mail von [AMAG] vom 4. März 2013 und die gesendete Konditionenliste (Rz 30) erinnern könne.¹⁷⁴

Die Präsentation

64. Den Parteien wurde während der Einvernahme die Präsentation Region 8¹⁷⁵ vorgehalten.¹⁷⁶ Sie hatten die Möglichkeit diese durchzublättern und Stellung zu den einzelnen Folien zu nehmen.

65. Alle Verfahrensparteien anerkannten, dass die Präsentation während den regionalen Stammtischen des VPVW von ihren jeweiligen Vertretern (den [AMAG], [Garage Gautschi], [ASAG], [Autoweibel] und [City-Garage]) gehalten wurde.¹⁷⁷

66. Die Verfahrensparteien gaben einhellig an, dass die Präsentation von [Name] (Garage Gautschi) erstellt wurde und/oder dass sie diese von ihm per E-Mail erhalten haben.¹⁷⁸ Auch [Garage Gautschi] gab zu, dass die Präsentation von ihm erstellt wurde.¹⁷⁹

67. [Name] (AMAG) präzierte zudem, dass die Beispiele in der Präsentation betreffend die Erst-Offerten (Preisnachlässe, Ablieferungspauschalen und Prämien) seines Wissens als „Screenshots“ von den [Garage Gautschi] und [Autoweibel] eingefügt wurden.¹⁸⁰ [Name] (Autoweibel) vertrat dagegen die Auffassung, dass die Offertendarstellungsbeispiele nur von [Garage Gautschi] erstellt wurden.¹⁸¹ Mit Ausnahme von Folie 27 der Präsentation Region 8¹⁸² wurde dies auch von [Garage Gautschi] bestätigt.¹⁸³

68. Betreffend den Inhalt der Präsentation¹⁸⁴ unterscheiden sich die Positionen der Parteien:¹⁸⁵

- [Name] (Autoweibel) gab an, die Folien 3–6 und 17 nicht gezeigt zu haben. Folie 7 habe er abgeändert gezeigt. Die Folien 10–13, 19–23 und 31 habe er nicht gezeigt, aber erwähnt. Die Folien 24–30 habe er gezeigt, aber teilweise die Zahlen abgeändert. Er wisse jedoch nicht mehr, ob der unterste Satz auf Folie 26 auch in seiner Präsentation aufgeführt war.¹⁸⁶ Folie 32 habe er mit Ausnahme des ersten Bulletpoints gezeigt.¹⁸⁷ [Autoweibel] erkannte jedoch an, dass die Präsentation für alle die gleiche war;¹⁸⁸

- [Name] (Garage Gautschi) bestätigte, dass ihm die Präsentation bekannt sei; er habe jedoch nur einen Teil dieser Präsentation benutzt.¹⁸⁹ Ausserdem seien ihm die Bulletpoints 3 in Folie 32 und 4 in Folie 33 sowie der 4. Satz rechts in Folie 16 nicht bekannt;¹⁹⁰
- [Name] (City-Garage) sagte aus, dass ihm eine Präsentation verschickt wurde, er aber die vorgehaltene Präsentation nicht kenne.¹⁹¹ Er habe eine Präsentation beim Stammtisch gehalten, aber er habe dafür seine eigene Präsentation angefertigt.¹⁹² Er habe die Folie 24 nicht in seiner Präsentation gehabt, die Folie 26 und die Folien 30, 32 und 33 nicht gezeigt.¹⁹³ Zudem habe er die Anmerkungen zu den „Offert-Beispielen“, insbesondere diejenige in Folie 29, „generell nicht gezeigt“;¹⁹⁴
- Bezüglich Bulletpoint 4 in der Folie 24 sagte [Name] (ASAG) aus, er habe die Zahlen der aufgeführten Ablieferungspauschalen abgeändert;¹⁹⁵
- [Name] (AMAG) war der Auffassung, dass es keine unterschiedlichen Präsentationen gegeben habe.¹⁹⁶

Erfolgreiche Umsetzung im 2004/2005

69. Zur Frage, was die Passage „Man bedenke, dass dies im 2004/2005 schon einmal erfolgreich umgesetzt wurde!“ auf Folie 30 der Präsentation Region 8 bedeute, nahmen die Parteien wie folgt Stellung:

¹⁶⁷ Act. 77, Ziff. 382.

¹⁶⁸ Act. 77, Ziff. 554–555.

¹⁶⁹ Act. 85, Ziff. 242–243.

¹⁷⁰ Act. 85, Ziff. 242.

¹⁷¹ Act. 85, Ziff. 245–246.

¹⁷² Act. 85, Ziff. 246–247.

¹⁷³ Act. 85, Ziff. 247–250.

¹⁷⁴ Act. 88, Ziff. 296, 300, 302.

¹⁷⁵ Siehe Anhang 3.

¹⁷⁶ Das Dokument „Vergleichstabelle der Präsentationen“ (Anhang 4) stellt die korrespondierenden Folien der Präsentation (Anhang 2) zu der Präsentation Region 8 (Anhang 3) dar.

¹⁷⁷ Act. 71, Ziff. 188–335 ([AMAG]); Act. 77, Ziff. 394–395, 397 ([Garage Gautschi]); Act. 83, Ziff. 317 ([ASAG]); Act. 85, Ziff. 268 ([Autoweibel]); Act. 88, Ziff. 311–321 ([City-Garage]).

¹⁷⁸ Act. 71, Ziff. 193–194, 335 ([AMAG]); Act. 83, Ziff. 320–321 ([ASAG]); Act. 85, Ziff. 274–276 ([Autoweibel]); Act. 88, Ziff. 376–379 ([City-Garage]).

¹⁷⁹ Act. 77, Ziff. 551–553.

¹⁸⁰ Act. 71, Ziff. 199–200.

¹⁸¹ Act. 85, Ziff. 275–276.

¹⁸² Act. 77, Ziff. 421–422.

¹⁸³ Act. 77, Ziff. 417–418.

¹⁸⁴ Den Parteien wurde die Präsentation Region 8 (Anhang 3) vorgehalten (Rz 64).

¹⁸⁵ Den Parteien wurde die Präsentation Region 8 (Anhang 3) vorgehalten. Das Dokument «Vergleichstabelle Präsentationen» (Anhang 4) bietet Übersicht über die jeweils korrespondierenden Folien der beiden Präsentationen (Präsentation [Anhang 2] und Präsentation Region 8 [Anhang 3]).

¹⁸⁶ Act. 85, Ziff. 328.

¹⁸⁷ Act. 85, Ziff. 270–276.

¹⁸⁸ Act. 85, Ziff. 276.

¹⁸⁹ Act. 77, Ziff. 394–395.

¹⁹⁰ Act. 77, Ziff. 455 und 474. Vgl. auch Stellungnahme vom 3. Juli 2013 von der Garage Gautschi: Act. 98, S. 2.

¹⁹¹ Act. 88, Ziff. 311–318.

¹⁹² Act. 88, Rz 321.

¹⁹³ Act. 88, Ziff. 325, 375 und 381; Act. 95, Ziff. 166.

¹⁹⁴ Act. 88, Ziff. 367.

¹⁹⁵ Act. 83, Ziff. 322 f.

¹⁹⁶ Act. 71, Ziff. 189–190.

- [Name] (AMAG) wies darauf hin, dass er zu diesem Punkt während seiner Präsentation nichts gesagt habe. Er sei zu diesem Zeitpunkt (im Jahr 2004/2005) noch nicht bei der AMAG RETAIL tätig gewesen. Nach seinen Kenntnissen habe es im Jahr 2004/2005 eine Umstellung des Rückvergütungssystems gegeben, die zur Folge hatte, dass ein grösserer Teil dieser Rückvergütung nicht mehr fix sondern variabel war und dass die Festmarge demnach verkleinert wurde.¹⁹⁷ Er ist zudem der Meinung, dass der Ersteller der Präsentation, [Garage Gautschi], mehr über diese Frage wisse;¹⁹⁸
- [Name] (Autoweibel) äusserte sich zu dieser Frage folgendermassen: „Das kam von AMAG Import. 2004/2005 bekamen wir alle neuen Verträge von der AMAG Import, die die Margenpolitik komplett geändert hat. Das ist unglücklich geschrieben. Wenn ich das so jetzt sehe. Die AMAG hat damals die Schweiz neu aufgeteilt. (Auf Anmerkung beim Verlesen: AMAG haben die Markenvertretungen neu aufgeteilt und dadurch auch die Margen.) Die Margen wurden damals von 16 % auf 10 % gesenkt und wir, sprich jeder einzelne Händler, mussten unsere Preisnachlässe dementsprechend anpassen. (Beim Verlesen des Protokolls: Dies ist nur ein Beispiel. Bei anderen Modellen waren die Senkungen anders.) Aus der Sicht der Händler war es keine <erfolgreiche> Umsetzung. Deswegen ist dies keine glückliche Formulierung“;¹⁹⁹
- [Name] (Garage Gautschi) sagte aus, er wisse nicht, was diese Passage bedeute; er sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Vorstand gewesen und sie hätten auch während der Präsentation nicht darüber gesprochen;²⁰⁰
- Gemäss eigener Aussage hatte [Name] (City-Garage) die Folie 30 nicht verwendet, weil sie ihm „nichts gesagt“ habe, da er erst seit 2010 bei der City-Garage tätig sei und deswegen nicht wisse, was damit gemeint war;²⁰¹
- [Name] (ASAG) sagte aus, dass er diese Aussage so auf der Folie erstmals zur Kenntnis genommen habe und sich demnach nicht dazu äussern könne.²⁰²

Vereinbarung von 2002

70. Die Verfahrensparteien wurden auch zur Vereinbarung von 2002 über die Preisnachlässe für den Vertrieb von Neufahrzeugen des Modells VW Phaeton (Rz 56) befragt. Die [AMAG], [Garage Gautschi], [ASAG] und [City-Garage] antworteten, dass sie dieses Dokument nicht kennen würden.²⁰³ Nur [Autoweibel] gab zu, diese Vereinbarung nicht zum ersten Mal gesehen zu haben, aber er habe sie „direkt weggeworfen, weil [...]“.²⁰⁴

Preisführerschaft der AMAG

71. Die ASAG, die Autoweibel, die City-Garage und die Garage Gautschi machten geltend, die AMAG habe eine führende Rolle in der allfälligen Absprache gespielt, da sie hohe Marktanteile besitze und ihr ausserdem die Preisführerschaft zukomme.²⁰⁵ Insbesondere machten diese Parteien geltend, dass die AMAG 60 % des Verkaufs von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns kontrolliere und

dass die interne Konditionenliste der AMAG mit der angeblich vereinbarten Konditionenliste übereinstimme.²⁰⁶

Die interne Konditionenliste der ASAG

72. Die ASAG behauptete, dass sie ihre eigene Konditionenliste umgesetzt habe, die angeblich vereinbarte Konditionenliste sei für sie nicht relevant²⁰⁷ und der Wettbewerb habe im vollen und ganzen Ausmass gespielt.²⁰⁸ Um diesen Umstand nachzuweisen, legte sie ihre eigenen Konditionenlisten vom 1. und 2. Quartal 2013 sowie die Listen der effektiv abgeschlossenen Verkaufsverträge von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns während des Zeitraums von 4. März bis 14. April 2013 vor.²⁰⁹ Nach der Ansicht der ASAG unterscheiden sich die eigenen Listen von der angeblich vereinbarten Konditionenliste. Dies hätte zur Folge, dass die von ASAG gewährten Rabatte an die Endkunden im Zeitraum zwischen 4. März und 14. April 2013 nicht den vereinbarten Preisnachlässen entsprachen.²¹⁰

A.3.10 Würdigung der Beweismittel und der Vorbringen der Verfahrensparteien

73. Aufgrund der Würdigung sämtlicher Beweismittel²¹¹ wird Folgendes festgestellt:

Ad Konditionenliste

74. Am 6. Februar 2013 trafen sich die [AMAG], [Garage Gautschi], [Autoweibel] und [City-Garage] (Rz 26, 60–62). Während diesem Treffen wurde eine Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erst-Offerten für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart (Rz 20 ff., 26 ff., 60). Dies war – gemäss Aussage von [Garage Gautschi] – zumindest Ziel dieses Treffens (Rz 61).

¹⁹⁷ Act. 71, Ziff. 326–333.

¹⁹⁸ Act. 71, Ziff. 335.

¹⁹⁹ Act. 85, Ziff. 356–364.

²⁰⁰ Act. 77, Ziff. 541–542.

²⁰¹ Act. 96, Ziff. 162–168.

²⁰² Act. 83, Ziff. 388.

²⁰³ Act. 71, Rz 340; Act. 77, Rz 547; Act. 83, Rz 391–392; Act. 96, Rz 171–172.

²⁰⁴ Act. 85, Ziff. 367 f.

²⁰⁵ Stellungnahme vom 5.12.2013 der City-Garage: Act. 198, S. 2; Stellungnahme vom 11.12.2013 der Autoweibel: Act. 200, S. 1; Stellungnahme City-Garage vom 28.2.2014: Act. 215, S. 2; Stellungnahme Autoweibel vom 18.6.14: Act. 259, S. 2; Stellungnahme vom 19.6.2014 der Garage Gautschi: Act. 260, S. 4–5; Stellungnahme vom 20.6.2014 der City-Garage: Act. 261, S. 3–4; Stellungnahme vom 20.6.2014 der ASAG: Act. 263, S. 3–4.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ Act. 83, Rz 295–300, 303–307, 311–312, 331–334, 343.

²⁰⁸ Gesuch vom 27.3.2014 der ASAG zur Zusammenfassung der geschwärzten Passagen: Act. 223, S. 2.

²⁰⁹ Act. 223, Beilagen.

²¹⁰ Act. 223, Beilage: Verkaufsverträge.

²¹¹ Zu beweisrechtlichen Fragen, insbesondere zur Beweiswürdigung und zum Beweismass, wird auf die Ausführungen in RPW 2013/4, 554 ff. Rz 149 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* verwiesen.

75. Die Aussagen einiger Parteien, wonach es ihnen nur um die „visuelle Darstellung“ einer Erst-Offerte oder eine übersichtlichere Aufbereitung eigener Konditionenlisten ging (Rz 58 und 62), treffen nicht zu. Nach der E-Mail Korrespondenz vor (Rz 23) und nach dem Treffen vom 6. Februar 2013 (siehe die Fussnoten zur Rz 26 ff.), insbesondere dem E-Mail Austausch zwischen dem 23. und 24. Januar 2013²¹² und zwischen dem 5. und 6. März 2013²¹³, sowie dem Inhalt der Präsentation (Rz 38), insbesondere den Folien 14 bis 16 betreffend die Gründe und die Massnahmen des „Projekt Repo 2013“ (Rz 39–41), steht ohne Zweifel fest, dass sich die Parteien und die AMAG über die Vereinbarung und die Umsetzung von gemeinsamen Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen abgesprochen hatten.

76. Die optische Darstellung von Erst-Offerten oder eigenen Konditionenlisten war dagegen weder in der genannten Korrespondenz noch in der Präsentation bei den Stammtischen Thema. Im Gegenteil strebten die Parteien vielmehr die Umsetzung eines abgestimmten Rabattverhaltens an, wonach die Preisnachlässe auf ein einheitliches Niveau reduziert werden sollten, um die Marge der Händlerbetriebe zu verbessern.²¹⁴ Dies zeigt sich etwa auch aus den folgenden Passagen der Präsentation: „Preisrepositionierung als Chance“²¹⁵, „Dies [d.h. die Rabattsenkung] ist die einzige Stellschraube um den Deckungsbetrag sofort und nachhaltig zu steigern“²¹⁶, „Die aufgeführten Konditionen werden angewandt auf der sogenannten «Erst-Offerte» und werden als Preisnachlass bzw. Flotten Rabatte ausgewiesen“²¹⁷, „In diesen Feldern [der Erst-Offerte] werden zwingend diejenigen Werte eingesetzt, welche auf der Konditionenliste definiert sind !!! → ohne Ausnahmen!“²¹⁸, „Bei einer Senkung der Konditionen von 2 % entspricht dies Mehreinnahmen von ca. Fr. 75'000.- pro 100 Einheiten“²¹⁹.

77. Die Passage „«Alle» müssten sich an die Offertdarstellung ab Repo halten“ auf Folie 17 der Präsentation bezieht sich somit auf die in Folie 10 der Präsentation angegebenen Grundsätze. Wie oben ausgeführt (Rz 45), erforderte das „Projekt Repo 2013“ vor allem die Anwendung der vereinbarten Konditionen auf der Erst-Offerte, auf der die Konditionen (als Preisnachlass bzw. Flottenrabatte) klar ausgewiesen werden mussten. Durch die konsequente Ausweisung der Konditionen sollte sichtbar werden, für welche Positionen wie viel Rabatt gewährt wurde.²²⁰

78. Zu den Vorbringen der ASAG (Rz 72), wonach ihre eigenen Konditionen von denjenigen in der vereinbarten Konditionenliste abweichen, ist Folgendes zu sagen:

- Die interne Konditionenliste der ASAG (nachfolgend: interne Konditionenliste)²²¹ ist mit „Verkäufernachlassliste“ betitelt. Es handelt sich um eine Vorgabe für das Verkaufspersonal, anhand dieser es den effektiven Verkaufspreis festlegt. [...] ²²² [ASAG] erläuterte die Funktion dieses [...] folgendermassen: „Es gibt Modelle, wo wir [...] Rabatt geben und es gibt andere Modelle, wo wir [...] Rabatt geben bis z.B. 8 % je nach Modell. Der Verkäufer kann bis zur definierten Höhe gehen. Alles was darüber hinausgeht, bedarf der Zustimmung durch den Verkaufsleiter, was auch mehr als 8 % sein kann. Der Verkäufer führt die Verhandlungen und dann

gibt es eine erste Offerte. Es liegt dann in der Verantwortung des Verkäufers wie viel Rabatt er geben möchte. [...] [...] ²²³. Die in den [...] enthaltenen Prozentsätze für Preisnachlässe sind meist entweder gleich wie oder tiefer als die Zahlen der vereinbarten Konditionenliste für die betroffenen Modelle pro Marke. ²²⁴ [...] ²²⁵ Ein solches [...] führt dazu, dass sich das Verkaufspersonal gehalten sieht, in der Erst-Offerte [...] ([...]) aufzuführen, um im Hinblick auf die, insbesondere im Autogewerbe durchaus üblichen, weiteren Vertragsverhandlungen überhaupt noch [...] und sich beim effektiven Vertragsschluss [...]. Der Umstand, dass [...], zeigt, dass die interne Konditionenliste der ASAG die maximalen Preisnachlässe für Erst-Offerten der vereinbarten Konditionenliste befolgte.

- Die minimalen Ablieferungspauschalen betragen in der internen Konditionenliste für die Modelle der vereinbarten Konditionenliste zwischen CHF [...] - und [...] -, also CHF [...] - mehr als in der vereinbarten Konditionenliste aufgeführt. Dies entspricht auch dem Inhalt von Folie 24 der Präsentation Region 8, die von den [Name, ASAG] und [Name, ASAG] gehalten wurde²²⁶ und der Aussage von [ASAG], wonach er die Zahlen in dieser Folie abgeändert hatte. Dies zeigt, dass die Ablieferungspauschalen der internen Konditionenliste der ASAG die minimalen Ablieferungspauschalen der vereinbarten Konditionenliste einhielten.
- In der Liste der effektiv abgeschlossenen Verkaufsverträge während des Zeitraums vom 4. März bis 14. April 2013 sind nur die gesamten Rabatte, die den Kunden gewährt wurden, nicht jedoch die Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für die Erst-Offerte ausgewiesen, welche Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind.

79. Es ist somit entgegen der oben dargelegten Ansicht der ASAG (Rz 72) festzuhalten, dass die interne Konditionenliste sich von der vereinbarten Konditionenliste nicht unterscheidet, da die Ablieferungspauschalen und die Preisnachlässe [...] der internen Konditionenliste, welche für die ersten Verhandlungen gelten, den maximalen Preisnachlässen und den minimalen Ablieferungspauschalen für die Erst-Offerte der vereinbarten Konditionenliste entsprechen.

²¹² Act. 8.

²¹³ Act. 17.

²¹⁴ Act. 5. Vgl. auch Act. 8, 9 und 19.

²¹⁵ Act. 22, Folie 14.

²¹⁶ Act. 19, Beilage 1, Folie 3.

²¹⁷ Act. 19, Beilage 1, Folie 10.

²¹⁸ Act. 19, Beilage 1, Folie 12.

²¹⁹ Act. 19, Beilage 1, Folie 16.

²²⁰ Act. 19, Beilage 1, Folie 10 und 15.

²²¹ Verkäufernachlasslisten 2013 vom 12.2.2013, 12.3.2013 und 23.5.2013: Act. 223, S. 6 ff.

²²² Idem. Vgl. auch Act. 83, Rz 133–146.

²²³ Act. 83, Rz 133–153.

²²⁴ Ausnahmen bilden die Modelle VW NF Amarok, Crafter und Sköda Superb.

²²⁵ Vgl. Verkäufernachlassliste 2013 ab 12.3.2013 (interne Konditionenliste): Act. 223, S. 6, [...].

²²⁶ Act. 22, Folie 24.

Ad Präsentation

80. Die Präsentation wurde von [Name] (Garage Gautschi) erstellt (Rz 66) und der Inhalt der Präsentation war für alle gleich.²²⁷ Die letzte Version der Präsentation versendete [Garage Gautschi] am 13. März 2013, als Basis für die Stammtische, an die [Name] (AMAG), [Name] (City-Garage), [Name] (ASAG) und [Name] (Autoweibel) (Rz 34).²²⁸

81. Den Parteien und der AMAG wurde während den Einvernahmen (bzw. der Ergänzung zur Bonusmeldung der AMAG) die Präsentation Region 8²²⁹ vorgehalten, welche an den Stammtischen der [Name, ASAG] und [Name, ASAG] gezeigt wurde und von [Name] ([...] VW PW der AMAG) an [Name] ([...] VW PW der AMAG) per E-Mail am 20. März 2013 weitergeleitet wurde (Rz 48). Die Präsentation Region 8 stimmt im Wesentlichen mit der Präsentation (Region Mittelland)²³⁰ überein.²³¹

Die Folien 2 („Gründe für dieses Projekt“), 3 („Massnahmen um Zerfall der Rentabilität zu stoppen“), 4 („Konditionen pro Marke“), 5–9 („Anpassungen pro Marke“), 10 („Offertdarstellung/Ablieferungspauschale“), 11–15 („Offert Beispiele“), 16 („Auswirkungen“), 17 („Spielregeln“) und 18 („Nächstes regionale Treffen“) der Präsentation sind der Kern des „Projekt Repo 2013“ und entsprechen, abgesehen von kleinen Formulierungsänderungen²³² und den Ablieferungspauschalen²³³, den Folien 15–16, 18–23, 24–30 und 32–33 der Präsentation Region 8. Die Präsentation Region 8 wurde lediglich um zusätzliche Folien betreffend die Organisation des VPVW²³⁴ und die Händlerzufriedenheitsumfrage VPVW 2012²³⁵ ergänzt.

82. Aus den Aussagen von [Autoweibel] (Rz 68) lässt sich feststellen, dass seine Präsentation derjenigen von [Garage Gautschi] (Anhang 2) entspricht: Er habe zwar einige Folien nur erwähnt und teilweise (bei den „Offert Beispielen“) die Zahlen abgeändert, die Folien 2–4 und 10–18 der Präsentation jedoch gänzlich unverändert gezeigt.

83. Die Aussagen von [Garage Gautschi] betreffend den Inhalt der Präsentation (Rz 68) sind nicht glaubwürdig, da er als Ersteller der Präsentation (Rz 66) nicht glaubhaft deren Inhalt bestreiten kann.

84. Gemäss eigener Aussage (Rz 68) präsentierte [City-Garage] nur die Gründe des Projekts, die Konditionen und „Offert Beispiele“, ohne die Grundsätze für die Umsetzung und die Auswirkungen (Folien 10 und 16–18 der Präsentation) zu erklären. In diesem Fall wäre seine Präsentation unvollständig und für die Teilnehmer des Stammtisches schwer verständlich gewesen. Erstaunlicherweise schien es für [City-Garage] jedoch wichtig zu sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln (diejenigen auf Folie 17 der Präsentation) einhalten würden.²³⁶ Es ist somit kein Grund ersichtlich, weshalb [City-Garage] vom Inhalt der Präsentation hätte abweichen wollen. Ohne Folien 10 und 16–18 der Präsentation wären Bedeutung und Ziele des „Projekt Repo 2013“ nur schwer fassbar gewesen. Aus diesen Gründen ist die Aussage von [City-Garage], nach welcher er Folien 10 und 16–18 nicht in seiner Präsentation gehabt bzw. nicht gezeigt hat, nicht glaubwürdig. Darüber hinaus bleibt, selbst wenn diese Aussage der Wahrheit entspräche, die

Tatsache, dass [City-Garage] plante, die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer des Stammtisches zu versenden oder abzugeben (Rz 46).²³⁷

Ad Allfällige Vereinbarungen in den Jahren 2002 und 2004/2005

85. Die Vereinbarung von 2002 über die Preisnachlässe für den Vertrieb von Neufahrzeugen des Modells VW Phaeton (Rz 56) und die Passage „Man bedenke, dass dies im 2004/2005 schon einmal erfolgreich umgesetzt wurde!“ in der Folie 16 der Präsentation scheinen darauf hinzudeuten, dass (teilweise zwischen den gleichen beteiligten Unternehmen) schon in der Vergangenheit möglicherweise Absprachen über Konditionen bestanden haben. Das Sekretariat hat in diesem Zusammenhang zusätzliche Ermittlungen durchgeführt: Einerseits wurde [Name] ([VW-Händler]), der Anzeigende der Vereinbarung 2002 (Rz 56), diesbezüglich um die Eingabe weiterer Informationen ersucht (Rz 56). Insbesondere wurde er gebeten, weitere Dokumente betreffend die Vereinbarung von Rabatten für den Verkauf von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns einzureichen²³⁸. Andererseits wurden die Parteien und die AMAG während der Einvernahme (bzw. der Ergänzung zur Bonusmeldung) ausdrücklich über die Vereinbarung 2002 (Rz 70) und die Passage in der Präsentation betreffend den Jahren 2004 und 2005 (Rz 69) befragt. Diese Ermittlungen konnten jedoch die Hinweise bezüglich Absprachen über Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen weder in den Jahren 2002 und 2004/2005 noch in den nachfolgenden Jahren erhärten (Rz 56, 69, 70).

Ad Preisführerschaft der AMAG und Rolle der Garage Gautschi

86. Die Tatsache, dass AMAG möglicherweise über hohe Marktanteile und die Preisführerschaft verfügt (Rz 71), kann nicht ohne weiteres mit einer führenden Rolle beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. Im vorliegenden Fall bestehen in Bezug auf den untersuchten Sachverhalt keine Hinweise für eine anstiftende oder eine führende Rolle der AMAG.²³⁹

87. Im Gegenteil gilt es darauf hinzuweisen, dass ein grosser Teil des „Projekt Repo 2013“ von der [Garage Gautschi] vorbereitet und organisiert wurde. So hatte [Garage Gautschi] die Diskussion während der VW PW MVR-Tagung und die Idee des „Projekt Repo 2013“ für die anderen Teilnehmer zusammengefasst (Rz 19 f.), die Teilnehmer angehalten, sich zu engagieren und mitzuziehen

²²⁷ Act. 85, Ziff. 276; Act. 71, Ziff. 189–190.

²²⁸ Act. 19.

²²⁹ Act. 22.

²³⁰ Act. 19, Beilage 1 (Anhang 2).

²³¹ Siehe Anhang 4.

²³² Präsentation Region 8, Folien 16, 32, 33.

²³³ Präsentation Region 8, Folie 24.

²³⁴ Präsentation Region 8, Folien 3–8.

²³⁵ Präsentation Region 8, Folien 9–13.

²³⁶ Act. 17, S. 2.

²³⁷ Act. 17, S. 1.

²³⁸ Act. 142, S. 2.

²³⁹ Vorabverfügung vom 8.8.2014 der WEKO: Act. 289, S. 6 4. Lemma.

(Rz 21, 23) und ihnen die Terminvorschläge für die gemeinsame Besprechung (u.a. auch den 6. Februar 2013) unterbreitet (Rz 24). [Garage Gautschi] schlug ausserdem vor, weitere wichtige Händler zur Teilnahme am „Projekt Repo 2013“ einzuladen (Rz 25). Er sorgte auch dafür, [Name] (ASAG), der am Treffen vom 6. Februar 2013 abwesend war, über die vereinbarte Konditionenliste und das weitere Vorgehen zu informieren (Rz 26). Dies wurde auch durch die Aussagen von [ASAG] bestätigt: „[Garage Gautschi], *war es glaube ich, der mir erklärt hat was das Projekt Repo ist*“²⁴⁰. [Garage Gautschi] ist ausserdem der Autor der Präsentation (Rz 34 ff. und 66), was ihn als wichtigen Urheber des „Projekt Repo 2013“ auszeichnet.

88. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich die Verfahrensparteien und die AMAG über eine gemeinsame Rabattpolitik einigten (siehe A.3.2), dass sie anschliessend eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erst Offerte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbarten (siehe A.3.3) und dass sie zur Umsetzung des abgestimmtes Rabattverhaltens die regionalen Stammtische des VPVW durchführten und die Präsentation „Projekt Repo 2013“ hielten (siehe A.3.4).

A.4 Verfahren

A.4.1 Die Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG

89. Am 3. April 2013 reichte AMAG eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG²⁴¹ beim Sekretariat ein.²⁴² In der Folge wurde die Selbstanzeige mit Eingaben vom 4. April 2013²⁴³, 18. April 2013²⁴⁴ und 25. April 2013²⁴⁵ ergänzt und es wurde Beweismaterial übergeben²⁴⁶.

A.4.2 Die Untersuchungseröffnung

90. Gestützt auf die Informationen und die Ausführungen der Selbstanzeigerin sowie nach der Prüfung der Beweismittel eröffnete das Sekretariat am 22. Mai 2013 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend den Vertrieb von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns gegen AMAG, ASAG, Autoweibel, City-Garage und Garage Gautschi.

91. Am gleichen Tag versandte das Sekretariat Eröffnungsschreiben an die genannten Gesellschaften.²⁴⁷

92. Die Eröffnung der Untersuchung gab das Sekretariat mittels amtlicher Publikation am 4. Juni 2013 im Bundesblatt²⁴⁸ und am 5. Juni 2013 im Schweizerischen Handelsamtsblatt²⁴⁹ bekannt. Die 30-tägige Frist zur Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung nach Art. 28 Abs. 2 KG verstrich ohne eine Anmeldung weiterer Parteien.

93. Die Öffentlichkeit wurde am 23. Mai 2013 mit einer Pressemitteilung über die Eröffnung der Untersuchung informiert.²⁵⁰

A.4.3 Der weitere Gang der Untersuchung

94. Vom 11. Juni bis 2. Juli 2013 wurden vom Sekretariat folgende Personen einvernommen:

- [Name] (AMAG), am 11. Juni 2013,²⁵¹ in Form einer mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige;

- [Name] (Garage Gautschi), am 12. Juni 2013;²⁵²
- [Name] (ASAG), am 17. Juni 2013;²⁵³
- [Name] (Autoweibel), am 17. Juni 2013;²⁵⁴
- [Name] (City-Garage), am 20. Juni 2013²⁵⁵ und 2. Juli 2013²⁵⁶.

95. Während den Einvernahmen wurden den Einvernommenen Beweismittel (insbesondere die vereinbarte Konditionenliste, die Präsentation Region 8 und die E-Mail-Korrespondenz bezüglich des „Projekt Repo 2013“)²⁵⁷ vorgelegt und gebeten, dazu Stellung zu nehmen. Im Anschluss an die Einvernahmen hat das Sekretariat die Parteien gefragt, ob sie grundsätzlich am Abschluss einer EVR interessiert wären. Um den Parteien eine konkretere Vorstellung zu Umfang und Inhalt einer solchen Regelung aus Sicht des Sekretariates zu geben, wurde ihnen ein erster Entwurf, basierend auf dem damaligen Kenntnisstand, vorgelegt.²⁵⁸ Der Inhalt dieses Dokumentes war weder für die Parteien noch für das Sekretariat zum Zeitpunkt der Übergabe bindend.

96. Am 24. Juni 2013 bekundete die Selbstanzeigerin Interesse an einer EVR gemäss Art. 29 KG unter der Bedingung, dass ihr keine Sanktion auferlegt werde.²⁵⁹ Autoweibel und Garage Gautschi teilten dem Sekretariat, dass sie derzeit nicht bereit seien, eine EVR abzuschliessen.²⁶⁰ ASAG und City-Garage äusserten sich in diesem Zeitpunkt des Verfahrens nicht.²⁶¹

97. Das Sekretariat forderte die Parteien am 11. Juli 2013 auf, ihre Eingaben sowie die Protokolle um allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen.²⁶² AMAG²⁶³ und Autoweibel²⁶⁴ bezeichneten diese daraufhin.

²⁴⁰ Act. 83, Rz 279 f.

²⁴¹ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

²⁴² Act. 38.

²⁴³ Act. 40.

²⁴⁴ Act. 41.

²⁴⁵ Act. 44.

²⁴⁶ Act. 2–37.

²⁴⁷ Act. 46, 49–52.

²⁴⁸ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 4. Juni 2013, BBl 2013 3469.

²⁴⁹ Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) vom 5.6.2013, Nr. 7213902.

²⁵⁰ Act. 54.

²⁵¹ Act. 71.

²⁵² Act. 77.

²⁵³ Act. 83.

²⁵⁴ Act. 85.

²⁵⁵ Act. 88.

²⁵⁶ Act. 96.

²⁵⁷ Act. 1, 4, 5, 6, 14, 16, 17, 20–22.

²⁵⁸ Act. 72, 78, 84, 86, 89.

²⁵⁹ Act. 88.

²⁶⁰ Act. 97, 98.

²⁶¹ Act. 92, 93.

²⁶² Anträge vom 11.7.2013 zur Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen: Act. 99–103.

²⁶³ Eingaben vom 27.7.2013 und 12.8.2013 der AMAG zur Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen: Act. 119, 125.

²⁶⁴ Eingaben vom 16.8.2013 und 22.8.2013 der Autoweibel zur Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen: Act. 127, 130.

98. Die durch ASAG, City-Garage und Garage Gautschi als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Passagen deckten sich teilweise nicht mit der Einschätzung des Sekretariates. In der Folge fand ein mehrmaliger Schriftenwechsel zwischen dem Sekretariat und den betreffenden Parteien statt, bei dem das Sekretariat schliesslich den Erlass einer Zwischenverfügung gemäss Art. 23 Abs. 1 KG ankündigte, sollten sich die Parteien nicht mit der Auffassung des Sekretariates einverstanden erklären.²⁶⁵ Hinsichtlich der bestrittenen Passagen verzichteten ASAG, City-Garage und Garage Gautschi in der Folge darauf, an deren Qualifikation als Geschäftsgeheimnisse festzuhalten.²⁶⁶

99. Aufgrund der dem Sekretariat vorliegenden Unterlagen sowie den Parteiaussagen richtete das Sekretariat am 11. Juli 2013 ein Auskunftsbegehren an [Name], Präsident des VPVW.²⁶⁷ Darin forderte es diesen dazu auf, die Protokolle der Vorstandssitzungen des VPVW ab dem Jahr 2004 einzureichen. In der Folge reichte der Präsident des VPVW nach einer Fristerstreckung²⁶⁸ am 22. August 2013 die bei ihm vorliegenden Vorstandssitzungsprotokolle für den Zeitraum 2004 bis 2013 ein.²⁶⁹

100. Mit Schreiben vom 26. August 2013 forderte das Sekretariat den Präsidenten des VPVW auf, die eingereichten Unterlagen um zusätzliche Auskünfte und Dokumente zu ergänzen.²⁷⁰ Die Stellungnahme von [Präsident des VPVW] erfolgte nach einer Fristerstreckung²⁷¹ am 9. Oktober 2013.²⁷²

101. Daraufhin richtete das Sekretariat am 11. September 2013 Auskunftsbegehren an die [VW-Händler], die [VW-Händler] und die [VW-Händler] (Rz 14 f.).²⁷³ Mit Schreiben von 23., 26. und 27. September 2013 nahmen die betroffenen Unternehmen Stellung.²⁷⁴

102. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 gewährte das Sekretariat den Parteien und der AMAG Akteneinsicht und machte sie darauf aufmerksam, dass die Protokollaussagen nur beim Sekretariat einsehbar seien.²⁷⁵ Gleichzeitig stellte es den Parteien und der AMAG den bisherigen Untersuchungsstand und ein erstes (vorläufiges) Beweisergebnis zu, um ihnen im Hinblick auf den allfälligen Abschluss einer EVR eine konkrete Stellungnahme zu ermöglichen. Zu diesem Zweck wurde dem betreffenden Schreiben nochmals ein Entwurf einer EVR beigelegt. Das Sekretariat forderte die Parteien und die AMAG auf, bis zum 5. November 2013 zu diesem Vorschlag und dem vorläufigen Beweisergebnis Stellung zu nehmen.

103. Von der Möglichkeit einer persönlichen Einsichtnahme in die Protokollaussagen der Selbstanzeigerin vor Ort machten in der Folge City-Garage am 21. Oktober 2013²⁷⁶, ASAG am 22. Oktober 2013²⁷⁷, Garage Gautschi am 23. Oktober 2013²⁷⁸ sowie Autoweibel am 29. Oktober 2013²⁷⁹ Gebrauch.

104. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2013²⁸⁰ wiederholte die AMAG ihr Interesse am Abschluss einer EVR, unter der Bedingung, dass ihr, als Selbstanzeigerin, keine Sanktion auferlegt werde. Die Bereitschaft (zum Abschluss einer EVR) bestehe auch dann, falls andere Verfahrensparteien sich nicht bereit erklären sollten, ihrerseits auch eine solche abzuschliessen.²⁸¹

105. Mit Schreiben vom 1. November 2013²⁸² beantragte die City-Garage eine Fristerstreckung von 30 Tagen zur Stellungnahme zum vorläufigen Beweisergebnis und zum Abschluss einer EVR. Mit Schreiben vom 4. November 2013²⁸³ ersuchte die Autoweibel um eine Fristerstreckung von 30 Tagen bis zum 5. Dezember 2013. Mit Schreiben vom 4. November 2013²⁸⁴ stellte die ASAG ein Fristerstreckungsgesuch von 21 Tagen bis zum 26. November 2013. Die Garage Gautschi ersuchte mit Schreiben vom 5. November 2013²⁸⁵ um Fristerstreckung bis zum 3. Dezember 2013. Die Fristerstreckungsgesuche dieser Verfahrensparteien wurden bewilligt.²⁸⁶

106. Die Stellungnahmen zum vorläufigen Beweisergebnis und zum Abschluss einer EVR von ASAG,²⁸⁷ Garage Gautschi,²⁸⁸ und City-Garage²⁸⁹ gingen fristgemäss beim Sekretariat ein. Die Autoweibel reichte die Stellungnahme nach Gewährung einer Nachfrist²⁹⁰ am 11. Dezember 2013 ein.²⁹¹ Mit ihren Stellungnahmen lehnten die Parteien den Abschluss einer EVR in der im Schreiben vom 8. Oktober 2013 vom Sekretariat dargelegten Form ab, ohne allerdings dem Sekretariat einen eigenen konkreten Vorschlag für eine solche Lösung zuzustellen. Hingegen teilten alle Parteien ihre Bereitschaft mit, im Rahmen der Untersuchung mit dem Sekretariat zu kooperieren.²⁹²

²⁶⁵ Schreiben des Sekretariates betreffend Geschäftsgeheimnisse: Act. 155 und Act. 193 (ASAG); Act. 201 und 204 (City-Garage), Act. 161 (Garage Gautschi).

²⁶⁶ Schreiben der Parteien betreffend Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen: Act. 202 (ASAG), Act. 206, 221 (City-Garage), Act. 175 (Garage Gautschi).

²⁶⁷ Auskunftsbegehren vom 11.7.2013 des Sekretariates an den Präsidenten des VPVWs: Act. 104.

²⁶⁸ Fristerstreckungsgesuch vom 23.7.2013 des VPVW: Act. 113; Fristerstreckung vom 24.7.2013: Act. 115.

²⁶⁹ Eingabe vom 22.8.2013 des VPVW: Act. 129.

²⁷⁰ Auskunftsbegehren vom 26.8.2013 an den Präsidenten des VPVW: Act. 131.

²⁷¹ Fristerstreckungsgesuch vom 20.9.2013 des VPVW: Act. 148; Fristerstreckung vom 24.9.2013: Act. 151.

²⁷² Stellungnahme vom 9.10.2013 des VPVW: Act. 168.

²⁷³ Auskunftsbegehren vom 11.9.2013 an der [VW-Händler], [VW-Händler], [VW-Händler]: Act. 139–143.

²⁷⁴ Act. 149, 154 und 157.

²⁷⁵ Schreiben vom 8.10.2014 des Sekretariates: Act. 163–167.

²⁷⁶ Terminbestätigung vom 11.10.2013 der City-Garage: Act. 170.

²⁷⁷ Terminbestätigung vom 11.10.2013 der ASAG: Act. 171.

²⁷⁸ Terminbestätigung vom 14.10.2013 der Garage Gautschi: Act. 172.

²⁷⁹ Terminbestätigung vom 14.10.2013 der Autoweibel: Act. 173.

²⁸⁰ Schreiben vom 30.10.2013 der AMAG: Act. 184.

²⁸¹ Act. 184.

²⁸² Fristerstreckungsgesuch vom 1.11.2013 der City-Garage: Act. 185.

²⁸³ Fristerstreckungsgesuch vom 4.11.2013 der Autoweibel: Act. 186.

²⁸⁴ Fristerstreckungsgesuch vom 4.11.2013 der ASAG: Act. 187.

²⁸⁵ Fristerstreckungsgesuch vom 5.11.2013 der Garage Gautschi: Act. 189.

²⁸⁶ Fristerstreckungen vom 5.11.2013: Act. 190–193.

²⁸⁷ Stellungnahme vom 26.11.2013 der ASAG: Act. 194.

²⁸⁸ Stellungnahme vom 3.12.2013 der Garage Gautschi: Act. 196.

²⁸⁹ Stellungnahme vom 5.12.2013 der City-Garage: Act. 198.

²⁹⁰ Ablehnung der Fristerstreckung vom 5.12.2013: Act. 199.

²⁹¹ Stellungnahme vom 11.12.2013 der Autoweibel: Act. 200.

²⁹² Stellungnahmen vom 26.11.2013: Act. 194 (ASAG), vom 3.12.2013: Act. 196 (Garage Gautschi), vom 5.12.2013: Act. 198 (City-Garage) und vom 11.12.2013: Act. 200 (Autoweibel).

A.4.4 EVR und Vorabverfügung

107. Mit Schreiben vom 17. Januar 2014 informierte die City-Garage das Sekretariat, dass sie sich hinsichtlich einer EVR „mit den anderen Verfahrensparteien austauschen [werde], um das weitere Vorgehen abzuklären“.²⁹³

108. Am 11. Februar 2014 teilte das Sekretariat den Parteien mit, dass sich bis zum damaligen Zeitpunkt einzig die AMAG mit ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 8. Oktober 2013 bereit erklärt hatte, eine EVR abzuschliessen.²⁹⁴ Zudem informierte das Sekretariat die Parteien darüber, dass es, falls es von ihnen keine entsprechende Mitteilung erhalte, mit der AMAG über eine EVR verhandeln und (nach allfällig erfolgreichen Verhandlungen) das Verfahren gegen diese abschliessen werde während gegen die verbleibenden Verfahrensparteien das ordentliche Verfahren fortgeführt würde.²⁹⁵ Die Autoweibel, City-Garage und die Garage Gautschi haben die Gespräche betreffend die EVR bestätigt, aber keinen konkreten Vorschlag zum Abschluss einer solchen eingereicht.²⁹⁶ Die ASAG äusserte sich dazu nicht.

109. Folglich kann festgehalten werden, dass die City-Garage, die ASAG, die Autoweibel und die Garage Gautschi alle Entwürfe einer EVR des Sekretariates ablehnten, ohne selbst konkrete Vorschläge für eine einvernehmliche Lösung einzureichen. Nur die AMAG machte von der Möglichkeit zum Abschluss einer EVR Gebrauch.

110. Nach erfolgten Verhandlungen schloss das Sekretariat am 16. April 2014 mit der AMAG eine EVR ab.²⁹⁷ Da die AMAG sich von Anfang an zu einer einvernehmlichen Lösung bereit erklärt hatte, wäre es unverhältnismässig gewesen, einen Entscheid über ihre rechtliche Situation am Ende eines langen Verfahrens zu treffen. Aus diesem Grund wurde das Verfahren gegenüber der AMAG mit der Vorabverfügung vom 8. August 2014, mit welcher die EVR zwischen dem Sekretariat und der AMAG genehmigt wurde, abgeschlossen (Rz 112). Gegen die ASAG, die Autoweibel, die City-Garage und die Garage Gautschi wurde das ordentliche Verfahren fortgesetzt.

111. Die EVR mit der AMAG wurde zusammen mit dem Verfügungsantrag des Sekretariates in Bezug auf AMAG den übrigen Verfahrensparteien am 23. Mai 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt.²⁹⁸ Die Parteien reichten ihre Bemerkungen zwischen dem 18. und 20. Juni 2014 ein.²⁹⁹

112. Am 23. Juli 2014 liess das Sekretariat den Parteien einen passwortgeschützten elektronischen Datenträger zukommen, auf dem sämtliche Verfahrensakten abgespeichert waren, die seit der Akteneinsicht vom 8. Oktober 2013 hinzugekommen waren.³⁰⁰

113. Die EVR mit der AMAG wurde durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Stefan Bühler, als Vertreter der WEKO (Art. 19 Abs. 1 KG)³⁰¹ mit Vorabverfügung vom 8. August 2014 genehmigt.³⁰² Zusammenfassend verpflichtet sich die AMAG mit der EVR das „Projekt Repo 2013“ nicht anzuwenden und keine preisrelevanten Informationen (inkl. über Konditionen für den Verkauf von Neufahrzeugen) mit ihren Konkurrenten auszutauschen. In der Vorabverfügung wurde die Frage, ob das Verhalten der AMAG als unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zu erachten ist, offen gelassen.³⁰³ Es wurde jedoch festgestellt, dass die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 2 KG und

Art. 8 Abs. 3 und 4 SVKG aufgrund der Selbstanzeige der AMAG erfüllt sind.³⁰⁴ Infolge dessen wurde der AMAG keine Sanktion auferlegt.³⁰⁵

114. Die Vorabverfügung gegenüber AMAG wurde dieser am 18. August 2014 eröffnet³⁰⁶ und den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt³⁰⁷.

115. Gegen diese Vorabverfügung erhoben die Parteien beim Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) am 18. September 2014 Beschwerde.³⁰⁸

116. Mit Schreiben vom 25. August 2014 stellte die City-Garage dem Sekretariat betreffend der Vorabverfügung einige Fragen verfahrensrechtlicher Natur und beantragte den Verzicht auf die Veröffentlichung der Vorabverfügung bis zum Eintritt ihrer Rechtskraft sowie bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verfügung, mit welcher das Verfahren 22-0439 gegenüber der City Garage AG abgeschlossen wird.³⁰⁹

117. Auf Anfrage des Rechtsvertreters der City-Garage erklärte der Stv. Direktor des Sekretariates, diesem am 9. September 2014 telefonisch, dass eine EVR aus Sicht des Sekretariates kein Schuldeingeständnis beinhalten müsse und dass das Sekretariat sicher zumindest eine symbolische Sanktion beantragen werde, der Entscheid darüber jedoch letztlich bei der WEKO liege. Zudem teilte der Stv. Direktor dem Rechtsvertreter der City-Garage klar mit, dass es schnell eines Signals ihrerseits bedürfe, damit sich der Abschluss einer EVR aus Sicht des Sekretariates noch lohne. Konkret werde eine Rückmeldung bis spätestens am 20. September 2014 erwartet. Der Rechtsvertreter der City-Garage erwiderte daraufhin, dass er dies mit seinen Klienten und den anderen Parteien besprechen wolle und sich anschliessend melden werde.³¹⁰ Die City-Garage meldete sich im Verlauf des Verfahrens jedoch nicht zurück.

²⁹³ Schreiben vom 17.1.2014 der City-Garage: Act. 205.

²⁹⁴ Act. 208–211.

²⁹⁵ Act. 208–211.

²⁹⁶ Act. 214, 215, 222.

²⁹⁷ EVR vom 16.4.2014: Act. 231.

²⁹⁸ Schreiben vom 23.5.2014 des Sekretariates an den Parteien: Act. 249–252.

²⁹⁹ Bemerkungen der Parteien zum Antrag gegen die AMAG: Act. 259, 260, 261, 263.

³⁰⁰ Act. 284–288.

³⁰¹ Auszug des Sitzungsprotokolls vom 14. Juli 2014, Entscheid der WEKO betreffend die Delegation: Act. 278.

³⁰² Act. 289.

³⁰³ Act. 289, S. 5.

³⁰⁴ Act. 289, S. 5 f.

³⁰⁵ Act. 289, S. 6 und 8.

³⁰⁶ Eröffnung der Verfügung an AMAG vom 18.8.2014: Act. 291.

³⁰⁷ Schreiben an übrige Verfahrensparteien vom 18.8.2014: Act. 292–295.

³⁰⁸ Siehe Zwischenverfügungen vom 23.9.2014 des BVGer: Act. 307–310.

³⁰⁹ Stellungnahme vom 25.8.2014 der City-Garage zur Vorabverfügung: Act. 301.

³¹⁰ Telefonnotiz vom 9.9.2014 des Sekretariates: Act. 303.

118. Mit Verfügungen vom 28. Oktober 2014 stellte das BVGer der WEKO die Beschwerden vom 18. September 2014 der ASAG, der Autoweibel, der City-Garage und der Garage Gautschi gegen die Vorabverfügung zu.³¹¹ Die WEKO wurde eingeladen, bis zum 28. November 2014 ihre Vernehmlassungen einzureichen.³¹² Auf Antrag der WEKO gestattete das BVGer eine Verlängerung der Fristen zur Einreichung der Vernehmlassungen bis zum 12. Januar 2015.³¹³

119. Am 12. Januar 2015 reichte die WEKO, vertreten durch Vizepräsident Prof. Dr. Bühler, die Vernehmlassungen zu den Beschwerden der Parteien gegen die Vorabverfügung ein. Sie beantragte auf die Beschwerden sei wegen fehlender Beschwerdelegitimation nicht einzutreten und *eventualiter* seien die Beschwerden abzuweisen.³¹⁴

120. Mit Verfügungen vom 22. April 2015 hat das Bundesverwaltungsgericht der WEKO Gelegenheit eingeräumt, bis zum 26. Mai 2015 Dupliken zu den Repliken der Parteien vom 16. und 17. April 2015 einzureichen.³¹⁵ Mit Schreiben vom 19. Mai 2015 ersuchte die WEKO um eine Fristverlängerung bis zum 5. Juni 2015 für die Einreichung der Dupliken.³¹⁶ Diesem Gesuch entsprach das Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 22. Mai 2015.³¹⁷

121. Am 5. Juni 2015 reichte Vizepräsident Prof. Dr. Bühler im Namen und im Auftrag der WEKO Dupliken zu den Repliken der Parteien ein. Die WEKO hielt darin an ihren bisherigen Ausführungen fest und ging nur auf die Vorbringen der Parteien betreffend die Zulässigkeit einer Teilverfügung, die Trennung des Verfahrens und die Preisführerschaft der AMAG ein.³¹⁸

122. Die Beschwerdeverfahren sind noch vor dem BVGer hängig.

A.4.5 Weitere Auskunftsbegehren

123. Mit Schreiben vom 20. März 2015 forderte das Sekretariat den Präsidenten des VPVW auf, die aktuelle Mitgliederliste des VPVW nachzureichen und die aktuelle Organisation und Mitgliedschaft des Vorstandes des VPVW zu beschreiben.³¹⁹ Der Präsident des VPVW antwortete am 24. März 2015, dass die im Oktober 2013 (Rz 100) übermittelte Mitgliederliste des VPVW immer noch den aktuellen Stand darstelle. Der Präsident des VPVW wies zudem darauf hin, dass der aktuelle Vorstand des VPVW nur aus zwei Vorstandsmitglieder bestehe, nämlich [Name] als Präsidenten und [Name] der [VW-Händler] (vgl. Rz 15 und 101). Zudem sagte er aus, dass die anderen ursprünglichen Vorstandsmitglieder im Anschluss an die Eröffnung der Untersuchung den Austritt aus dem Vorstand des VPVW erklärten, ausser [Name, VW-Händler], der seinen Austritt bereits zuvor aus beruflichen Gründen kommunizierte.³²⁰ Eine Neuwahl weiterer Vorstandsmitglieder sei nicht erfolgt.³²¹

A.4.6 Versand des Antrags

124. Am 15. April 2015 versendete das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme (Art. 30 Abs. 2 KG) und liess ihnen eine aktualisierte Version der Verfahrensakten zukommen.³²² Das Sekretariat gewährte den Parteien eine Frist zur Stellungnahme zum Antrag bis am 15. Mai 2015.³²³

A.4.7 Stellungnahme der Parteien

125. Alle Parteien nahmen nach zweimalig gewährter Fristerstreckung³²⁴ am 25. Juni 2015 zum Antrag des Sekretariats Stellung.³²⁵ Mit Schreiben vom 26. Juni 2015 reichte die Garage Gautschi eine zweite Version ihrer Stellungnahme ein und begründete dies damit, mit dem Grund, dass am 25. Juni 2015 aufgrund eines Versehens eine Entwurfs-Version³²⁶ versendet worden sei.³²⁷

126. In ihren Stellungnahmen beantragten die Parteien die Einstellung und *eventualiter* die Sistierung der vorliegenden Untersuchung bis zum Urteil des BVGer bezüglich der Beschwerden gegen die Vorabverfügung vom 8. August 2014.³²⁸

127. Zusammenfassend sind alle Parteien der Ansicht, dass der Sachverhalt, insbesondere betreffend die Aspekte der Preisführerschaft der AMAG und der Auswirkungen der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung, nicht genügend abgeklärt bzw. untersucht worden sei.³²⁹

128. Nachfolgend werden die wesentlichen Vorbringen der Parteien zum Sachverhalt kurz dargestellt und gewürdigt. Auf einzelne weitere Vorbringen in den oben erwähnten Stellungnahmen wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen. Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Vorbringen der Parteien tatsächlich gehört, geprüft und bei der Entscheidungsfindung auch berücksichtigt werden. Daraus folgt aber nicht, dass im Entscheid eine einlässliche Auseinandersetzung mit allen Parteistandpunkten und eine ausdrückliche Widerlegung jedes einzelnen Vorbringens erforderlich wäre. Vielmehr kann sich der Entscheid gleichwohl – ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs – auf die wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die betroffene Person einen Entscheid sachgerecht anfechten kann.³³⁰

³¹¹ Act. 321–324.

³¹² Idem.

³¹³ Fristverlängerungsgesuche vom 20.11.2014 des Sekretariates: Act. 327–330; Fristerstreckungen vom 25.11.2014 des BVGer: Act. 331–334.

³¹⁴ Act. 335, 337, 339, 341.

³¹⁵ Act. 363–366.

³¹⁶ Act. 375.

³¹⁷ Act. 376–379.

³¹⁸ Act. 382–385.

³¹⁹ Act. 348.

³²⁰ Act. 350, S. 2.

³²¹ Act. 350, S. 2.

³²² Act. 353–360.

³²³ Act. 353, 355, 357, 358.

³²⁴ Act. 267–370, 371–374, 392–395, 396, 398–400.

³²⁵ Stellungnahme vom 25.6.2015 der Autoweibel: Act. 401; Stellungnahme vom 25.6.2015 der City-Garage: Act. 402; Stellungnahme vom 25.6.2015 der ASAG: Act. 403; Stellungnahme vom 26.6.2015 der Garage Gautschi: Act. 405.

³²⁶ Act. 404.

³²⁷ Act. 405.

³²⁸ Act. 401, S. 23, Rz 89; Act. 403, S. 28; Act. 402, S. 1; Act. 405, S. 22.

³²⁹ Act. 401, S. 4 ff., Rz 12 ff., S. 7 ff., Rz 26 ff.; Act. 402, S. 6 f., Rz 19 ff., S. 7 ff., Rz 28 ff.; Act. 403, S. 14 ff., Rz 66 ff., S. 19, Rz 89, S. 20, Rz 95 f.; Act. 405, S. 4 ff., Rz 10 ff. und Rz 17 f., S. 12 f., Rz 42 ff.

³³⁰ Vgl. dazu statt anderer etwa BGE 138 III 76 nicht publ. E. 3.1 des Urteils 4A_532/2011 vom 31. Januar 2012 m.w.H.

A.4.8 Vorbringen der Parteien zum Sachverhalt

A.4.8.1 Vorbringen der ASAG

129. ASAG bringt vor, dass [Name, ASAG] an der VW PW MVR-Tagung vom 10. und 11. Januar 2013 nicht teilgenommen habe und dass er an der Vorbereitung des „Projekt Repo 2013“ bzw. der Ausarbeitung oder Entwicklung der vereinbarten Konditionenliste nicht beteiligt gewesen sei.³³¹ Insbesondere hätte [ASAG] nicht gewusst, was mit dem Ausdruck „Projekt Repo 2013“ in der E-Mail vom 22. Januar 2013 von [Garage Gautschi]³³² gemeint war und er habe nicht auf die E-Mails der anderen Parteien geantwortet oder sich an dem entsprechenden E-Mailverkehr beteiligt.³³³ Er habe in keiner Form die Vorbringen der [Garage Gautschi], [AMAG], [Autoweibel] und [City-Garage] unterstützt³³⁴ und habe zudem nicht an der Ausarbeitung oder an der Verfassung der Präsentation mitgewirkt³³⁵.

130. Das Sekretariat hat in seinem Antrag nicht behauptet, dass [ASAG] an der VW PW MVR-Tagung anwesend war. Allerdings erscheinen in der Liste der angemeldeten Teilnehmer zu dieser Tagung³³⁶ insgesamt fünf Vertreter des Hauptsitzbetriebs der ASAG in Basel Dreispitz und der Zweigniederlassung in Rheinfelden, unter diesen ist auch [Name], [...] der ASAG, namentlich genannt.

131. Der erste Satz der E-Mail vom 22. Januar 2013 von [Garage Gautschi] nach der Begrüssung „*Liebe Vorstandskollegen*“ lautet wie folgt: „*Wir haben ja anlässlich der letzten MVR Tagung in der Umweltarena das Thema besprochen, in welcher Form wir uns auf die Repo von VW PW bzw. auch von Seat und Skoda vorbereiten möchten. Es steht in der Diskussion, dass wir unsere Nachlässe um -2% reduzieren möchten*“.³³⁷ Nach dieser Textpassage ist es unmissverständlich, dass Gegenstand des in der E-Mail rubrizierten „Projekt Repo“ die Vereinbarung eines Rabattverhaltens zwischen Konkurrenten war, nämlich die gemeinsame Reduktion ihrer Nachlässe um -2 % aufgrund der Preis-Repositionierung der Marken VW PW bzw. auch von Seat und Skoda.

132. Nach Ansicht der ASAG habe ihr „*passive[s] Verhalten*“ im massgeblichen Zeitraum (von Januar bis April 2013) gezeigt, „*dass die ASAG ein wettbewerbswidriges Verhalten zu keinem Zeitpunkt angestrebt hatte, sondern bestenfalls durch die Aktivitäten von [Name, ASAG] als Vorstandsmitglied des VPVWs den Schein zu einer Kooperation erweckt hat*“³³⁸. In diesem Sinn habe die ASAG bzw. [Name, ASAG] im Rahmen des „Projekt Repo 2013“ eine passive Rolle gespielt.³³⁹

133. Im E-Mailverkehr betreffend das Projekt Repo 2013 und die vereinbarte Konditionenliste zwischen den Parteien nach dem 22. Januar 2013 war [ASAG] immer als Adressat der E-Mails oder in Kopie angeschrieben. Obwohl ein ausdrücklicher Konsens im vorliegenden E-Mailverkehr fehlt, ist weiter zu bemerken, dass [ASAG] in keiner Weise seine Uneinigkeit über dieses Projekt geäußert hat. Im Gegenteil hat [Name], [...] der ASAG, doch nach dem Treffen vom 6. Februar 2013 [Autoweibel] angerufen und gefragt, ob er die vereinbarte Konditionenliste erhalten könnte (Rz 27). Ausserdem haben [Name, ASAG] und [Name, ASAG] die Präsentation in der Region 8 gehalten und die vereinbarte Konditionenliste per E-Mail an die Teilnehmer des Stammtisches verschickt (Rz 46).

Diese Tatsachen zeigen eine aktive Kooperation der ASAG zur Umsetzung des „Projekt Repo 2013“ und schliessen eine geltende gemachte Passivität dieser Partei aus.

134. ASAG behauptet ausserdem, dass das „Projekt Repo“ lediglich ein Nebenthema für [ASAG] gewesen sei.³⁴⁰ Die Präsentation Region 8 (Anhang 3) enthält allerdings im Gegensatz zur Präsentation (Anhang 2) eine zusätzliche Folie „Projekt Repo 2013“, in welcher die Gründe des Projekts erklärt sind, insbesondere lautet der letzte Bulletpoint: „*Preis-Repositionierung als Chance*“³⁴¹. Zudem ist die letzte Passage in der Folie 15 der Präsentation Region 8 noch eindeutiger als in der Folie 3 der Präsentation: „*Generieren von mehr Bruttogewinn*“, „*Rabattsenkung* [Hervorhebung durch die WEKO] *ist die einzige Stellschraube um den Deckungsbetrag sofort und nachhaltig zu steigern*!“³⁴². Diese Folie und Passagen wurden von den [Name, ASAG] und [Name, ASAG] in der Präsentation Region 8 eingefügt bzw. so modifiziert. Trotz den Folien 34–37 zum Statusbericht, Themen und Arbeit im Vorstand des VPVW³⁴³, welche zur Darstellung der Aktivitäten des VPVW für allfällige neue Eintritte von Mitgliedern im Verband diente, geht aus dem Inhalt der Folien der Präsentation Region 8 zweifellos hervor, dass das Projekt Repo 2013 das oder zumindest ein Hauptthema des Stammtisches war.

135. ASAG macht zudem geltend, dass bei ihr ein Verkäufer einen individuellen „*Nachlass-Spielraum*“ von bis zu [...] % habe und dass im Gegensatz dazu die Konditionenliste des „Projekt Repo 2013“ immer auf einem fixen Rabattsatz oder fixen Beträgen beruhe, „*welcher bei jeder Erst-Offerte eingesetzt hätte werden sollen*“.³⁴⁴ Um dies nachzuweisen, legte sie sieben Kaufverträge bei, welche am 2. oder 3. April 2013 abgeschlossen wurden und bei welchen Rabattsätze von [...] bis [...] % und Ablieferungspauschalen von CHF [...].- bis [...].- gewährt wurden.³⁴⁵ Dies sollte „*klar und deutlich* [zeigen], *dass sich die ASAG und ihr Verkaufspersonal [...] nicht an die Konditionenliste des „Projekt Repo 2013“ gehalten haben bzw. haben können*“.³⁴⁶

136. Im Gegensatz zu den Behauptungen der ASAG gibt die vereinbarte Konditionenliste keine fixen Rabattsätze oder fixe Beträge, sondern maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen an. Die beigelegten Dokumente stellen am 2. oder am 3. April 2015 abgeschlossene Kaufverträge dar³⁴⁷, in zeitlicher Hinsicht also

³³¹ Act. 403, Rz 11 ff. und 17 ff.

³³² Act. 5.

³³³ Act. 403, Rz 13.

³³⁴ Act. 403, Rz 14.

³³⁵ Act. 403, Rz 19 ff.

³³⁶ Act. 3.

³³⁷ Act. 5.

³³⁸ Act. 403, Rz 55.

³³⁹ Act. 403, Rz 119.

³⁴⁰ Act. 403, Rz 20.

³⁴¹ Act. 22, Folie 14.

³⁴² Vgl. Act. 22, Folie 16 und Act. 19, Beilage 1, Folie 3.

³⁴³ Act. 22, Folien 34–37.

³⁴⁴ Act. 403, Rz 36.

³⁴⁵ Act. 403, Beweisofferte 2.

³⁴⁶ Idem.

³⁴⁷ Einer von diesen sieben Kaufverträgen enthält keine Unterschrift vom Käufer, der [...] (Act. 403, Beweisofferte 2, 3. Kaufvertrag).

erst nach der Aufforderung vom Präsidenten des VPVW am 26. März 2013 keine Rabattabsprachen im Rahmen der Stammtische des VPVW zu tätigen (Rz 50) und nach der Intervention der AMAG vom 2. April 2013 (Rz 52). Ausserdem sind abgeschlossene Kaufverträge auch in sachlicher Hinsicht nicht mit Erst-Offerten vergleichbar. In der Praxis entsprechen die gewährten Rabatte und Ablieferungspauschalen im späteren Kaufvertrag häufig nicht denjenigen der Erst-Offerte. Gegenstand des „Projekt Repo 2013“ war die Reduktion der Preisnachlässe um 2 % für die Marken des VW-Konzerns innerhalb des Händlernetzes (Rz 21) durch die Umsetzung von maximalen Preisnachlässen und minimalen Ablieferungspauschalen für die Erst-Offerte in der vereinbarten Konditionenliste (Rz 43–45).

137. Die ASAG bringt weiter vor, dass [ASAG] gegenüber [Garage Gautschi] klargestellt habe, dass er nur bereit gewesen sei, den Stammtisch der Region 8 im Namen des VPVW durchzuführen.³⁴⁸ ASAG belegt diese Aussage jedoch nicht. Für die vorliegende Beurteilung ist irrelevant, ob [ASAG] den Stammtisch in der Region 8 im Namen des VPVW oder als Vertreter der ASAG durchführte. Wie oben dargelegt, haben alle Parteien sich entschieden, die Einladungsschreiben für die Stammtische im Namen des Vorstandes des VPVW zu versenden (Rz 36). Folglich kann die angebliche Klarstellung von [ASAG], den Stammtisch nur im Namen des VPVW durchzuführen, nicht als passives Verhalten der ASAG berücksichtigt werden.

A.4.8.2 Vorbringen der Autoweibel

138. Die Autoweibel bringt vor, dass die interne Konditionenliste der AMAG RETAIL und die vereinbarte Konditionenliste übereinstimmen.³⁴⁹ Grund für diese Übereinstimmung wären entweder die führende Rolle oder die Preisführerschaft der AMAG.³⁵⁰

139. Im Rahmen der Vorbereitung des „Projekt Repo 2013“ versendete [AMAG] am 22. Januar 2013 an [Garage Gautschi] (und in Kopie an [Autoweibel]) die Konditionenliste der AMAG RETAIL „Verkaufskonditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (Empfehlung)“ vom 19. Januar 2013 (vgl. Rz 22). [AMAG] erklärte in seiner E-Mail, dass die AMAG RETAIL „[b]is zur Repo [...] weiter die Liste aus 2012 anwenden [wird]. [...] Bei der Repo-geschichte machen wir sowieso mit und wir haben unseren Kontrollmechanismus schon definiert und ggü. unseren Geschäftsführern wird morgen kommuniziert, dass diese Liste verbindlich eingehalten wird, die Einhaltung bonus-relevant sein wird und bei nicht-Anwendung entsprechende Konsequenzen gezogen werden“.³⁵¹ Diese Konditionenliste enthält Preisnachlässe, die um durchschnittlich 2 % höher sind und führt für einige Modelle eine grössere Ablieferungspauschale auf als diejenigen in der vereinbarten Konditionenliste.³⁵² Auch der am 6. Februar 2013 von [AMAG] an die [Garage Gautschi], [City-Garage] und [Autoweibel] versendete Entwurf der neuen zukünftigen AMAG RETAIL Konditionenliste mit Gültigkeitsdatum ab 18. Februar 2013 enthält höhere Preisnachlässe (durchschnittlich 2 % höher) und für einige Modelle grössere Ablieferungspauschalen als der in der gleichen E-Mail versendete erste Entwurf der vereinbarten Konditionenliste an (Rz 26).³⁵³ Nur die am 15. März 2013 von

der Leitung der AMAG RETAIL versendete interne Konditionenliste mit Gültigkeit ab 18. März 2013 an ihre Geschäftsführer, Markenverantwortlichen und Verkaufsmitarbeiter, nach dem Erhalt der definitiv vereinbarten Konditionenliste (Rz 32), stimmt mit der vereinbarten Konditionenliste überein.³⁵⁴

140. Ausserdem geht aus der Diskussionen über die Konditionen zwischen den Parteien (vgl. Rz 23 und 31) eindeutig hervor, dass die Erstellung und Umsetzung einer einheitlichen Konditionenliste Bestandteil eines gemeinsamen Projekts und nicht die Durchsetzung der AMAG oder einfache Übernahme der internen Konditionenliste der AMAG RETAIL durch die Parteien war.

141. Die Autoweibel hält fest, dass [Autoweibel] anlässlich des Treffens vom 6. Februar 2013 keine Konditionenliste dabei gehabt hätte und dass keine gemeinsame Konditionenliste vereinbart wurde.³⁵⁵ Die Feststellungen des Sekretariats in diesem Zusammenhang seien alleine auf die Aussage der Selbstanzeigerin gestützt.³⁵⁶

142. Die Aussagen der AMAG im Rahmen ihrer Selbstanzeige³⁵⁷ sind u.a. auf den E-Mailverkehr zwischen den Parteien vor und nach dem Treffen vom 6. Februar 2013 (Rz 20 ff. und 26 ff.) gestützt. Nach dem vorliegenden Beweismaterial³⁵⁸ geht zweifellos hervor, dass die beteiligten Unternehmen eine gemeinsame Rabattpolitik durch die Erstellung einer einheitlichen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschale für die Erst-Offerte vereinbarten.

143. Widersprüchlich sind die Aussagen der Autoweibel betreffend die Verteilung der vereinbarten Konditionenliste während dem Stammtisch. Einerseits macht sie geltend, dass die Teilnehmer der Stammtische zwar die Möglichkeit hatten, „eine der aufliegenden Muster für die Konditionenliste mitzunehmen, dies wurde jedoch weder überprüft noch wurden die Teilnehmer aktiv dazu gehalten“³⁵⁹. Dies sei aber nicht im Rahmen der Präsentation zentral gewesen, da Hauptgegenstand der Präsentation von [Autoweibel] die Transparenz in der Offertdarstellung war. Für die Autoweibel wäre „[e]ine im Layout saubere und zweckmässige Konditionenliste für den internen Gebrauch [...] nur ein kleiner, für den Mitarbeiter an der Front aber unter Umständen dennoch wichtiger Aspekt“³⁶⁰. Andererseits behauptet sie, dass falsch sei, „dass mit der Präsentation eine „gemeinsame Konditionenliste“ hätte verbreitet werden sollen“.³⁶¹

³⁴⁸ Act. 403, Rz 21.

³⁴⁹ Act. 401, Rz 16 f.

³⁵⁰ Act. 401, Rz 17.

³⁵¹ Act. 6.

³⁵² Vgl. Act. 6, Beilage und Act. 19, Beilage 3.

³⁵³ Vgl. Act. 11, Beilage 1 und 2.

³⁵⁴ Vgl. Act. 20, Beilage; Act. 19, Beilage 3.

³⁵⁵ Act. 401, Rz 44.

³⁵⁶ Act. 401, Rz 44b.

³⁵⁷ Vgl. Act. 40, 41, 44, 71.

³⁵⁸ Act. 2–37.

³⁵⁹ Act. 401, Rz 49.

³⁶⁰ Idem.

³⁶¹ Act. 401, Rz 53.

144. Bezüglich der Präsentation halt die Autoweibel fest, dass „[Autoweibel] im Rahmen der Präsentation situativ bestimmte PowerPoint-Folien zur Verdeutlichung seiner mündlichen Ausführungen verwendet hat“, insbesondere „um die Notwendigkeit der Transparenz in der Offertdarstellung zu illustrieren“.³⁶² Die Würdigung des Sekretariats, wonach die Präsentation von [Autoweibel] die am 13. März 2013 von [Garage Gautschi] versendete Präsentation entspreche (Rz 82), sei schlicht aktenwidrig.³⁶³

145. Wie oben dargelegt, wurde den Parteien während der Einvernahme die Präsentation Region 8³⁶⁴ vorgehalten und sie hatten die Möglichkeit diese durchzublättern, sowie Stellung zu den einzelnen Folien zu nehmen (Rz 82). Aus den Aussagen von [Autoweibel] betreffend die dargelegte Präsentation (Rz 68) ist davon auszugehen, dass die gehaltene Präsentation von [Autoweibel] während des Stammtisches für die Region 6 im Wesentlichen der Präsentation von [Garage Gautschi] entsprach und dass der Kern des „Projekt Repo 2013“ (Rz 81) gezeigt oder zumindest erwähnt wurde (vgl. Rz 81 f.).

A.4.8.3 Vorbringen der City-Garage

146. Die City-Garage bringt vor, dass die Konditionenliste der AMAG RETAIL mit der vereinbarten Konditionenliste übereinstimmt.³⁶⁵ Es sei daher nicht auszuschliessen, dass die Selbstanzeigerin über ihre Retail-Betriebe einen „Benchmark“ für den Markt setzen wollte.³⁶⁶

147. Zu den oben erwähnten Vorbringen der City-Garage wird auf die Ausführungen unter Rz 139 verwiesen.

148. Mit den gleichen Worten wie die Autoweibel (Rz 141) hält auch die City-Garage fest, dass [City-Garage]lässlich des Treffens vom 6. Februar 2013 keine Konditionenliste dabei hatte³⁶⁷, dass keine gemeinsame Konditionenliste vereinbart wurde und dass die Feststellungen des Sekretariats in diesem Zusammenhang alleine auf die Aussage der Selbstanzeigerin gestützt seien.³⁶⁸ Es wird daher auf die Ausführungen unter Rz 142 verwiesen.

149. Die City-Garage behauptet, dass [City-Garage] die Präsentation nicht kenne, weil er „selber eine eigene Präsentation erstellt habe“.³⁶⁹ [City-Garage] habelässlich des Stammtisches entschieden, welche Folien der Präsentation er zur Verdeutlichung der Notwendigkeit einer transparenten Offertdarstellung zeigen wollte.³⁷⁰ Er habe weder die Präsentation noch eine Konditionenliste im Zuge des Stammtisches abgegeben.³⁷¹ Gegenstand der Präsentation sei lediglich die Transparenz in der Offertdarstellung gewesen.³⁷²

150. Aus den E-Mailverkehr zwischen [City-Garage] und den [Garage Gautschi], [AMAG], [Autoweibel] und [A-SAG] am 5. und am 6. März 2013 (Rz 31), dem Inhalt der Präsentation, insbesondere den Folien 2, 3, 11–17, und der vereinbarten Konditionenliste, die von [Garage Gautschi] an [City-Garage] und die anderen beteiligten Vorstandsmitglieder des VPVW am 13. März 2013 per E-Mail gesendet wurden (Rz 32, 34), geht hervor, dass Gegenstand der Stammtische und des „Projekt Repo 2013“ nicht die Transparenz in der Offertdarstellung war, sondern die Umsetzung eines einheitlichen Rabattverhaltens betreffend maximalen Preisnachlässen und minimalen Ablieferungspauschalen für die Erst-Offerte. Dass die Reduktion um 2 % der Rabatte bei der Erst-Offerte innerhalb des Netzes von zugelassenen Händlern der Marken des VW-

Konzerns das zentralste Thema der Stammtische war, ergibt sich auch aus den Aussagen von [City-Garage] in seiner Antwort zur E-Mail vom 26. März 2013 von [Name], Präsident des VPVW, betreffend des von ihm durchgeführten Stammtisches in den Regionen 1 und 5 (Rz 50), insbesondere aus folgendes Aussage: „Hinzu kommt, wenn der Verkäufer 2 % weniger Marge geben muss, bleibt auch bei ihm was mehr „hängen““³⁷³.

A.4.8.4 Vorbringen der Garage Gautschi

151. Die Garage Gautschi behauptet, dass die zugelassenen Händler der AMAG (die AMAG RETAIL-Betriebe wie auch die unabhängigen autorisierten Konzessionäre) sich an der Preisvorgabe der AMAG orientieren bzw. diese einhalten müssen.³⁷⁴ Sie zitiert diesbezüglich eine Passage der E-Mail vom 5. März 2015 von [AMAG] an die [Garage Gautschi], [Autoweibel], [City-Garage] und [A-SAG], mit welcher er darauf hingewiesen hätte, „dass gewisse Modelle etwas teuer geworden seien, was [...] eine Rabatteinschränkung als unrealistisch erscheinen lasse“³⁷⁵. Dieses „etwas teuer“ beziehe sich „auf einseitig festgesetzte Konditionen des Importeurs und/oder Herstellers“, was nachweisen solle, dass die Preiserhöhungen und die Preissenkungen eigenmächtig von der AMAG bestimmt werden könnten.³⁷⁶

152. In der obenstehend erwähnten E-Mail kommentierte [AMAG] die Preis-Repositionierung der Marken VW PW wie folgt: „Die Listenpreise wurden bei allen Modellen gesenkt. Systembedingt (EuroBonus-Fixbeträge durch prozentuale Reduktion ersetzt) profitieren vor allem teurere Fahrzeuge von einem grösseren Preisnachlass als bisher. Die günstigeren Einstiegsvarianten sind nicht unbedingt günstiger geworden. [...] – insbesondere Einstiegsmodelle (Polo, Golf) sind nicht billiger geworden - im Gegenteil, sie wurden ein bisschen teurer!“³⁷⁷. Auf die empfohlenen Listenpreise des Importeurs haben die Händler zwar keinen Einfluss. Sie sind natürlich frei ihre Preis- und Rabattpolitik festzustellen. Aus dem E-Mailverkehr zwischen den Parteien und der AMAG geht aber hervor, dass die konkurrierenden Händler eine gemeinsame Rabattpolitik absprachen. Betreffend die Konditionen bzw. die Preisnachlässe und die Umsetzung der gemeinsam vereinbarten Rabattpolitik schrieb [AMAG] in dieser E-Mail: „Wenn ich mir nun die Konditionen anschau[e]n, dann haben wir bei den Detail-Kunden beim Polo von 3 % auf 2 % korrigiert und bei Golf von 4 % auf 2 %. Ich habe dabei

³⁶² Idem.

³⁶³ Act. 401, Rz 52.

³⁶⁴ Act. 22 (Anhang 3).

³⁶⁵ Act. 402, Rz 23.

³⁶⁶ Act. 402, Rz 24 und 26.

³⁶⁷ Act. 402, Rz 46a.

³⁶⁸ Act. 402, Rz 46b.

³⁶⁹ Act. 402, Rz 49.

³⁷⁰ Act. 402, Rz 49 und 54.

³⁷¹ Act. 402, Rz 50.

³⁷² Act. 402, Rz 50.

³⁷³ Act. 27, S. 4.

³⁷⁴ Act. 405, Rz 15.

³⁷⁵ Idem.

³⁷⁶ Act. 405, Rz 15.

³⁷⁷ Act. 17, S. 4 f.

ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir), da der Rabattunterschied - und die Polos, Golfs Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden - evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden. Ich habe mich deshalb gefragt, ob wir die Konditionen Detail nicht auf 3 % anheben, so dass es leichter umsetzbar wird³⁷⁸. Zu dieser Frage antwortete [Garage Gautschi]: „[a]uch ich würde es begrüßen, wenn wir an diesen 2 % festhalten könnten“³⁷⁹ (Rz 31).

153. Mit Verweis auf die Aussagen von [AMAG] während der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige³⁸⁰ bringt die Garage Gautschi vor, dass auch die unabhängigen Händler sich zwangsläufig an den Vorgaben der AMAG orientierten.³⁸¹ Anlässlich der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige hielt das Sekretariat [AMAG] die Folie „Anpassungen im Fleetprovidergeschäft“ der von ihm gehaltenen Präsentation in der Region 9 (Rz 46)³⁸² vor. [AMAG] erklärte diesbezüglich, dass die Händler den Tarif F der AMAG Leasing bei Leasing-Flotten anwenden müssten, wenn das Geschäft über den Provider (wie z.B. Leaseplan, Arval, ALD, GE, usw.) vom Kunden abgeschlossen wird.³⁸³ Es gehe hier also um Leasinggeschäfte, wonach der Händler die vorgegebenen Konditionen des Providers anwenden müsse, und nicht um die „normalen“ Kaufverträge über ein Autogeschäft zwischen Händler und Endkunden.

154. Die nach Ansicht der Garage Gautschi nicht leicht zu verstehende oder zumindest erklärungsbedürftige Aussage der Selbstanzeigerin, wonach die Anwendung bzw. Nichtanwendung der unverbindlich empfohlenen Konditionen für die Händler keinerlei Vor- oder Nachteile zur Folge habe,³⁸⁴ bezieht sich auf die unverbindlich empfohlenen Preisnachlässe für Flottengeschäfte.³⁸⁵ Die Selbstanzeigerin präzisierte zudem, dass die Anwendung oder die Nicht-Anwendung dieser empfohlenen Preisnachlässe keine Auswirkung auf die den Händlern zustehenden Rückvergütungen haben.³⁸⁶

155. Zu den Vorbringen der Garage Gautschi über die Übereinstimmung der vereinbarten Konditionenliste mit der internen Konditionenliste der AMAG³⁸⁷ wird auf die Ausführungen unter Rz 139 verwiesen.

156. Die Garage Gautschi hält fest, dass es im Rahmen der durchgeführten Stammtische des VPVW im März 2013 darum ging, „die Anwesenden hinsichtlich einer korrekten Anwendung des Bestellverarbeitungssystems zu instruieren“ und zwar „um die Etablierung standardisierter Umgangsformen mit dem vom Importeur zur Verfügung gestellten Datenverarbeitungssystem“.³⁸⁸ Die Garage Gautschi sagt zudem aus: „Eine „korrekte“ Anwendung dient somit letztlich dem fairen Wettbewerb auf Händlerstufe“³⁸⁹. Die von [Garage Gautschi] gehaltene Präsentation sei „unter dem Leitmotiv der „zusätzlichen Vereinheitlichung der Offert-Darstellung inkl. der Ablieferungspauschalen““ gestanden.³⁹⁰ Es ginge „also um die Darstellung bzw. um die sachgerechte Anwendung der zur Verfügung stellten Applikationen des Datenverarbeitungssystems“³⁹¹. Schliesslich beziehe sich die Bemerkung auf die Folie 12 der Präsentation „In diesen Folien werden zwingend diejenigen Werte eingesetzt, welche auf der Konditionenliste definiert sind!!! → ohne Ausnahmen!!“³⁹² „nicht auf eine einheitliche Übernahme von Preiskonditionen,

[...] sondern forderte zu einer [k]orrekten Übertragung derjenigen Werte auf, die sich aus den Konditionenlisten der einzelnen Händler ergeben“.³⁹³

157. Die von [Garage Gautschi] an die anderen beteiligten [Personen] gesendeten E-Mails enthalten folgenden Passagen:

„Es steht in der Diskussion, dass wir unsere Nachlässe um -2% reduzieren möchten“³⁹⁴,

„Was wir bei dieser Gelegenheit auch ansprechen müssen ist die Ablieferungspauschale. Wir und [A-SAG] haben ja seit April 2012 eine Abl.p. von [...] - bzw. bei kleineren Modellen eine von [...] - [Name, AMAG] hat ja nun nachgezogen auf ca. [...] - Besten Dank [Name, AMAG]! Es ist aber so, dass es immer noch grosse Unterschiede gibt [a]uch dies müssen wir ansprechen“³⁹⁵,

„Zum Thema Repo haben wir die „neue Konditionenliste“ via [Name, Autoweibel] an dein [Name, ASAG] als Info weitergeleitet“³⁹⁶,

„Auch ich würde es begrüßen, wenn wir an diesen 2 % festhalten könnten“³⁹⁷,

„Die Konditionenliste von [Autoweibel] möchte ich gerne am Stammtischtag abgeben“³⁹⁸.

158. Die Folie 4 der Präsentation³⁹⁹, welche von [Garage Gautschi] am Stammtisch für die Region 2 („Mittelland“) gehalten wurde, zeigt eine Grobübersicht der vereinbarten Konditionenliste⁴⁰⁰, die er mit E-Mail vom 13. März 2013 an die anderen Vorstandsmitglieder versendete. Diese Präsentation enthält zudem weitere deutliche Ausführungen:

„Die aufgeführten Konditionen werden angewandt auf der sogenannten „**Erst-Offerte**“ und werden als Preisnachlass bzw. Flottenrabatt ausgewiesen“ (Folie 10),

„Generieren von mehr Bruttogewinn“ „Dies ist die einzige sofortige Stellschraube um den Deckungsbeitrag sofort und nachhaltig zu steigern“ (Folie 3),

„Auch hier entspricht der Preisnachlass demjenigen auf der Konditionenliste“ (Folie 15),

³⁷⁸ Act. 17, S. 5.

³⁷⁹ Act. 17, S. 4.

³⁸⁰ Act. 71, Rz 350 f.

³⁸¹ Act. 71, Rz 20.

³⁸² Act. 14, Beilage, Folie 27.

³⁸³ Act. 71, Rz 350 f.

³⁸⁴ Act. 405, Rz 20.

³⁸⁵ Act. 40, S. 3 f., Punkt 2b).

³⁸⁶ Act. 40, S. 4, Punkt 2b).

³⁸⁷ Act. 405, Rz 26 ff.

³⁸⁸ Act. 405, Rz 54.

³⁸⁹ Idem.

³⁹⁰ Act. 405, Rz 55.

³⁹¹ Idem.

³⁹² Act. 19, Beilage 1, Folie 12.

³⁹³ Act. 405, Rz 55.

³⁹⁴ Act. 5.

³⁹⁵ Act. 8.

³⁹⁶ Act. 13.

³⁹⁷ Act. 17, S. 4.

³⁹⁸ Act. 19.

³⁹⁹ Act. 19, Beilage 1 (Anhang 2).

⁴⁰⁰ Act. 19, Beilage 3 (Anhang 1).

„Bei einer Senkung der Konditionen von 2 % entspricht dies Mehreinnahmen von ca. Fr. 75'000.- pro 100 Einheiten“ (Folie 16).

159. Aus den oben zitierten Passagen geht klar hervor, dass das „Leitmotiv“ der Präsentation und des „Projekt Repo 2013“ nicht die „Vereinheitlichung der Offert-Darstellung“ war, sondern die Vereinbarung und die Umsetzung eines einheitlichen Rabattverhaltens, welches die Reduzierung um 2 % der Preisnachlässe zum Gegenstand hatte.

A.4.8.5 Vorbringen zum Aktenverzeichnis

160. Die Autoweibel und die City-Garage machen geltend, dass das mit dem Antrag vom 15. April 2015 den Parteien zugestellte Aktenverzeichnis vom Sekretariat „neu“ nummeriert gewesen sei. Sie führen aus, dass die im Antrag verwendete Bezeichnung der Akten nicht mehr „mit den vorangehenden Dokumenten des Sekretariates“ im Rahmen des Beschwerdeverfahrens bezüglich die Vorabverfügung vom 8. August 2014 übereinstimme. Dies habe die Stellungnahmen der Parteien zum Antrag des Sekretariats erschwert.⁴⁰¹

161. Das am 23. Juli 2014 zur Gewährung der Akteneinsicht zugestellte Aktenverzeichnis (Rz 112) und das Aktenverzeichnis, welches am 12. Januar 2015 mit der Vernehmlassung zur Beschwerde gegen die Vorabverfügung an das BVGer versandt wurde⁴⁰², stellen beide den Zustand der Akten zum Zeitpunkt des Erlasses der Vorabverfügung vom 8. August 2014 dar.

162. Im Rahmen einer Untersuchung richtet sich die Akteneinsicht nach Art. 26 und 27 VwVG. Um die Ausübung der Akteneinsicht zu ermöglichen, müssen die Behörden im Verlauf des Verfahrens das Aktenverzeichnis ständig und systematisch aktualisieren (Verpflichtung zur Aktenführung⁴⁰³). Die erstellten und beigebrachten Dokumente und Informationen werden grundsätzlich in numerischer und chronologischer Reihenfolge im Aktenverzeichnis erfasst.⁴⁰⁴ Massgebend als Erstelldatum für das Aktenverzeichnis ist das Datum des jeweiligen Aktenstücks. Hierbei ist zu beachten, dass das Erstelldatum immer dasjenige ist, welches auf dem entsprechenden Aktenstück von den Parteien, deren Rechtsvertretern oder vom Sekretariat vermerkt ist. Nicht als Erstelldatum gilt das Datum des Registratur-Stempels.

163. Der letztmögliche Zeitpunkt für die Gewährung des Akteneinsichtsrechts besteht mit der Zustellung des Antrages des Sekretariates der WEKO an die Parteien. In diesem Zeitpunkt muss das Aktenverzeichnis chronologisch und vollständig erstellt sein, damit die Parteien die Möglichkeit haben, sich wirksam zur Sache zu äussern.⁴⁰⁵ In der Praxis wird die Akteneinsicht auch früher gewährt, nämlich sobald das Dossier bereit ist und die Akten um allfällige Geschäftsgeheimnisse bereinigt wurden. Das heisst jedoch nicht, dass das zu diesem Zeitpunkt zugestellte Aktenverzeichnis definitiv und vollständig ist. Werden während der Untersuchung und nach der letzten gewährten Akteneinsicht weitere Akten im Dossier aufgenommen, sind diese nach dem Erstelldatum im Aktenverzeichnis nummeriert und erfasst. Aus diesen Grund kann auch die Reihenfolge der Akten eines Aktenverzeichnisses sich verändern. Ein Recht der Parteien auf eine unveränderte Nummerierung der Akten vor der Zustellung

des Antrags des Sekretariats nach Art. 30 Abs. 2 KG besteht nicht und ergibt sich auch nicht aus rechtlichen Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV⁴⁰⁶ und Art. 6 Abs. 1 EMRK⁴⁰⁷. Zudem konnte ein entsprechender rechtlicher Anspruch von den Parteien auch nicht belegt werden.

164. In der vorliegenden Untersuchung wurden nach dem Erlass der Vorabverfügung vom 8. August 2014 weitere Akten erhoben. Insbesondere hat die AMAG, aufgrund ihrer Pflicht zur vollständigen Zusammenarbeit im Sinne von Art. 8 Abs. 2 SVKG, dem Sekretariat mit Schreiben vom 18. August 2014, 5. September 2014 und 30. März 2015 zusätzliche Informationen und Dokumente zukommen lassen, welche die Periode zwischen Januar und April 2013 betrafen.⁴⁰⁸ Dies hat eine Verschiebung der früheren Nummerierung der Akten zur Folge gehabt.

165. Mit der Zustellung des Antrags zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG haben die Parteien ein chronologisches und vollständiges Aktenverzeichnis mit 351 Aktenstücken erhalten. Die Akteneinsicht mag zwar aufwändig schwerer sein. Die Parteien aber erhielten genügend Zeit, insgesamt 70 Tage (inkl. Fristverlängerung), um ihre Stellungnahmen definitiv einzureichen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern die Nummerierung der Akten die Stellungnahme der Parteien zum Antrag des Sekretariats mehr als in anderen kartellrechtlichen Verfahren erschwert haben soll.

A.4.8.6 Vorbringen zum Abbruch des Projektes

166. Nach Ansicht der Autoweibel, der City-Garage und der Garage Gautschi sollte der Abbruch des „Projekt Repo 2013“ auf die E-Mail vom 26. März 2013 des Präsidenten des VPWW (Rz 50) abgestützt werden.⁴⁰⁹ Es sei zudem zu berücksichtigen, dass das Schreiben vom 2. April 2013 der AMAG am 3. April 2013 um 7:58 Uhr vorab per E-Mail versandt wurde (Rz 52), so dass der 3. April 2013 für eine mögliche Umsetzung wegfiel und lediglich zwei Tage für die Dauer der Umsetzung verbleiben würden.⁴¹⁰

⁴⁰¹ Act. 401, S. 1, Rz 1 ff.; Act. 402, S. 3 Rz 7 ff.

⁴⁰² Act. 335–342.

⁴⁰³ STEPHAN C. BRUNNER, VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 26 VwVG N 9.

⁴⁰⁴ Vgl. STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 75 ff. und BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 27 KG N 100.

⁴⁰⁵ Vgl. BERNHARD WALDMANN, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, in: Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Häner/Waldmann (Hrsg.), 2008, 74. Vgl. auch BSK KG-BILGER (Fn 404), Art. 39 KG N 77 m.w.H.

⁴⁰⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

⁴⁰⁷ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK; SR 0.101).

⁴⁰⁸ Act. 296, 302 und 351.

⁴⁰⁹ Act. 401, Rz 28a; Act. 402, Rz 30a; Act. 405, Rz 45.

⁴¹⁰ Act. 401, Rz 28b; Act. 402, Rz 30b; Act. 403, Rz 128; Act. 405, Rz 48 f.

167. Hierzu sei zuerst zu bemerken, dass das Schreiben vom 26. März 2013 vom Präsidenten des VPVW nur an die Vorstandsmitglieder versendet wurde und nicht an alle autorisierten Handelspartner der AMAG (Rz 50). Aus den Reaktionen und den Antworten der Vorstandsmitglieder, insbesondere [City-Garage], geht eine sofortige Einstellung des „Projekt Repo 2013“ nicht ausdrücklich hervor (vgl. Rz 50). Zunächst wurde das Schreiben vom 2. April 2013 der AMAG mit der Aufforderung, das „Projekt Repo 2013“ nicht umzusetzen, zwar vorab per E-Mail an alle autorisierten Handelspartner aller von AMAG vertretenen Marken am 3. April 2013 um 7:58 Uhr und an die Vorstandsmitglieder des VPVW am 2. April um 19:39 Uhr versendet (Rz 52). Es ist allerdings selbsterklärend, dass die Umsetzung des „Projekt Repo 2013“ innerhalb des Netzes der autorisierten Händler nicht automatisch mit der Erhaltung der entsprechenden E-Mail abgestellt werden konnte, sondern es eine gewisse Zeit (zumindest einen Tag) brauchte, um der Aufforderung der AMAG nachzukommen.

A.4.9 Verhalten der Parteien während der Untersuchung

168. Die Parteien beteuerten zwar stets ihre Bereitschaft zur Kooperation⁴¹¹, sie beantragten jedoch während der gesamten Dauer der Untersuchung zu den Gesuchen des Sekretariates, welche keines besonderen Aufwands bedurften (vgl. Rz 98, 105, 107 f.), oftmals mehrere Fristverlängerungen⁴¹² oder stellten unbegründete Verfahrensanträge⁴¹³, die *de facto* das vorliegende Verfahren verzögert haben. Der Inhalt der jeweiligen Antworten der Parteien, so etwa in den Stellungnahmen zum Abschluss einer EVR (Rz 96, 106 und 108),⁴¹⁴ zum provisorischen Beweisergebnis (Rz 106)⁴¹⁵ oder in den Bemerkungen zum Verfügungsantrag des Sekretariats in Bezug auf AMAG,⁴¹⁶ deutet ausserdem auf eine gewisse (gemeinsame) Strategie zur Behinderung eines zügigen Ablaufs des Verfahrens hin.

169. Hinzu kommt, dass das Sekretariat die Parteien drei Mal eingeladen hat (Rz 95, 102, 108 und 117), zum Abschluss einer EVR Stellung zu nehmen. Die Parteien lehnten aber alle Anträge des Sekretariates ab, ohne selbst konkrete Vorschläge für eine einvernehmliche Lösung einzureichen (Rz 96, 106, 108 und 117).

170. Somit haben die Verzögerungsstrategie der Parteien und die Ablehnung der Vorschläge des Sekretariats zum Abschluss einer EVR im vorliegenden Fall zu einer Verzögerung des Verfahrens und zu einer Erhöhung der Verfahrenskosten geführt.

171. In ihren Stellungnahmen bestreiten die Parteien, dass sie eine Verzögerungsstrategie geführt haben.⁴¹⁷ Autoweibel und City-Garage machen insbesondere geltend, dass das Sekretariat bereits am 23. Mai 2013 (am 22. Mai 2013 wurde die Untersuchung eröffnet, vgl. Rz 90) eine rasche Erledigung in der Presse angekündigt habe und zitieren diesbezüglich einen Auszug aus der Zeitung 20 Minuten.⁴¹⁸ Dies solle darauf hindeuten, dass „das Sekretariat bereits zu diesem Zeitpunkt einen klar bestimmten Verfahrensausgang vor Augen“ gehabt habe.⁴¹⁹ Nach Ansicht der Autoweibel und der City-Garage habe das Sekretariat hingegen durch unnötige und nicht nachvollziehbare Aufwendungen sowie Verfahrens-

schritte (z.B. der Vorschlag einer EVR, die Nichtvornahme von notwendigen Untersuchungshandlungen, die Vorabverfügung und die Neunummerierung vom Aktenverzeichnis) die Verzögerung des Verfahrens verursacht.⁴²⁰

172. Nach Art. 29 Abs. 1 BV haben die Parteien Anspruch auf eine Verfahrenserledigung innert angemessener Frist. Dieser Anspruch der Parteien (sog. „Beschleunigungsgebot“) impliziert ein „Verbot der Rechtsverzögerung“ für die Behörde. Die Behörden können durch die Planung und Organisation des Verfahrens die Verfahrensdauer beeinflussen.⁴²¹ Wenn die Behandlungsdauer eines Verfahrens im Gesetz nicht ausdrücklich festgelegt ist, sind namentlich die Art des Verfahrens, die Schwierigkeit der Materie sowie das Verhalten der Beteiligten massgeblich.⁴²² In diesem Sinne gehören die zeitliche Planung und Organisation eines Verfahrens zu den Pflichten der Behörden, namentlich die Beachtung des Grundsatzes des Verbots der Rechtsverzögerung.

173. Im vorliegenden Fall ging das Sekretariat aufgrund einer *prima facie* Prüfung der von der Selbstanzeigerin eingereichten Beweismittel davon aus, dass die Verfahrensdauer der betroffenen Untersuchung kürzer sein könnte als die sonst üblichen 12 bis 18 Monate.⁴²³ Die Tatsache, dass das vorliegende Verfahren länger dauerte als geplant, ist hingegen nicht auf die Verfahrenshandlungen des Sekretariats, sondern vielmehr auf das Verhalten der Parteien in der Untersuchung zurückzuführen (vgl. Rz 168). Aus diesem Grund sind die Vorbringen der Parteien in diesem Zusammenhang nicht haltbar.

A.4.10 Sistierung des Verfahrens

174. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2014 erkundigte sich die City-Garage beim Sekretariat, ob das Sekretariat gedulde, das Verfahren gegen sie und die übrigen Parteien bis zum Urteil des BVGer bezüglich der Beschwerden gegen die Vorabverfügung vom 8. August 2014 zu sistieren.⁴²⁴ Das Sekretariat antwortete, es sei der Ansicht, dass eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens nicht gerechtfertigt sei, da der Ausgang des Beschwerdeverfahrens betreffend die Verfügung vom 8. August 2014 das

⁴¹¹ Act. 97, 98, 194, 196, 198, 200, 214, 215, 222.

⁴¹² Fristverlängerungsgesuche: Act. 109, 121, 147, 185, 234, 276 (City-Garage); Act. 111, 123, 144, 189, 233 (Garage Gautschi); Act. 117, 169, 187 (ASAG); Act. 112, 186, 197, 234, 283 (Autoweibel).

⁴¹³ Act. 134, 156 (Befangenheit, City-Garage), 137, 162 (Antwort des Sekretariats); Act. 261 (Bemerkungen zum Antrag gegen die AMAG und Verfahrensanträge, City-Garage), 300 (Antwort des Sekretariats).

⁴¹⁴ Act. 97, 98, 194, 196, 197, 198.

⁴¹⁵ Act. 194, 196, 197, 198.

⁴¹⁶ Act. 259, 260, 261, 263.

⁴¹⁷ Act. 401, Rz 59; Act. 402, Rz 61; Act. 403, Rz 47 f.; Act. 405, Rz 71 ff.

⁴¹⁸ Act. 401, Rz 59a und b; Act. 402, Rz 61a und b.

⁴¹⁹ Act. 401, Rz 59b; Act. 402, Rz 61b.

⁴²⁰ Act. 401, Rz 59c; Act. 402, Rz 61c.

⁴²¹ URS PETER CAVELTI, in: VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 20 VwVG N 3.

⁴²² Idem. Vgl. auch FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2009, Art. 46a VwVG N 20.

⁴²³ Vgl. Presseartikel vom 23.5.2013 von 20 Minuten: <<http://www.20min.ch/finance/news/story/15493159>> (19.10.2015).

⁴²⁴ Act. 313.

Verfahren gegen die City-Garage und die übrigen Parteien nicht präjudiziere und dass die City-Garage jedoch frei bleibe, einen formellen Antrag zur Sistierung des vorliegenden Verfahrens einzureichen.⁴²⁵ Das Sekretariat stellte aber klar, dass diese Frage erst im Rahmen des Antrags gemäss Art. 30 Abs. 2 KG beantwortet werden würde.⁴²⁶ Die Parteien haben von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.

175. Die Parteien haben erst in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats subsidiär die Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum Urteil des BVGer bezüglich der Beschwerden gegen die Vorabverfügung vom 8. August 2014 bzw. bis zum Inkrafttreten des entsprechenden Beschwerdeverfahrens beantragt.⁴²⁷

176. Nach Art. 6 BZP⁴²⁸ i.V.m. Art. 4 VwVG können die Behörden das Verfahren aus Gründen der Zweckmässigkeit (*«pour des raisons d'opportunité»* in der französischen Version) aussetzen, insbesondere wenn das Urteil von der Entscheidung in einem anderen Rechtsstreit beeinflusst werden kann. Die Sistierung des Verfahrens kann deshalb gerechtfertigt sein, wenn ein anderes Verfahren hängig ist, dessen Ausgang von präjudizieller Bedeutung ist.⁴²⁹ Aufgrund des Anspruches auf Beurteilung der Sache innert angemessener Frist gemäss Art. 29 Abs. 1 BV ist die Sistierung jedoch nur ausnahmsweise zulässig, wenn sie sich auf sachliche Gründe stützen lässt.⁴³⁰ Das Verfahren kann auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei Vorliegen von sachlichen Gründen bis auf weiteres bzw. bis zu einem bestimmten Termin oder Ereignis sistiert werden. Den Behörden steht beim Entscheid darüber, ob ein Verfahren sistiert werden soll, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu.⁴³¹ Bei der Abwägung für und gegen die Verfahrensverzögerung ist von den involvierten Interessen der vom Entscheid Betroffenen aber auch von der Dringlichkeit und zeitlichen Formalisierung des Verfahrens nach der anwendbaren Verfahrensordnung auszugehen.⁴³² Im Zweifelsfall kommt dem Beschleunigungsgebot der Vorrang zu.⁴³³

177. Im vorliegenden Fall werden die beim BVGer hängigen Beschwerdeverfahren (Rz 119) die kartellrechtliche Bewertung des Verhaltens der Parteien nicht beeinflussen können, da mit der Vorabverfügung einzig die EVR des Sekretariats mit der AMAG genehmigt wurde (Rz 113). Die Frage, ob das Verhalten der Parteien als unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zu erachten ist, wird hingegen im Rahmen der vorliegenden Verfügung beurteilt. Es ist daher nicht ersichtlich, wie eine Verfahrensverzögerung den obenstehend erstellten Sachverhalt besser erklären oder, durch den Gewinn von weiteren Erkenntnissen, widersprechende Verfügungen verhindern könnte.

178. Aus diesem Grund wird den Antrag der Parteien zur Sistierung des vorliegenden Verfahrens abgelehnt.

A.4.11 Ausstand des Vizepräsidenten Prof. Dr. Stefan Bühler

179. Der Vizepräsident, Prof. Dr. Stefan Bühler, hat dem Präsidenten und den anderen Mitgliedern der WEKO vor der Eintrittsdebatte am 10. August 2015 seinen Entscheid mitgeteilt, in den Ausstand zu treten.

180. Nach Ansicht des Vizepräsidenten habe er sich, aufgrund des Erlasses der Vorabverfügung vom 8. August

2014 gegen die AMAG Automobil- und Motoren AG, bereits mit der konkreten Streitsache befasst. Dieser Entscheid des Vizepräsidenten wurde vom Präsidenten und den anderen Kommissionsmitgliedern zur Kenntnis genommen und anlässlich der Anhörungen am 24. August 2015 den Parteien mitgeteilt.⁴³⁴

A.4.12 Anhörung der Parteien

181. Anlässlich der Eintretensdebatte vom 10. August 2015 entschied die WEKO die Anhörungen aller Parteien durchzuführen. Am 24. August 2015 hörte die WEKO die Garage Gautschi und die Autoweibel an, am 7. September erfolgten die Anhörungen der ASAG und der City-Garage.

182. Bei den Anhörungen am 24. August 2015 sowie bei den Anhörungen am 7. September 2015 waren alle Parteien anwesend bzw. durch ihren jeweiligen Rechtsvertreter vertreten.⁴³⁵ Während den Anhörungen konnten die Parteien mündlich ihren Standpunkt darlegen. Anschliessend stellten der Präsident sowie die weiteren Mitglieder der WEKO Fragen an die Parteien. Die Anhörungen wurden sinngemäss protokolliert und gleichentags durch die Parteien unterschrieben.⁴³⁶ Inhaltlich haben die Parteien im Wesentlichen dieselben Argumente vorgetragen, die sie auch in ihren oben dargestellten schriftlichen Stellungnahmen vorgebracht haben. Auf die Vorbringen im Rahmen der Anhörungen wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

A.4.13 Anhörung der AMAG

183. Anlässlich ihrer Anhörung am 7. September 2015 beantragte die City-Garage die Anhörung der AMAG durch die WEKO.⁴³⁷ Diesem Antrag wurde stattgegeben. Die WEKO beauftragte das Sekretariat, die Anhörung der AMAG anlässlich der nächsten Plenarsitzung am 21. September 2015 zu organisieren.

⁴²⁵ Act. 343.

⁴²⁶ Idem.

⁴²⁷ Act. 401, Rz 89b; Act. 402, S. 1, 2. Antrag; Act. 403, S. 28; Act. 405, S. 22, Antrag b).

⁴²⁸ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁴²⁹ BGE 123 II 3, 3 E. 2b; 122 II 211, 217 E. 3e.

⁴³⁰ BGE 130 V 90, 95 E. 5; 127 V 228, 231 E. 2a m.w.H.

⁴³¹ BGE 119 II 386, 389 E. 1b; BVGE 2009/42, 600 E. 2.2; Urteil des BVGer A-5047/2011 vom 21.2.2012 E. 1.1; B-8243/2007 vom 20.5.2008 E. 3.1.

⁴³² BGE 135 III 127, 134 E. 3.4, 123 II 1, 3 E. 2b; 122 II 211, 217 E. 3e; BVGE 2009/42, 600 E. 2.2.

⁴³³ BGE 119 II 386, 389 E. 1b; Urteil des BGer 1B_163/2014 vom 18.7.2014, E.2.2 m.w.H.; Urteile des BVGer B-5168/2007 vom 18.10.2007, E. 2.2.1, A-7509/2006 vom 2.7.2007, E. 5.1.

⁴³⁴ Anhörungsprotokoll vom 24.8.2015 der Garage Gautschi: Act. 451, Rz 6 f.

⁴³⁵ Anhörungsprotokoll vom 24.8.2015 der Garage Gautschi: Act. 451; Anhörungsprotokoll vom 24.8.2015 der Autoweibel: Act. 452; Anhörungsprotokoll vom 7.9.2015 der ASAG: Act. 456; Anhörungsprotokoll vom 7.9.2015 der City-Garage: Act. 457.

⁴³⁶ Idem.

⁴³⁷ Act. 457, Rz 19.

184. Mit E-Mail vom gleichen Tag informierte das Sekretariat die Parteien und die AMAG darüber und forderte sie auf, bis am 9. September 2015 mitzuteilen, ob sie an der Anhörung der AMAG teilnehmen werden.⁴³⁸ Nach Rücksprache mit der AMAG bestätigte das Sekretariat den Anhörungstermin für den 21. September 2015 um 14 Uhr und teilte dies den Parteien am 8. September 2015 per E-Mail mit.⁴³⁹

185. Mit E-Mail vom 8. September 2015 gab der Rechtsvertreter der Garage Gautschi bekannt, dass er anlässlich der Anhörung der AMAG am 21. September 2015 seine Mandantin vertreten werde, aber erst gegen 14 Uhr in Bern sein könne.⁴⁴⁰

186. Der Rechtsvertreter der City-Garage teilte am 8. September 2015 per E-Mail dem Sekretariat mit, dass es ihm „aufgrund der Kurzfristigkeit der anberaumten Anhörung [...] fast unmöglich [mache] daran teilzunehmen“⁴⁴¹, da er am Montagnachmittag sechs Stunden Vorlesungen an der [...] in [...] habe und in sieben Arbeitstagen einen Ersatz zu finden ihm kaum möglich sei.⁴⁴²

187. Mit Schreiben vom 9. September 2015 gab der Rechtsvertreter der ASAG bekannt, dass er an der Anhörung der AMAG seine Mandantin vertreten werde, wies jedoch darauf hin, dass der 21. September 2015 ein offizieller Feiertag im Kanton Waadt ist. Aus diesem Grund beantragte er eine Verschiebung des Anhörungstermins auf den 5. Oktober oder 19. Oktober 2015.⁴⁴³

188. Mit E-Mail vom 9. September 2015 teilte der Rechtsvertreter der Autoweibel dem Sekretariat mit, dass er an der Anhörung vom 21. September 2015 voraussichtlich teilnehmen könne. Er müsse allerdings bestehende Termine verschieben, wobei er eine definitive Zusage für alle Verschiebungen erhalten habe.⁴⁴⁴ Er machte geltend, dass einerseits aufgrund der kurzfristigen Anberaumung des Anhörungstermins „eine sorgfältige Vorbereitung [...] nur eingeschränkt möglich wäre“, und andererseits, dass eine mögliche „Anhörung von AMAG bereits seit einem Jahr bekannt ist und mithin auch im Rechtsmittelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht thematisiert wird“⁴⁴⁵. Aus diesen Gründen ersuchte er eine Verschiebung der Anhörung um mindestens zwei Wochen.⁴⁴⁶

189. Mit Schreiben vom 10. September 2015 (am gleichen Tag vorab per E-Mail gesendet) lud das Sekretariat die Parteien zur Anhörung der AMAG am 21. September 2015 um 14:30 Uhr ein.⁴⁴⁷ Das Sekretariat wies die Parteien zudem darauf hin, dass sie die Möglichkeit hätten, anlässlich der Anhörung der AMAG Fragen zu stellen und/oder, falls sie oder bevollmächtigte Rechtsvertreter nicht anwesend sein könnten, bis am 18. September ihre Fragen an die AMAG, welche dann vom Präsidenten anlässlich der Anhörung gestellt werden könnten, einzureichen.⁴⁴⁸ Das Sekretariat erklärte zudem der ASAG, dass der Termin für die Anhörung der AMAG unter Berücksichtigung des komplexen Sitzungsplans der WEKO sowie der Verfügbarkeit der Zeugin festgelegt wurde und dass, so weit wie möglich, auch die Wünsche und Verfügbarkeiten aller Verfahrensparteien berücksichtigt wurden.⁴⁴⁹ Aufgrund der Schwierigkeiten der Terminfindung und der Tatsache, dass der Termin vom 21. September 2015 mit einem genügend langen Vorlauf von zwei Wochen bekanntgegeben wurde, konnte der von der ASAG

geltend gemachte Feiertag im Kanton Waadt „Lundi du Jeûne“ nicht berücksichtigt werden.⁴⁵⁰

190. Mit Schreiben vom gleichen Tag (vorab per E-Mail versendet) lud das Sekretariat die AMAG zur Zeugeneinvernahme im Sinne von Art. 42 Abs. 1 KG vor.⁴⁵¹ Mit E-Mail vom 10. Oktober 2015 teilte die AMAG dem Sekretariat mit, dass [Name], [...], sie an der Zeugeneinvernahme vertreten wird.⁴⁵²

191. Mit Schreiben vom 15. September 2015 beantragte die City-Garage, dass die Anhörung der AMAG am 19. Oktober 2015, eventualiter in Absprache mit den anderen Parteien, festzulegen sei und dass der City-Garage auch mitzuteilen sei, welche Personen für die AMAG angehört werden.⁴⁵³ Sie begründete den Antrag zur Verschiebung der Anhörung der AMAG insbesondere damit, dass die WEKO den Anhörungstermin einseitig mit der AMAG festgelegt habe, ohne die Verfügbarkeit der Parteien zu berücksichtigen.⁴⁵⁴ Deshalb hätte die WEKO das rechtliche Gehör der Parteien verletzt. Der Rechtsvertreter der City-Garage machte zudem geltend, dass er seine „arbeitsvertraglichen Lehrpflichten an der [...] für eine Teilnahme an der Anhörung verletzen müsste“, um an der Anhörung der AMAG am 21. September 2015 teilzunehmen.⁴⁵⁵

192. Mit E-Mail vom 16. September 2015 informierte das Sekretariat die Parteien, dass [Name, AMAG] für die AMAG anlässlich der Anhörung am 21. September 2015 aussagen werde und dass er durch die Herren Dr. Marcel Dietrich und Martin Thomann, Rechtsanwälte bei Homburger AG, begleitet werde.⁴⁵⁶

193. Mit Schreiben vom 17. September 2015 (vorab per E-Mail gesendet⁴⁵⁷) antwortete das Sekretariat der City-Garage, dass nach Rücksprache mit dem Präsidenten und in Anbetracht der Schwierigkeiten zur Terminfindung sowie der Tatsache, dass der Termin vom 21. September 2015 mit einem genügend langen Vorlauf von zwei Wochen bekanntgegeben wurde, keine Verschiebung des Termins in Betracht gezogen werde.⁴⁵⁸ Das Sekretariat teilte dem Rechtsvertreter der City-Garage erneut mit, dass falls er wegen Berufsverpflichtungen nicht anwesend sein könne, er die Möglichkeit hätte sich substituieren zu lassen oder bis am 18. September 2015 seine Fragen an die AMAG einzureichen. Das Sekretariat machte

⁴³⁸ Act. 458–462.

⁴³⁹ Act. 465.

⁴⁴⁰ Act. 463–464.

⁴⁴¹ Act. 467.

⁴⁴² Idem.

⁴⁴³ Act. 468.

⁴⁴⁴ Act. 469.

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ Act. 469.

⁴⁴⁷ Act. 471–478.

⁴⁴⁸ Idem.

⁴⁴⁹ Act. 476, S. 1.

⁴⁵⁰ Idem.

⁴⁵¹ Act. 479–480.

⁴⁵² Act. 481.

⁴⁵³ Act. 483, S. 3.

⁴⁵⁴ Act. 483, Rz. 9.

⁴⁵⁵ Idem.

⁴⁵⁶ Act. 484–487.

⁴⁵⁷ Act. 488.

⁴⁵⁸ Act. 489.

die City-Garage weiter darauf aufmerksam, dass sie den Antrag auf Anhörung der AMAG nicht bereits mit ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats oder bei der Anhörung vom 24. August 2015, sondern erst am 7. September 2015, anlässlich der Anhörung ihrer Mandantin, stellte und dass die WEKO ihrem Antrag am gleichen Tag stattgegeben hatte. Wäre der Antrag auf Anhörung der AMAG bereits früher gestellt worden, so hätte diese auch am 24. August oder 7. September 2015 stattfinden können. Dies hätte einen Effizienzgewinn für die Verfahrensökonomie und die Parteien mit sich gebracht. Das Sekretariat machte die City-Garage zudem darauf aufmerksam, dass Anhörungen der Parteien und von Dritten praxismässig möglichst am gleichen Termin oder in kurzen zeitlichen Abständen durchgeführt werden und dass im vorliegenden Fall für die Anhörung der AMAG dieser Termin unter Berücksichtigung des komplexen Sitzungsplans der WEKO sowie der Verfügbarkeit der Vertreter von AMAG festgelegt wurde und, so weit möglich, auch Terminwünsche und Verfügbarkeiten aller Verfahrensparteien berücksichtigt wurden.⁴⁵⁹

194. Mit Schreiben vom gleichen Tag gab die City-Garage durch ihren Rechtsvertreter bekannt, dass sie an der Anhörung der AMAG am 21. September 2015 nicht teilnehmen werde, da, wie schon in ihrem Schreiben vom 15. September 2015 erwähnt, ihr Rechtsvertreter an diesem Tag Vorlesungen an der [...] halten müsste.⁴⁶⁰ Die City-Garage machte erneut geltend, dass die WEKO ihr rechtliches Gehör verletze und dass «[m]it einer derart kurzfristigen Terminansetzung (Ihr Schreiben vom 10. September 2015), welche ausschliesslich (!) auf der Verfügbarkeit der AMAG beruht, [...] erneut die prozessuale Fairness und Unbefangenheit arg strapaziert [wird].⁴⁶¹ Die City-Garage brachte zudem vor, dass Sinn und Zweck der Anhörung in Frage gestellt werden, da [Name, AMAG] als Vertreter der AMAG Import keine Kenntnis zum Untersuchungsgegenstand und zum Retail-Markt habe und somit nicht als Auskunftsperson geeignet sei.⁴⁶² Die City-Garage erneuerte dennoch ihren Antrag auf Anhörung der AMAG, dass die WEKO aber sicherstellen müsse, „dass die Anhörung sowie Ergänzungsfragen der Verfahrensparteien nicht zu Retorsionsmassnahmen der AMAG führen“.⁴⁶³

195. Mit Schreiben vom 17. September 2015 (vorab per E-Mail versendet⁴⁶⁴) machte der Rechtsvertreter der Autoweibel geltend, dass nach den ihm vorliegenden Informationen eine Partei definitiv nicht an der Anhörung der AMAG teilnehmen könne und dass bei mindestens einer weiteren Partei die Teilnahme unsicher sei.⁴⁶⁵ Es sei daher davon auszugehen, dass mit der Beweiserhebung im Rahmen der Anhörung der AMAG keine verwertbaren Beweise erhoben werden könnten und dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs und die Notwendigkeit der Wiederholung der Beweiserhebung bereits absehbar seien. Aus diesen Gründen beantragte die Autoweibel die Absage der Anhörung der AMAG, und die neue Ansetzung der Anhörung an einem unter vorgängiger Rücksprache mit sämtlichen Parteien festzulegenden Termin.⁴⁶⁶

196. Das Sekretariat teilte dem Rechtsvertreter der Autoweibel mit Schreiben vom 18. September 2015 (vorab per E-Mail versendet⁴⁶⁷) mit, dass nach den ihm vorliegenden Informationen von den anderen drei Verfahrensparteien zwei an der Anhörung der AMAG am 21. September 2015

teilnehmen bzw. vertreten seien und dass aus beruflichen Gründen nur der Rechtsanwalt einer Partei nicht teilnehmen könne, diesem aber die Möglichkeit offenstehe, sich substituieren zu lassen oder innert der gesetzten Frist seine Fragen für die Anhörung der AMAG einzureichen.⁴⁶⁸ Das Sekretariat erklärte dem Rechtsvertreter der Autoweibel, ebenso wie der City-Garage (Rz 193), aus welchen Gründen der Anhörungstermin auf den 21. September 2015 festgelegt wurde und wies zudem die Autoweibel darauf hin, dass sie mit ihrer E-Mail vom 9. September 2015 ihre voraussichtliche Teilnahme an der Anhörung mitgeteilt hätte und dass sie in ihrem Schreiben vom 17. September 2015 keinen Grund für eine Verhinderung an der Teilnahme der Anhörung geltend machte. Aus diesen Gründen ging die WEKO davon aus, dass die Autoweibel an der Anhörung der AMAG teilnehmen werden könne.⁴⁶⁹

197. Mit Schreiben vom 18. September 2015 (vorab per E-Mail gesendet⁴⁷⁰) sendete die ASAG dem Sekretariat vorgängig einige Fragen, welche der AMAG anlässlich ihrer Anhörung vom 21. September 2015 durch den Präsidenten der WEKO in anonymisierter Form gestellt werden sollten.⁴⁷¹ Die ASAG machte betreffend die Terminfestsetzung der Anhörung der AMAG geltend, dass die WEKO in Zukunft keine behördlichen bzw. amtlichen Handlungsmassnahmen an kantonalöffentlichen Feiertagen durchführen sollte und dass Art. 20 VwVG auch bei der Bestimmung von Terminen anzuwenden sei.⁴⁷²

198. Mit E-Mail vom 21. September 2015 teilte die Autoweibel dem Sekretariat mit, dass sie an der Anhörung der AMAG nicht teilnehmen könne. Sie brachte vor, dass der Anhörungstermin alleine mit Blick auf die Verfügbarkeit der Vertreter von AMAG festgelegt wurde.⁴⁷³

199. Die Anhörung der AMAG fand am 21. September 2015 um 14:55 statt.⁴⁷⁴ Von Seiten der Parteien nahm nur der Rechtsvertreter der Garage Gautschi an der Anhörung teil.⁴⁷⁵ Der AMAG wurden insbesondere Fragen betreffend die Preisführerschaft, das Flottengeschäft sowie die Geschäfte mit Netto- und Sondermodellen, welche mehrmals von den Parteien in ihren Stellungnahmen oder während ihrer Anhörungen geltend gemacht wurden, gestellt.⁴⁷⁶ Auf die Antworten von [AMAG] im Zusammenhang mit den erwähnten Themen wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

⁴⁵⁹ Idem.

⁴⁶⁰ Act. 490.

⁴⁶¹ Idem.

⁴⁶² Act. 490, Rz 7 ff.

⁴⁶³ Act. 490, Rz 12a.

⁴⁶⁴ Act. 491.

⁴⁶⁵ Act. 492.

⁴⁶⁶ Idem.

⁴⁶⁷ Act. 493.

⁴⁶⁸ Act. 494.

⁴⁶⁹ Idem.

⁴⁷⁰ Act. 495.

⁴⁷¹ Act. 496, Beilage 1.

⁴⁷² Act. 496.

⁴⁷³ Act. 497.

⁴⁷⁴ Vgl. Anhörungsprotokoll vom 21.09.2015 von [Name], [...] der AMAG: Act. 498, S. 1.

⁴⁷⁵ Idem.

⁴⁷⁶ Act. 498, Rz 43 ff.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

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

201. Der Unternehmensbegriff des KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einer funktionalen, ökonomischen Betrachtungsweise aus.⁴⁷⁷ Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen und Verfügungsadressat gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.⁴⁷⁸

202. Bei den Untersuchungsadressaten (siehe A.2) handelt es sich jeweils um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

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

204. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.⁴⁷⁹

205. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert (siehe unten B.4.2 und B.4.3). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

206. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden. Es werden in dieser Hinsicht auch keinerlei Einwendungen erhoben.

B.2 Parteien/Verfügungsadressaten

207. Im Kartellgesetz besteht, wie erwähnt, die Besonderheit, dass dieses nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG auf Unternehmen anwendbar ist, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz statuiert hingegen keine eigene Definition der Partei- und Prozessfähigkeit und weicht mithin nicht von der übrigen Rechtsordnung, insbesondere dem Verwaltungsverfahrensgesetz, ab.

208. Gemäss Art. 6 VwVG (i.V.m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

209. Voraussetzungen der Parteistellung sind zunächst die Partei- und die Prozessfähigkeit.⁴⁸⁰ Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt die Partei- und Prozessfähigkeit nicht. Diese richten sich vielmehr nach dem Zivilrecht. Die Parteifähigkeit stellt die Fähigkeit dar, im Verfahren unter eigenem Namen als Partei aufzutreten; parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Rechtsfähig sind die natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts. Die Prozessfähigkeit ist die rechtliche Befugnis, in eigenem Namen oder als Vertreter im Verfahren rechtswirksam zu handeln. Sie ist dann gegeben, wenn die parteifähige Person auch handlungsfähig ist.⁴⁸¹ Die Handlungsfähigkeit beurteilt sich nach Art. 17 f. ZGB⁴⁸².

210. Parteistellung kommt in erster Linie derjenigen Person zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Diese wird auch als materielle Verfügungsadressatin bezeichnet.⁴⁸³

211. Auch wenn das Kartellgesetz nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform seinem Geltungsbereich unterstellt, ändert dies nichts daran, dass nur ein Subjekt mit Rechtspersönlichkeit Träger von Rechten und Pflichten und damit Verfügungsadressat sein kann. Dies hat zur Folge, dass in einem Kartellverfahren das Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes und der Adressat einer Verfügung auseinanderfallen können.⁴⁸⁴

⁴⁷⁷ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 533 f., Ziff. 222.1; JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 9; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 2 KG N 22.

⁴⁷⁸ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f.; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 2.4, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 f. E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; siehe dazu noch RPW 2012/2, 379, Rz 892, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2004/2, 419, Rz 58, *Swisscom ADSL*. Vgl. auch BSK KG-LEHNE (Fn 477), Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341.

⁴⁷⁹ 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*.

⁴⁸⁰ Vgl. Urteil des BVGer E-7337/2006 vom 11.2.2008, E. 3.2.

⁴⁸¹ Vgl. Urteil des BGer 2C_303/2010 vom 24.10.2011, E. 2.3.

⁴⁸² Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

⁴⁸³ Vgl. Urteil des BGer 9C_918/2009 vom 24.12.2009, E. 4.3.1; ISABELLE HÄNER, in: VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 6 VwVG N 5; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, 1983, 148.

⁴⁸⁴ Vgl. BSK KG-LEHNE (Fn 477), Art. 2 KG N 21.

212. Soweit vorliegend ein Konzern bzw. eine konzernähnliche „wirtschaftliche Gesamtheit“ verfahrensbeteiligt ist, ist zu berücksichtigen, dass diesem weder Rechts- noch Handlungsfähigkeit zukommt.⁴⁸⁵ Da diese Unternehmen somit mangels Partei- und Prozessfähigkeit nicht Verfügungsadressaten sein können, ist im Einzelfall zu prüfen, an welche Rechtsträger beziehungsweise an welche juristisch selbständigen Konzerngesellschaften eine Verfügung zu eröffnen ist.⁴⁸⁶ Wird etwa eine kartellrechtsrelevante Verhaltensweise durch eine abhängige Konzerngesellschaft (Tochtergesellschaft) ausgeübt, werden aber die der Verhaltensweise zugrunde liegenden strategischen Entscheide auf der Ebene der herrschenden Konzerngesellschaft (Muttergesellschaft), das heisst von der Konzernleitung gefällt, sind nach der Praxis der WEKO beide Gesellschaften als Verfügungsadressatinnen zu betrachten.⁴⁸⁷ Die Praxis der WEKO behandelt dabei die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin und die Tochtergesellschaft als formelle Verfügungsadressatin.⁴⁸⁸ Entsprechendes muss auch bei den anderen, als ein einziges Unternehmen erfassten wirtschaftlichen Gesamtheiten gelten. In seinem jüngsten Urteil *Swisscom ADSL* hat das BVGer jedoch festgehalten, dass eine „Differenzierung zwischen formalen und materiellen Verfügungsadressaten [...] nicht erforderlich [ist], weil mehrere als Verfügungsadressaten herangezogene Konzerngesellschaften – unabhängig davon, ob es sich um die Obergesellschaft oder sonstige Konzerngesellschaften handelt – in gleicher Weise als Repräsentanten des Konzerns zu qualifizieren sind [...]“⁴⁸⁹.

213. Wenig Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung der jeweiligen materiellen Verfügungsadressatin, soweit kein Konzernverhältnis vorliegt. Offenkundig nicht Teil eines Konzerns sind Autoweibel und die City-Garage, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet bzw. ausgedehnt wurde. Entsprechend werden diese Gesellschaften gemäss Praxis der WEKO als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet.

214. Bei der Garage Gautschi liegt ein Konzernverhältnis vor, da diese der Garage Gautschi AG in Langenthal und der Auto Gautschi AG in Lyssach gehören (siehe Rz 3). Zu beachten ist aber, dass [Garage Gautschi] gleichzeitig einziges Vorstandsmitglied der Garage Gautschi mit Einzelunterschrift⁴⁹⁰ sowie auch [...] der beiden Tochtergesellschaften.⁴⁹¹ Vor diesem Hintergrund wird die Garage Gautschi als materielle Verfügungsadressatin betrachtet.

215. Die ASAG gehört zu 100 % zur Fritz Meyer Holding AG, ein Konzern mit Sitz in Basel, der in den folgenden drei Geschäftsbereichen (Sparten) tätig ist: Auto (durch die ASAG), Handel (durch die 100-prozentige Tochtergesellschaften Fritz Mayer AG, AVIA Distribution SA und E. Schenk AG) und Dienstleistungen (durch die 100-prozentige Tochtergesellschaft Bafima AG).⁴⁹² [...] ⁴⁹³ [...] ⁴⁹⁴ [...]. Aus diesen Gründen wird die ASAG als materielle Verfügungsadressatin betrachtet.

216. Die AMAG ist keine Partei im vorliegenden Verfahren im Sinne von Art. 6 VwVG. Ihre rechtliche und tatsächliche Situation wurde durch die Genehmigung der EVR vom 16. April 2014 im Rahmen der Vorabverfügung geregelt (siehe Rz 5, 110 und 113). Mit dieser Vorabver-

fügung wurde somit die Untersuchung gegenüber die AMAG abgeschlossen und gemäss Art. 49a Abs. 2 KG auf eine Sanktion verzichtet.

217. In der Vorabverfügung wurde erwogen, dass die AMAG – gemäss eigener Selbstanzeige – an der Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe von Erst-Offerten für Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns teilgenommen hat, also an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG.⁴⁹⁵ Die Frage, ob das Verhalten der AMAG als unzulässig nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zu erachten wäre, wurde hingegen im Rahmen der Vorabverfügung offen gelassen.⁴⁹⁶ Die folgenden Feststellungen im vorliegenden Antrag betreffend das Verhalten der Parteien gelten daher auch als rechtliche Beurteilung des Verhaltens der AMAG nach Art. 5 KG und als Antwort zur oben erwähnten offen gelassenen Frage. Die rechtliche und tatsächliche Situation der AMAG wird aber mit der vorliegenden Verfügung nicht berührt, da ihre Rechte und Pflichten mit der Vorabverfügung durch die Genehmigung der EVR geregelt wurden.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

218. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wett-

⁴⁸⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 68, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

⁴⁸⁶ Vgl. ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, achter Band, sechster Teilband, von Büren/Girsberger/Kramer/Sutter-Somm/Tercier/Wiegand (Hrsg.), 2. Aufl., 2005, 485; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 2.8, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

⁴⁸⁷ Vgl. RPW 2004/2, 421 Rz 67, *Swisscom ADSL*.

⁴⁸⁸ Vgl. RPW 2007/2, 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvormittlern*; bestätigt im Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigroupe SA et al./WEKO* bzw. im Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f.); nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁴⁸⁹ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 75, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

⁴⁹⁰ Handelsregister des Kantons Bern, Internet-Auszug, abrufbar unter <<http://be.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGPDF?chnr=0533014931&amt=036&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0>> (19.10.2015).

⁴⁹¹ Handelsregister des Kantons Bern, Internet-Auszug, abrufbar unter: <<http://be.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGPDF?chnr=0533008120&amt=036&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0>> (19.10.2015); <<http://be.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGPDF?chnr=0533017099&amt=036&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0>> (19.10.2015).

⁴⁹² Vgl. <www.fmhholding.ch> unter Geschäftsfelder > Struktur und Organigramm.

⁴⁹³ Vgl. Act. 83, Rz 56, 106, 115–116, 123 ff.

⁴⁹⁴ Der Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen bedarf einer kurzfristigen strategischen Entscheidungsfähigkeit und eines besonderen Dienstleistungsbewusstseins, insbesondere im Rahmen der Preis- und Rabattpolitik, [...]. In der Praxis legt die Konzernleitung hingegen die strategischen langfristigen Ziele des Konzerns fest.

⁴⁹⁵ Act. 289, S. 5, 1.–2. Lemmas.

⁴⁹⁶ Act. 289, S. 5, 3. Lemma.

bewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

220. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Bei spezifischen horizontalen Abreden, d.h. Abreden zwischen Gesellschaften, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, wird dabei die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet (Art. 5 Abs. 3 KG). Dies betrifft unter anderem Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Bst. a).

B.4.1 Vorbemerkungen

221. Wie oben aufgeführt (Rz 85), deuten die Vereinbarung von 2002 und die Passage „*Man bedenke, dass dies im 2004/2005 schon einmal erfolgreich umgesetzt wurde!*“ in der Präsentation darauf hin, dass schon in der Vergangenheit möglicherweise Absprachen über Konditionen bestanden haben. Den Wettbewerbsbehörden liegen jedoch weder für die Jahre 2002 und 2004/2005 noch für die übrigen Jahre bis 2013 konkrete Elemente vor, welche Wettbewerbsabreden über Preise und/oder Rabatte zwischen denselben Unternehmen beweisen würden. Gegenstand der vorliegenden wettbewerbsrechtlichen Analyse ist somit einzig das Verhalten der Parteien bezüglich des „Projekt Repo 2013“.

B.4.2 Wettbewerbsabrede

222. 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).

223. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen (B.4.2.1) und die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung (B.4.2.2).⁴⁹⁷

B.4.2.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

224. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,⁴⁹⁸ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁴⁹⁹. Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und

die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.⁵⁰⁰ Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.⁵⁰¹

225. Die nachfolgenden Erörterungen beschränken sich auf Vereinbarungen, da in vorliegender Untersuchung die Tatbestandsvariante der abgestimmten Verhaltensweisen nicht von Relevanz ist. 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 Weiterem sind Übereinkünfte von Gesellschaften zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen;⁵⁰² 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 Abredeteilnehmern erzwingbar sein soll oder nicht.

226. Die Parteien und die AMAG (durch die Abteilung AMAG RETAIL, vgl. Rz 6) sind als Unternehmen auf der gleichen Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich des Verkaufs von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns.

227. Durch die Erstellung einer einheitlichen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns (A.3.3) haben die Parteien und die AMAG eine gemeinsame Rabattpolitik vereinbart. Um die Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens durch eine möglichst grosse Zahl autorisierter Händler der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz sicherzustellen, haben die Parteien und die AMAG zudem gemeinsam die Durchführung regionaler Stammtische im Rahmen des VPVW geplant und durchgeführt. Während dieser Anlässe wurde die vereinbarte Rabattpolitik den Teilnehmern mittels einer Präsentation mitgeteilt (A.3.4). Aufgrund der vorliegenden

⁴⁹⁷ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*; RPW 2012/3, 540 Rz 97, BMW; RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Vgl. auch THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 67.

⁴⁹⁸ Vgl. BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 737 E. 6.3) *Buchpreisbindung*; RPW 2010/4, 659 f. Rz 96 ff., *Hors-Liste*; RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

⁴⁹⁹ BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 737 E. 6.3) *Buchpreisbindung*. Vgl. auch BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

⁵⁰⁰ 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*. Vgl. auch BBI 1995 I 468, 545, Ziff. 224.1; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 79, 81. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2013, Art. 4 KG N 21 f.

⁵⁰¹ 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*.

⁵⁰² BSK-KG NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 94, m.w.H.

Korrespondenz betreffend das „Projekt Repo 2013“, des Inhalts der vereinbarten Konditionenliste sowie der von ihnen gehaltenen Präsentation ist festzuhalten, dass die betroffenen Unternehmen eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die gemeinsame indirekte Festsetzung des Verkaufspreises respektive einen Verzicht auf abweichende Konkurrenzangebote getroffen haben.

Preisführerschaft

228. Nach Ansicht der Autoweibel und der City-Garage schliesse die Preisführerschaft der AMAG von vornherein eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG aus.⁵⁰³

229. Eine Preisführerschaft liegt vor, wenn andere Unternehmen dem Preisführer bezüglich der Preise ohne Abstimmung folgen. Preisführerschaft wird etwa damit erklärt, dass der Preisführer am wirtschaftlichsten produziert und seine Preise so angesetzt hat, dass die anderen Unternehmen gerade noch kostendeckend verkaufen können. In einem solchen Fall kann der Preisführer seine Preise erhöhen und dabei davon ausgehen, dass seine (schwächeren) Konkurrenten aus Furcht vor einem Preiskampf folgen, das heisst es nicht wagen werden, die Preise vorerst nicht zu erhöhen, um ihm dadurch Marktanteile abzunehmen.⁵⁰⁴

230. Betreffend die Preisführerschaft ist vorliegend klarzustellen, dass zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion von verschiedenen Unternehmen für das Bezwecken oder das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben des Preisführers ein entscheidender Unterschied besteht.⁵⁰⁵

231. Anlässlich ihrer Anhörung wurde die AMAG zum Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert.⁵⁰⁶ Gemäss Aussage der AMAG orientieren sich die zugelassenen Händler der AMAG (die sog. freien Vertragspartner), aufgrund der starken Präsenz der AMAG RETAIL-Betriebe in gewissen Regionen der Schweiz, an den Konditionen oder Angeboten der AMAG RETAIL.⁵⁰⁷

232. Die Tatsache, dass die AMAG möglicherweise über Preisführerschaft verfügt, kann jedoch nicht mit dem Abschluss einer Wettbewerbsabrede im Sinne von 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. Aus dem vorliegenden Beweismaterial⁵⁰⁸ geht hingegen klar hervor, dass die Parteien und die AMAG die einzelnen Konditionen (Preisnachlässe und Ablieferungspauschale) gemeinsam abgestimmt hatten (vgl. Rz A.3.2 und A.3.3) und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten der AMAG RETAIL orientierten.

B.4.2.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

233. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

234. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.⁵⁰⁹ Die Abrede über

die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁵¹⁰

235. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.⁵¹¹ Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.⁵¹² Für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG ist es demgegenüber nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden ist und dadurch bestimmte Wirkungen im Markt ausgelöst hat.⁵¹³ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.⁵¹⁴

236. Die beruhend auf dem „Projekt Repo 2013“ angebotenen Rabatte sowie die zusätzlich verrechneten Kosten bei Erst-Offerten für Neufahrzeuge von Marken des VW-Konzerns sind objektiv geeignet, die Höhe deren Verkaufspreise für Neufahrzeuge zu beeinflussen. Die Vereinheitlichung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen führt daher zur Einschränkung des Preiswettbewerbs.⁵¹⁵

⁵⁰³ Act. 401, Rz 12 ff. und 65; Act. 402, Rz 19 ff. und 65.

⁵⁰⁴ RPW 2010/4, 689 Rz 309, *Hors-Liste Medikamente*.

⁵⁰⁵ Vgl. zum Thema: NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 108 f.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 500), Art. 4 I N 119.

⁵⁰⁶ Anhörungsprotokoll vom 21.09.2015 von [Name], [...] der AMAG: Act. 498, Rz 43 ff.

⁵⁰⁷ Act. 498, Rz 53 ff.

⁵⁰⁸ Act. 2–37.

⁵⁰⁹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.

⁵¹⁰ 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*. Vgl. auch BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 N 63.

⁵¹¹ Urteile des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*; statt anderer auch RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

⁵¹² 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 497), Art. 4 Abs. 1 N 69.

⁵¹³ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*; vgl. auch Urteile des BVGer vom 23.9.2013 B-8399/2010, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*, B-8430/2010, E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*.

⁵¹⁴ 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*; vgl. auch Urteile des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 71.

⁵¹⁵ RPW 2000/3, 358 Rz 90, *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*; RPW 2001/1, 69 Rz 28, *Jahres-Umsatz-Prämien und Konzernabschluss in Printmedien*; RPW 2001/2, 242 Rz 18, *Vertrieb von Werbematerialien*. Vgl. auch KOMM, ABl. 1971 L 10/15, 18-20 Erw. 2, *Rabattbeschluss der Interessengemeinschaft der deutschen keramischen Wand- und Bodenfliesenwerke*; KOMM, ABl. 1974 L 160/1 ff. *IFTRA-Aluminium*; KOMM, ABl. 1975 L 159/22, 24, *Kachelhandel*; KOMM, ABl. 1983 L 200/44 Rz 35, *Vimpolitu*; Urteil des EuGH vom 26.11.1975, Rs. 73-74, *Groupeement de fabricants de Papiers Peints de Belgique/Kommission*, Slg. 1975, 1491 Rz 7f.

237. Mit der Vereinbarung einer Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen und der Durchführung von Stammtischen zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik haben die Parteien und die AMAG somit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und auch begonnen diese umzusetzen.

B.4.2.3 Fazit

238. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Parteien und die AMAG, welche auf gleicher Marktstufe stehen, bewusst und gewollt zusammenwirkten und damit eine Wettbewerbsbeschränkung mindestens bezweckten. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 KG sind somit erfüllt und es liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne dieser Bestimmung vor.

B.4.3 Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG

239. Liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 KG vor, bleibt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 KG unzulässig ist.

240. Art. 5 Abs. 1 KG sieht vor, dass Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig sind.

241. Für die Feststellung der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede ist primär die Intensität ihrer Wettbewerbsbeschränkung entscheidend.⁵¹⁶ Diese muss entweder zur Beseitigung oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen.

B.4.4 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

242. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Vermutungsfolge) bei folgenden Wettbewerbsabreden (Vermutungsbasis) vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, wie dies vorliegend der Fall ist⁵¹⁷:

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

B.4.4.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

243. Um beurteilen zu können, ob eine Preisabrede besteht, ist auf den Inhalt der Abrede abzustellen.⁵¹⁸ Jede Art des Festsetzens von Preisen, Preiselementen oder Preiskomponenten beseitigt vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb. Unter diese Vermutung fällt nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen. Insgesamt wird somit der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG weit ausgelegt und umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis

auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten.⁵¹⁹ Erforderlich ist jedoch, dass es sich um wesentliche Preiselemente oder -komponenten handelt.⁵²⁰ Werden lediglich unbedeutende Preisbestandteile, d.h. solche, die keine bedeutenden Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb haben, festgelegt, so fällt dieser Sachverhalt nicht unter den Vermutungstatbestand.⁵²¹

244. Gegenstand der zuvor dargestellten Wettbewerbsabrede ist die Festsetzung einheitlicher maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen, welche nicht als unbedeutende Preisbestandteile bezeichnet werden können. Eine solche Wettbewerbsabrede ist gemäss Praxis der WEKO,⁵²² Rechtsprechung⁵²³ und Lehre⁵²⁴ unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren. Dementsprechend greift vorliegend die Vermutungsfolge und es ist die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten.

B.4.4.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

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

246. Die Beweisführungslast dafür liegt grundsätzlich bei der WEKO, da im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Die WEKO hat den massgeblichen Sachverhalt entsprechend auch hinsichtlich der Frage, ob trotz der Abrede noch ein wirksamer Wettbewerb besteht, von Amtes wegen zu ermitteln. Die Parteien trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht. Zur Erfüllung dieser Mitwirkungspflicht haben die beteiligten Unternehmen einen erheblichen,

⁵¹⁶ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 3; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Handkommentar Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 5 N 1.

⁵¹⁷ Siehe dazu Rz 226.

⁵¹⁸ LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 2012, N 649.

⁵¹⁹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.4.11, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.4.22, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*. Vgl. auch JÜRGEN BORER, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., 2011, Art. 5 KG N 4; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 N 374 und 375.

⁵²⁰ BBI 1995 I 468, 567.

⁵²¹ Urteile des BVGer vom 23.9.2013 B-8399/2010, E. 5.4.22, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*, B-8430/2010, E. 6.4.11, *Paul Koch AG/WEKO*. Vgl. auch BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 N 383.

⁵²² RPW 2000/3, 358 Rz 90, *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*; RPW 2001/1, 69 Rz 28, *Jahres-Umsatz-Prämien und Konzernabschluss in Printmedien*; RPW 2001/2, 242 Rz 18, *Vertrieb von Werbematerialien*.

⁵²³ BGE 129 II 18, 31, E. 6.5.5 (= RPW 2002/4, 742, E. 6.5.5), *Buchpreisbindung*.

⁵²⁴ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 410; CR Concurrence-AMSTUTZ/ CARRON/REINERT (Fn 500), Art. 5 KG N 437-438. Vgl. auch HERMANN-JOSEF BUNTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, 11. Auflage, 2010, Art. 81 N 103.

wenn nicht sogar den entscheidenden Beitrag zur Widerlegung der Vermutung zu leisten. Dies, weil die dazu notwendigen Tatsachen unter Umständen die internen Unternehmensverhältnisse tangieren oder zumindest Sachkenntnisse über die Verhältnisse auf dem relevanten Markt erfordern.⁵²⁵ Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, bleibt es dabei, dass die gesetzliche Vermutung greift und gestützt auf diese von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen ist. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt.⁵²⁶

247. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzlich vermutete Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die Abreden auswirken (nachfolgend B.4.4.2.1). In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz dem Vorliegen von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potentielle Aussensowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag (nachfolgend B.4.4.2.2 und B.4.4.2.3). Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist (nachfolgend B.4.5).

B.4.4.2.1 Relevanter Markt

248. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁵²⁷

a. Sachlich relevanter Markt

249. 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 VKU⁵²⁸, der hier analog anzuwenden ist).⁵²⁹

250. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁵³⁰ 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.⁵³¹ 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.⁵³² Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁵³³

251. Vorliegender Untersuchungsgegenstand ist die Abrede über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen bei Erst-Offerten für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns (siehe B.4.2). Marktgegenseite für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns (VW PW, VW NF, Audi, Seat und Sköda) auf der Absatzseite sind die Endkunden. Demnach sind die Präferenzen

und das Verhalten der Endkunden Ausgangspunkt der nachfolgenden Marktdefinition.

252. Grundsätzlich kann nicht von einem sachlich relevanten Markt für Personenwagen ausgegangen werden, sondern ist dieser Markt weiter zu segmentieren. Dies vor allem deshalb, weil aus Sicht des Nachfragers nicht alle Personenwagen als Substitute betrachtet werden können. So deckt z.B. ein „Microwagen“ aufgrund seiner Eigenschaften nicht dieselben Bedürfnisse wie ein Fahrzeug der „Unteren Mittelklasse“.

253. Eine Unterteilung in Segmente, auch Klassen genannt, ist in der Branche üblich und so unterteilt die Vereinigung Schweizer Automobil-Importeure (nachfolgend: auto schweiz) die Personenwagen in die folgenden Klassen: „Microwagen“, „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“.⁵³⁴ Die Zuordnung einzelner Modelle in die jeweilige Klasse basiert unter anderem auf Fahrzeugabmessungen, Motorisierung und auch dem Preis und ist grundsätzlich in der Automobilbranche anerkannt.

Praxis der Europäischen Kommission: Segmentierung

254. Auch in der Praxis der Europäischen Kommission wird eine Segmentierung vorgenommen. In ihrem Bericht über die Fahrzeugpreise unterscheidet sie nach folgenden Segmenten oder Klassen: A „Kleinstwagen“, B „Kleinwagen“, C „Kompaktklasse“, D „Mittelklasse“, E „Oberklasse“, F „Luxusklasse“ und G „Mehrzweck/Sportwagen“.⁵³⁵ Bezüglich der exakten Zuordnung einzelner Modelle in zwei benachbarte Segmente besteht eine gewisse Unschärfe, da diese unter anderem auf Fahrzeugabmessungen, Motorisierung, Prestige, Ausstattung und auch dem Preis basiert. Grundsätzlich sind die Existenz dieser Segmente und die Zuordnung der Fahrzeuge in der Automobilbranche aber anerkannt.

⁵²⁵ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

⁵²⁶ Siehe in diesem Sinne BGE 129 II 18 E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.1), *Buchpreisbindung*, sowie das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

⁵²⁷ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.H.w. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵²⁸ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁵²⁹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵³⁰ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵³¹ 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*.

⁵³² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵³³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵³⁴ Vgl. <www.auto-schweiz.ch> unter Statistiken > Autoverkäufe nach Klassen.

⁵³⁵ Autopreise in der europäischen Union, S. 5, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/prices/2011_07_full.pdf> (19.10.2015).

255. In verschiedenen Entscheidungen betreffend den Vertrieb von Automobilen hat die Kommission sich bei der Abgrenzung des relevanten Markts an dieser Segmentierung orientiert.⁵³⁶ Im Entscheid Mercedes Benz hat die Kommission folgendermassen argumentiert:

„Als weitester sachlich relevanter Markt könnte der Markt für sämtliche Personenkraftfahrzeuge zugrunde gelegt werden. Der relevante Markt würde hierbei von den Kleinstwagen über die Luxusklasse bis zu den Sportwagen reichen. Dem kann nicht gefolgt werden. Es liegt auf der Hand, dass aus Nachfragersicht beispielsweise Kleinstwagen mit Fahrzeugen der Mittelklasse oder der Luxusklasse nicht gegeneinander austauschbar sind: Aus der Sicht der Nachfrager (Privatkundschaft, kommerzielle Personenwagennutzer) sind die den verschiedenen Segmenten zugeordneten Fahrzeuge nicht gegeneinander austauschbar, wenn auf die für die Wahl eines bestimmten Fahrzeugs massgeblichen Eigenschaften abgestellt wird. Die charakteristischen Eigenschaften eines Kleinstwagens sind seine geringe äussere Abmessung, sein kleiner Motor, sein relativ niedriger Anschaffungspreis, sein geringer Prestigewert und die Tatsache, dass viele dieser Fahrzeuge als Zweitwagen oder für den Kurzstreckenverkehr angeschafft werden. Kleinwagen sind demgegenüber grösser, ihre Motorisierung ist stärker und ihr Anschaffungspreis sowie Fahrkomfort ist höher. Für die nächsthöheren Klassen gilt dies jeweils entsprechend. So werden etwa Fahrzeuge der Ober- oder Luxusklasse überwiegend von Fahrern erworben, die Vielfahrer sind und lange Strecken auf bequeme Art zurücklegen wollen. Preis, Prestigewert und Komfort dieser Fahrzeuge sind durchwegs höher als bei den Fahrzeugen der darunterliegenden Klassen. Sportwagen, gleich ob Coupé oder Cabriolet, unterscheiden sich von den Personenwagen in erster Linie durch das sportliche Design ihrer Karosserie sowie durch die Tatsache, dass sie nur zwei Türen haben. Aus der Sicht der Nachfrager ist daher der gesamte Personenwagenmarkt nicht der sachlich relevante Markt.“⁵³⁷

256. Die Kommission traf im besagten Verfahren gegen Mercedes Benz allerdings keine abschliessende Entscheidung darüber, welche exakte Segmentierung der sachlichen Marktabgrenzung zugrunde zu legen ist. Sie hat dies unter anderem damit begründet, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht nur bei einem Abstellen auf die Marktstellung von Mercedes Benz in den einzelnen Segmenten spürbar war, sondern auch dann, wenn berücksichtigt wurde, dass es zwischen jedem relevanten Segment und einem oder beiden Nachbarsegmenten Wettbewerbsbeziehungen gibt oder die relevanten Segmente sogar mit den beiden Nachbarsegmenten zu einem sachlich relevanten Markt zusammengefasst würden.⁵³⁸

257. Die Generaldirektion Wettbewerb der europäischen Kommission (nachfolgend: DG-Comp) hat betreffend die Definition des relevanten Markts im Bereich des Vertriebs von neuen Kraftfahrzeugen eine Studie in Auftrag gegeben.⁵³⁹ Im Bericht zu dieser Studie wurde Folgendes festgehalten:

„The study therefore concludes that, in each geographic market analysed, i.e. a Member State, five distinct product markets are to be distinguished: subcompact (corresponding to Commission segments A and B), compact (segment C), intermediate (segment D), standard/luxury (corresponding to Commission segments E and F), sports (part of the Commission segment G). Each of these product markets in each of the Member States analysed thus constitute relevant markets. The general message, however, is that a meaningful competitive assessment of the passenger car sector cannot rely on the assumption that there is a sole relevant market in which all cars compete throughout the EU on equal basis. The level of competition on car retailing has to be assessed at a lower and more detailed level of aggregation“⁵⁴⁰

Lehre

258. Auch die Lehre orientiert sich an einer weiteren Unterteilung und schlägt eine Aufteilung bis hin zu neun Kategorien vor, wobei zu den sieben genannten Segmenten noch die sachlich relevanten Märkte für Sportwagen, Mehrzweckfahrzeuge und Geländewagen abgegrenzt werden könnten.⁵⁴¹ Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die relevanten Produktmärkte für Neufahrzeuge noch enger abzugrenzen sind. Vorliegend kann eine solche weitere Unterteilung jedoch offen gelassen werden, da dies für das Ergebnis der Untersuchung nicht von Relevanz wäre.

Praxis der Wettbewerbskommission

259. Die Wettbewerbskommission ist im Fall *BMW*⁵⁴² davon ausgegangen, dass ein allgemeiner Markt für Personenwagen weiter zu segmentieren ist. Zu diesem Zweck orientierte sie sich an den von auto-schweiz verwendeten Segmenten „Microwagen“, „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“. Sie berücksichtigte, dass die Grenzen zwischen den einzelnen Segmenten durchlässig sind. Im Fall *BMW* wurde kein Segment für „Nutzfahrzeuge“ berücksichtigt, welches Personenfahrzeuge umfasst (z.B.: VW Modell „T5“), die sowohl für Personen- als auch für Nutztransporte verwendet werden könnten.

⁵³⁶ KOMM, ABI. 2001 L59/1 Rz 10-11, *Opel*; KOMM, ABI. 2002 L 257/1, Rz 23–29, *Mercedes-Benz*; KOMM, ABI. 2006 L 173/20 Rz 4-5, *SEP und andere / Automobiles Peugeot SA*.

⁵³⁷ KOMM, ABI. 2002 L 257/1, Rz 144, *Mercedes-Benz*.

⁵³⁸ KOMM, ABI. 2002 L 257/1, Rz 149, *Mercedes-Benz*.

⁵³⁹ FRANK VERBOVEN, Quantitative Study to Define the Relevant Market in the Passenger Car Sector, 17.09.2002, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles> unter Documents.

⁵⁴⁰ VERBOVEN (Fn 539), S. 6.

⁵⁴¹ Vgl. dazu AXEL WALZ, Das Kartellrecht des Automobilvertriebs, 2005, 186 ff.: „Im Rahmen des Neufahrzeugsbereichs gelten Fahrzeuge nach ständiger Kommissionspraxis nicht als beliebig untereinander austauschbar. Eine Differenzierung erfolgt insbesondere nach den Kriterien Fahrzeuglänge, Anschaffungspreis, Motorleistung, Bauart der Karosserie und Markenimage“; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER/HIRSBRUNNER, Kommentar zum EG-Kartellrecht, 2009, Rz 6 zu Art. 3 VO 1400/2002; siehe auch MICHAEL SCHLÜEPP, Der Automobilvertrieb im europäischen und schweizerischen Kartellrecht, 2011, 27.

⁵⁴² RPW 2012/3, 561, Rz 184, *BMW* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

Fazit

260. Gestützt auf die genannten Gründe und in Übereinstimmung mit der europäischen und schweizerischen Praxis wird in der vorliegenden Untersuchung davon ausgegangen, dass der Markt für Personenwagen weiter zu segmentieren ist. Zu diesem Zweck wird von einem sachlichen Markt mit den Segmenten „Microwagen“, „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“, „Luxusklasse“ und zusätzlich „Nutzfahrzeuge“ ausgegangen. Dabei wird allerdings ausdrücklich berücksichtigt, dass die Grenzen zwischen den einzelnen Segmenten durchlässig sind.

b. Räumlich relevanter Markt

261. 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).⁵⁴³

262. Im Fall BMW, betreffend die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels im Automobilssektor, wurde der schweizerische Markt als der räumlich relevante Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen abgegrenzt.⁵⁴⁴ Eine solche Abgrenzung muss daher auch im Rahmen einer innerstaatlichen kartellrechtlichen Verhaltensweise wie im vorliegenden Fall gelten.

Fazit

Tabelle 2: *Immatrikulationen in der Schweiz im Jahr 2013 nach Klassen und die jeweiligen Marktanteile für Neufahrzeuge der VPVW Marken*⁵⁴⁷

Klasse/Segment	Gesamtmarkt	VPVW-Marken	Anteil VPVW Marken
Microwagen	16'872	3'063	18,2 %
Kleinwagen	54'017	10'817	20,0 %
Untere Mittelklasse	134'817	48'969	36,3 %
Obere Mittelklasse	63'625	18'252	28,7 %
Oberklasse	25'319	5'876	23,2 %
Luxusklasse	7'576	176	2,3 %
Nutzfahrzeuge	5'394	2'118	39,3 %

267. Aus Tabelle 2 ist ersichtlich, dass der Marktanteil für Neufahrzeuge von Marken des VW-Konzerns mit Ausnahme der „Luxusklasse“ mindestens 18 % beträgt. Besonders stark sind die VPVW-Marken in den volumenstarken Segmenten „Untere Mittelklasse“ und „Obere Mittelklasse“ mit Marktanteilen von 36 % bzw. 29 %.

263. Gestützt auf die genannten Gründe wird für die nachfolgende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse in räumlicher Hinsicht von einem schweizerischen Markt zum Vertrieb von Personenwagen, gemäss den in Rz 260 genannten Segmenten, ausgegangen.

B.4.4.2.2 Aussenwettbewerb

264. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen können.⁵⁴⁵

a. Aktueller Wettbewerb

265. Die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs erfolgt anhand der Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf den sachlich und räumlich relevanten Märkten (vgl. Rz 260 und Rz 263).

266. Die nachfolgenden Berechnungen basieren auf den öffentlich zugänglichen Statistiken von auto-schweiz⁵⁴⁶ und deren Angaben zur Zuordnung betreffender Modelle in bestimmte Klassen und für (einige) neuere auf einer Statistik des Sekretariates.

⁵⁴³ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Pu- bligroupe SA et al./WEKO*.

⁵⁴⁴ RPW 2012/3, 561 f., Rz 187 ff., *BMW* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁵⁴⁵ RPW 2009/3, 209, Rz 89, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁵⁴⁶ Siehe: <www.auto-schweiz.ch> unter Statistiken > Autoverkäufe nach Modellen > Statistik 2013.

⁵⁴⁷ Zu den VPVW-Marken zählen die Modelle der Marken Audi, VW PW und VW NF, Seat und Skoda (Rz 12).

Tabelle 3: *Immatrikulationen in der Schweiz im Jahr 2013 nach Klassen und die jeweiligen Marktanteile für Neufahrzeuge ausgewählter Konkurrenzmarken*

Klasse/Segment	BMW	Toyota	Opel	Peugeot	Ford
Microwagen	0.0 %	7.7 %	8.9 %	4.2 %	0.0 %
Kleinwagen	2.0 %	7.9 %	6.6 %	9.6 %	7.4 %
Untere Mittelklasse	7.4 %	4.0 %	5.8 %	3.3 %	3.7 %
Obere Mittelklasse	14.5 %	2.1 %	1.7 %	1.9 %	7.8 %
Oberklasse	14.7 %	1.3 %	0.0 %	0.0 %	1.0 %
Luxusklasse	12.5 %	0.0 %	0.0 %	0.0 %	0.0 %
Nutzfahrzeuge	0.0 %	0.0 %	4.6 %	3.7 %	10.6 %

268. Aus Tabelle 3 geht hervor, dass die Marktanteile der Konkurrenzmarken (mit Ausnahme des Segmentes „Luxusklasse“) erheblich niedriger sind. Dies lässt auf eine starke Positionierung der VPVW-Marken in den erwähnten Segmenten schliessen. Bei den Microwagen und Kleinwagen stellen Toyota, Opel und Peugeot wichtige Konkurrenzmarken dar, allerdings ist deren Marktanteil jeweils maximal halb so hoch wie derjenige der VPVW-Marken zusammen. Besonders stark vertreten (relativ zu den Konkurrenzmarken) sind die VPVW Produkte, wie bereits in Rz 267 erwähnt, in den beiden Segmenten „Untere Mittelklasse“ und „Obere Mittelklasse“ (Marktanteile 36 % bzw. 29 %). In diesen Segmenten haben alle Konkurrenzmarken einen Marktanteil zwischen 1.7 % und 7.8 % (mit Ausnahme des Segmentes „Obere Mittel-

klasse von BMW mit 14.5 %) und damit erreichen die Konkurrenzmarken maximal $\frac{1}{4}$ des Marktanteils der Produkte der VPVW-Marken.

269. Im Allgemeinen lassen die Marktanteile der VPVW-Marken im Vergleich zu den Konkurrenzmarken auf eine relativ starke Position dieser Produkte im Markt schliessen. Es ist dennoch auch von einem Interbrand-Wettbewerb zwischen verschiedenen Herstellern auszugehen. Die Produktpalette (fast) aller Hersteller hat in den letzten Jahren vor allem in den unteren Segmenten Lücken geschlossen. Grundsätzlich sind also alle Volumenhersteller mit Präsenz in den vier unteren Klassen (Microwagen, Kleinwagen, Untere und Obere Mittelklasse) als Konkurrenten auf dem Interbrand-Markt anzusehen.

Tabelle 4: *Anteil der Parteien und von AMAG am Verkaufsvolumen der VPVW-Marken⁵⁴⁸*

Unternehmen	AMAG	ASAG	City Garage	Garage Gautschi	Autoweibel	Kumulierte Anteile
Anteil am Gesamtvolumen der verkauften Neufahrzeuge in der Schweiz	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[55–65] %

⁵⁴⁸ Berechnungszeitraum: Januar bis April 2013. Diese Prozentzahlen sind nicht mit den Marktanteilen zu verwechseln.

Tabelle 5: Marktanteile nach Klassen für Neufahrzeuge der VPVW-Marken im Jahr 2013

Klasse	Anteil VPVW Marken	Anteil der Parteien und von AMAG ⁵⁴⁹
Microwagen	18,2 %	[...] %
Kleinwagen	20,0 %	[...] %
Untere Mittelklasse	36,3 %	[...] %
Obere Mittelklasse	28,7 %	[...] %
Oberklasse	23,2 %	[...] %
Luxusklasse	2,3 %	[...] %
Nutzfahrzeuge	39,3 %	[...] %

270. Nach vorliegenden Informationen⁵⁵⁰ und eigenen Berechnungen ist von einem gemeinsamen Anteil am Gesamtvolumen der verkauften Neufahrzeuge der VPVW-Marken der an der Abrede beteiligten Unternehmen (AMAG, ASAG, City-Garage, Autoweibel und Garage Gautschi) von [55–65] % auszugehen (vgl. obige Tabelle 4). Aus diesen Angaben lassen sich die von der Abrede betroffenen Marktanteile für die jeweiligen Klassen berechnen.⁵⁵¹ Hierbei gilt es zu beachten, dass die Angaben in Tabelle 5 auf der konservativen Annahme basieren, dass nur die Parteien und die AMAG an der Abrede teilgenommen haben. Sofern man zudem berücksichtigen würde, dass anlässlich der durchgeführten 6 Stammtische mutmasslich alle übrigen VPVW-Mitglieder (und möglicherweise weitere zugelassene Händler der Marken des VW-Konzerns) anwesend waren und von den vereinbarten Massnahmen, insbesondere der einheitlichen Konditionenliste, Kenntnis erhalten haben (vgl. Rz 227), wären die entsprechenden Marktanteile noch höher anzusetzen.

271. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen in allen Produktmärkten (Segmente/Klassen), mit Ausnahme der „Luxusklasse“, wichtige Wettbewerber darstellen und teilweise sogar einen erheblichen gemeinsamen Marktanteil aufweisen. Dies gilt insbesondere für die volumenstarken Segmente der „Unteren Mittelklasse“ und „Oberen Mittelklasse“ mit Anteilen von [...] % bzw. [...] %. Obwohl die Abredeteilnehmer auf allen relevanten Märkten über eine starke bis sehr starke Marktstellung verfügen, sind auf allen relevanten Märkten viele Wettbewerber vorhanden, die einen gewissen Druck auf die beteiligten Unternehmen ausüben. Es ist daher grundsätzlich von einem funktionierenden aktuellen Aussenwettbewerb auszugehen. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend dennoch kurz auf den potenziellen Wettbewerb eingegangen.

b. Potenzieller Wettbewerb

272. Bei den Markteintrittsbarrieren ist zu unterscheiden zwischen Unternehmen, welche bereits im Automobilsektor tätig sind und lediglich einen neuen geografischen Markt bzw. ein weiteres Segment erschliessen, und solchen, welche neu mit der Produktion von Fahrzeugen beginnen.

273. Für Unternehmen, die noch nicht im Automobilsektor tätig sind, gestaltet sich ein Markteintritt allgemein schwierig, dies aus folgenden Gründen:

274. Bei Fahrzeugen handelt es sich um hoch technologische Produkte. Deren Entwicklung und Produktion erfordert ein entsprechendes Wissen und ist sehr kostenintensiv. Hinzu kommen u.a. Investitionen in den Aufbau einer Marke und die Entwicklung eines Designs.

275. Für Hersteller, die bereits in anderen geografischen Märkten oder in anderen Segmenten tätig sind, die Markteintrittsbarrieren als eher gering einzustufen. Die wichtigste Voraussetzung für einen Eintritt in einen anderen geografischen Markt ist der Zugang zu einem Vertriebsnetz.

276. Seit den neunziger Jahren sind verschiedene neue Marken (z.B. Kia und Hyundai) erfolgreich in den europäischen und in den schweizerischen Markt neu eingetreten. In den letzten Jahren ist zudem ein weiterer Wettbewerber, Tesla Motors, hinzugekommen, welcher im Segment der „Oberklasse“ Fahrzeuge mit Elektroantrieb vertreibt.

277. Nachdem der koreanische Automobilhersteller SsangYong Motor Company in der Schweiz anfänglich mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hatte, wurde dessen Kontrolle im Frühling 2011 durch die indische Gruppe Mahindra & Mahindra Ltd. übernommen. Zeitgleich wurde ein neues Modell der Marke SsangYong lanciert.

278. Die Tatsache, dass Automobilhersteller aus anderen geografischen Märkten in den letzten Jahren in der Schweiz Fuss gefasst haben, zeigt, dass es für diese Hersteller zumindest keine unüberwindbaren Markteintrittsbarrieren gibt. Für Unternehmen, die hingegen noch nicht im Automobilsektor tätig sind, dürfte ein Markteintritt auf jeden Fall mit hohen Investitionen verbunden sein.

⁵⁴⁹ Als Abredeteilnehmer sind hier gemeint die Unternehmen AMAG, ASAG, City-Garage, Autoweibel und Garage Gautschi.

⁵⁵⁰ Eingabe vom 11.7.2014 der AMAG: Act. 277, S. 2 und Beilage 4.

⁵⁵¹ Die Berechnung erfolgt unter der vereinfachenden Annahme, dass sich die Aktivitäten der Abredeteilnehmer entsprechend des durchschnittlichen Marktanteils der VPVW-Marken verteilen.

279. Potentieller Wettbewerb ist allenfalls auch von Händlern zu erwarten, welche planen neu in den Verkauf von Personenfahrzeugen der Marken des VW-Konzerns einzusteigen. Bei diesen ist sicher zwischen neuen offiziellen Konzessionären, neuen unabhängigen Händlern und Händlern mit (neuem) Mehrmarkenbetrieb zu unterscheiden. Erstere wären sicher über den VPVW in die Abrede eingebunden worden. Neue unabhängige Händler, insbesondere dann, wenn sie zusätzlich planen sich im Parallelhandel zu betätigen, stellen potentielle Wettbewerber dar. Händler mit (neuem) Mehrmarkenbetrieb können ebenfalls potentielle Wettbewerber darstellen.

280. Aufgrund der Tatsache, dass das Händlernetz in der Schweiz bereits sehr dicht ist und hier von einem gesättigten Markt⁵⁵² auszugehen ist, bestehen zwar keine unüberwindbaren Markteintrittsbarrieren auch für die Händler, allerdings dürften diese aufgrund des bereits aufgeteilten Marktes eine Investition genau prüfen.

Fazit

281. Die Analyse des aktuellen und potentiellen Aussenwettbewerbs hat gezeigt, dass in allen untersuchten Segmenten, obwohl die Abredeteilnehmer über sehr hohe gemeinsame Marktanteile verfügen, davon auszugehen ist, dass eine Vielzahl von aktuellen und potentiellen Wettbewerbern vorhanden ist.

B.4.4.2.3 Innenwettbewerb

282. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Abreden verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter⁵⁵³ besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

283. Ziel der Organisation der regionalen Stammtische des VPVW, der Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste und der Durchführung der Präsentation war die Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens durch sämtliche zugelassene Händler der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz, zumindest diejenigen die an den betroffenen Stammtischen anwesend waren. Wie einzelnen Passagen der Präsentation entnommen werden kann (siehe Rz 76 f.), hatten sich alle zugelassenen Händler der Marken des VW-Konzerns „*zwingend*“ und „*ohne Ausnahmen*“ an die in der Präsentation beschriebene Offertdarstellung und an die vereinbarten Konditionen zu halten. Selbst unter der konservativen Annahme, dass nur die Parteien und die AMAG an der Abrede teilgenommen haben, ist von einem erheblichen Teil der Produktemärkte ohne wirksamen Innenwettbewerb auszugehen (vgl. Rz 270 f.).

284. Anzeichen für andere signifikante Wettbewerbsparameter als den Preis haben sich nicht ergeben oder sind nicht so bedeutend wie der im vorliegenden Fall abgesprochene Wettbewerbsparameter.⁵⁵⁴ Neben dem Preis sind auch Qualitätselemente wie z.B. die kurzfristige Lieferung, die Wartungs- und Instandsetzungsleistungen, die Betreuung, die Kulanz oder die Ausstattungen für einen

Kunden wichtig. Der Markt und der Importeur (AMAG IMPORT) drängen darauf, hohe und gleiche „Qualitätsvoraussetzungen“ der zugelassenen Händler der Marken des VW-Konzerns zu erreichen. Die zugelassenen Händler bieten daher grundsätzlich homogene und standardisierte Dienstleistungen an und es besteht wenig Spielraum für Differenzierung, womit der Wettbewerb grossmehrheitlich auf dem Parameter Preis stattfindet.

285. Nach Ansicht der ASAG spiele der Wert eines Eintauschfahrzeuges bei der Preisverhandlung und Preisfestlegung des Endverkaufspreises bei mindestens 80 % aller Neuwagengeschäfte eine sehr grosse Rolle.⁵⁵⁵ Auch bei der ASAG selbst seien unterschiedliche Eintauschpreise offeriert worden.⁵⁵⁶ Die Rückkaufbedingungen seien von Händler zu Händler sehr unterschiedlich und aus diesen Grund bestehe ein starker Innenwettbewerb.⁵⁵⁷

286. Gemäss Aussage der AMAG verhandelt der Händler im klassischen Fall mit dem Kunden nur über den Preis eines neuen Kraftfahrzeugs.⁵⁵⁸ Der Eintauschpreis kann aber eine grosse Rolle spielen, wenn der Kunde verlangt, dass der Händler einen Gebrauchtwagen zurücknehmen soll. Bei solchen Fällen hat der Händler einen grossen Spielraum und kann entscheiden, ob er mehr Gewinn mit dem Gebrauchtwagen oder mit dem neuen Fahrzeug erzielen will. Tatsächlich hat er die Möglichkeit, den Eintauschpreis des Eintauschfahrzeuges zu erhöhen und weniger Rabatt zu gewähren oder umgekehrt.⁵⁵⁹ Aus dem E-Mailaustausch vom 23. und 24. Januar 2013 geht hervor, dass die Parteien und die AMAG mögliche unterschiedliche Eintauschpreise in Betracht gezogen hatten. Sie waren sich diesbezüglich bewusst und nahmen an, dass sie „*mit diesem Restrisiko der Überzahlung des Eintausches müssen [...] leben können*“⁵⁶⁰. Wichtig war, „*dass wirklich alle Offerten bei allen Händlern separiert dargestellt werden und selbstverständlich auch ohne grosse Vermischung mit dem Eintauschpreis*“⁵⁶¹. Dies wurde auch so den Teilnehmern der VPVW Stammtische durch die Folien „*Offert Beispiele*“ der Präsentation dargestellt: die Offerte für das Neufahrzeug und für das Eintauschfahrzeug müssen in der Erst-Offerte wie auch in der Abschluss-Offerte immer separat ausgewiesen werden.⁵⁶²

Fazit

287. Aus dem Vorangehenden ergibt sich, dass kein ausreichender Innenwettbewerb bestand, welcher die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen vermag.

⁵⁵² Interview Morton Hannesbo, CEO AMAG, Handelszeitung vom 24.9.2014 <<http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/vor-drei-jahren-waren-wir-definitiv-zu-teuer-672090>> (19.10.2015).

⁵⁵³ BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

⁵⁵⁴ Vgl. BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

⁵⁵⁵ Act. 403, Rz 75.

⁵⁵⁶ Act. 403, Rz 76.

⁵⁵⁷ Act. 403, Rz 77 ff.

⁵⁵⁸ Act. 498, Rz 241–243.

⁵⁵⁹ Act. 498, Rz 243–252.

⁵⁶⁰ Act. 8, S. 1.

⁵⁶¹ Idem. Vgl. auch Folien 13–15 der Präsentation.

⁵⁶² Vgl. Folien 13–14, Anhang 2 und Folien 27–28, Anhang 3.

B.4.4.3 Zwischenergebnis

288. Die in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG verankerte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann daher *in casu* aufgrund des vorhandenen Aussenswettbewerbs umgestossen werden. Jedoch kann nachfolgend gezeigt werden, dass die vorliegende Abrede den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beeinträchtigt hat.

B.4.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

289. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V. m. Abs. 1 KG führt.

290. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

B.4.5.1 Erheblichkeit gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung in Sachen *Gaba* und *Gebro*

291. In Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung der Wettbewerbsbeschränkung halten die Urteile des BVGer vom 19. Dezember 2013 in Sachen *Gaba* und *Gebro* Folgendes fest:

*„Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. [3 und] 4 KG statuiert, dass solche [Abreden] vermuthungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.“*⁵⁶³

*„Da der Schweizer Gesetzgeber [...] statuiert, dass [Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG] den Wettbewerb vermuthungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen. Allerdings ist diese Abrede dadurch nicht per se verboten. Eine Rechtfertigung ist noch immer aus den in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründen möglich. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass selbst Wettbewerbsabreden, die auf den ersten Blick als erheblich beschränkend erscheinen, in Wirklichkeit die wirtschaftliche Effizienz erhöhen können.“*⁵⁶⁴

292. Dies bedeutet, dass – wenn einer der Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG greift (Kernbeschränkungen) – automatisch, d.h. ohne weitere Prüfung von qualitativen und insbesondere quantitativen Elementen, die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG als gegeben gilt. Gemäss der Rechtsprechung des BVGer in Sachen *Gaba* und *Gebro* ist in solchen Fällen lediglich noch zu prüfen,

ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

293. Für die Beurteilung des vorliegenden Falls hat dies zur Folge, dass in Bezug auf die Abrede über die Festsetzung maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen *Gaba* und *Gebro* eine unzulässige erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen würde, falls diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sachlich gerechtfertigt werden kann.

B.4.5.2 Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis

294. Vor dem Ergehen der erwähnten Rechtsprechung des BVGer beurteilte die WEKO die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei praxisgemäss sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt wurden.⁵⁶⁵ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es gemäss dieser bisherigen Praxis die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt⁵⁶⁶ – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter⁵⁶⁷ zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).⁵⁶⁸

B.4.5.3 Erheblichkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung

295. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (nachfolgend: BGer) ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter (Preis, Gebiet, Menge) betrifft und die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten.⁵⁶⁹ Das BGer hat in diesem Urteil festgehalten, es sei aufgrund der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs bei (horizontalen) Preisabsprachen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) anzunehmen, dass eine Aufhebung des Preiswettbewerbs in aller Regel

⁵⁶³ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.1.8, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 833 E. 11.1.4, *Gebro/WEKO*, Einfügungen durch die WEKO.

⁵⁶⁴ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 791 E. 11.3.4, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 834 E. 11.3.4, *Gebro/WEKO*, Einfügungen durch die WEKO.

⁵⁶⁵ RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association friburgeoise des écoles de circulation (AFEC)* bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba* bezüglich vertikaler Abreden.

⁵⁶⁶ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

⁵⁶⁷ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

⁵⁶⁸ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 230.

⁵⁶⁹ BGE 129 II 18, 24 f., E. 5.2.1 m.w.H (= RPW 2002/4, 735 f. E. 5.2.1), *Sammelrevers*.

(mindestens) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft.⁵⁷⁰

B.4.5.4 Verbotssprinzip und Missbrauchsprinzip

296. In zwei jüngeren Urteilen⁵⁷¹ hat das BVGer ausgeführt, „dass im Gegensatz zur EU, in der seit dem 1. Mai 2004 auf Wettbewerbsbeschränkungen eine Verbotsgesetzgebung mit Legalausnahme Anwendung findet, in der Schweiz statt per se-Verboten eine Missbrauchsgesetzgebung gilt [...]. Folglich hat die Vorinstanz [die WEKO] de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt jeweils von der Vorinstanz zu untersuchen sind“.

297. Die oben erwähnten Ausführungen erfordern einige Bemerkungen hinsichtlich der Qualifikation der schweizerischen Kartellgesetzgebung (Rz 313), anhand der Begriffsbestimmungen „Verbotssprinzip“ und „Missbrauchsprinzip“ (Rz 299) und eines kurzen Rechtsvergleichs zwischen den Kartellrechtssystemen der Europäischen Union (EU) und der Schweiz (Rz 300 ff. und 304 ff.).

298. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, muss die Feststellung des BVGer über die in der Schweiz geltende „Missbrauchsgesetzgebung“ und die Untersuchung der Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede auf dem Markt relativiert werden.

Begriffsbestimmungen

299. Während aufgrund des Verbotssprinzips die vom Gesetz erfassten Verhaltensweisen ex lege als unzulässig gelten, sind (wettbewerbsbeschränkende) Verhaltensweisen nach dem Missbrauchsprinzip, gemäss ihrem internationalen Begriff, nur dann unzulässig und lediglich als solche in zivilrechtlicher Hinsicht *ex nunc* nichtig, wenn ihre Unzulässigkeit durch einen behördlichen oder gerichtlichen Entscheid festgestellt worden ist.⁵⁷²

Europäisches Wettbewerbsrecht

300. In der EU gilt seit der Inkraftsetzung der neuen Verfahrensverordnung⁵⁷³ am 1. Mai 2004 das „Verbotssprinzip mit Legalausnahme“, welches das „Verbotssprinzip mit Administrativausnahme“ (sog. „Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt“⁵⁷⁴) ersetzte. Gemäss Art. 1 der Verfahrensverordnung sind nun Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV⁵⁷⁵, die nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung (von Kartellbehörden oder Gerichten) bedarf. Beziehungsweise ist bei Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung ex lege nicht verboten (Art. 2 Verfahrensverordnung). Die Vorschriften von Art. 101 AEUV sind daher direkt und unmittelbar anwendbar („self executing“). Entsprechend haben die Entscheide der Europäischen Kommission und der europäischen Gerichte sowie der nationalen Kartellbehörden und Gerichte nur eine deklaratorische und nicht konstitutive Wirkung.⁵⁷⁶

301. Bezüglich des Beweises einer Wettbewerbsbeschränkung ist nach Art. 2 Verfahrensverordnung ein

Wettbewerbsverstoss gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darzulegen und zu beweisen. Dementsprechend müssen die Behörden und die Parteien nicht nur das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV beweisen, sondern auch, dass diese Wettbewerbsbeschränkung sich spürbar („sensible“) auf die Wettbewerbsverhältnisse im betroffenen Markt auswirkt.⁵⁷⁷ Art. 101 Abs. 1 AEUV ist somit nicht anwendbar, wenn die betroffene Wettbewerbsbeschränkung keine spürbaren Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten oder den Wettbewerb hat.⁵⁷⁸ Ausgenommen vom Anwendungsbereich dieses Kartellverbots sind mit anderen Worten geringfügige bzw. unbedeutende wettbewerbs- und handelsbeschränkende Konsequenzen, das heisst sogenannte Bagatellfälle.⁵⁷⁹ Betreffend die Anforderungen dieser Spürbarkeit ist zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen zu unterscheiden:

⁵⁷⁰ BGE 129 II 18, 25, E. 5.2.2 m.w.H (= RPW 2002/4, 736 E. 5.2.2), *Sammelrevers*. Im betreffenden Fall betrug der Marktanteil rund 90 % und das BGer nahm eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs an.

⁵⁷¹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.1.3, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.1.3, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

⁵⁷² Vgl. ANDREAS HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), *Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext*, Symposium zum 70. Geburtstag von Roger Zäch (nachfolgend: HEINEMANN, *Konzeptionelle Grundlagen*), 2009, 48 f. mit weiteren Hinweisen. Vgl. auch BBI 1995 I 468, 553, Ziff. 23.

⁵⁷³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates der EU vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4.1.2003 S. 1 (nachfolgend: *Verfahrensverordnung*).

⁵⁷⁴ Nach der alten Durchführungsverordnung (Verordnung (EWG) Nr. 17 des Rates der EWG zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags, ABl. Nr. 013 vom 21.2.1962) blieb eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 81 Abs. 1 EGV (neu Art. 101 Abs. 1 AEUV) auch bei Vorliegen der Ausnahmen von Art. 81 Abs. 3 EGV (neu Art. 101 Abs. 3 AEUV) verboten, bis die EU-Kommission diese für unzulässig erklärte.

⁵⁷⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (konsolidierte Fassung), ABl. C 326 vom 9.5.2008 S. 47 (AEUV).

⁵⁷⁶ Vgl. HEINEMANN (Fn 572), *Konzeptionelle Grundlagen*, 48 f.

⁵⁷⁷ Vgl. grundlegende Rechtsprechung des EuGH: Urteil des EuGH vom 30.6.1966, C-56/65 *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, 303 f.; Urteil des EuGH vom 9.7.1969, C-5/69 *Voelk / Vervaecke*, Slg. 1969, 300; Urteil des EuGH vom 18.2.1971, C-40/70 *Sirena / Eda*, Slg. 1971, 83 Rz 13; Urteil des EuGH vom 6.5.1971, C-1/71 *Cadillon/Höss*, Slg. 1971, 356 Rz 5/6; Urteil des EuGH vom 25.11.1971, C-22/71 *Béguelin Import/SAGL Import Export*, Slg. 1971, 960 Rz 16 ff.; Urteil des EuGH vom 29.10.1980, C-209/78 *Van Landewyck/Kommission*, Slg. 1980, 3270 Rz 154.

⁵⁷⁸ Urteil des EuGH vom 13.12.2012 C-226/11 *Expedia*, Rz 16 f m.w.H.

⁵⁷⁹ Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. C 291 vom 30.8.2014 S. 1.

302. Soweit Kernwettbewerbsbeschränkungen (Festsetzung von Preisen, Produktions- und Absatzeinschränkungen und Aufteilung von Kunden oder Märkten) bezweckt werden, müssen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen nicht nachgewiesen werden.⁵⁸⁰ Solche Vereinbarungen sind „ihrem Wesen nach geeignet [...], den Wettbewerb zu beschränken“⁵⁸¹ und „schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs“⁵⁸². Es handelt sich somit „um Beschränkungen, die [...] ein derart grosses Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben“⁵⁸³. Kernwettbewerbsbeschränkungen sind deshalb vom Geltungsbereich der De-minimis-Bekanntmachung ausgenommen,⁵⁸⁴ da Vereinbarungen, die Kernwettbewerbsbeschränkungen bezwecken, aufgrund „ihrer Natur und unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar[stellen]“⁵⁸⁵. Ihre tatsächlichen Auswirkungen brauchen also nicht berücksichtigt zu werden⁵⁸⁶. Um ihre Unzulässigkeit gemäss Art. 101 Abs. 1 AEUV feststellen zu können, „muss die abgestimmte Verhaltensweise lediglich konkret, unter Berücksichtigung ihres jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, geeignet sein, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu führen. Ob und in welchem Ausmass eine solche wettbewerbswidrige Wirkung tatsächlich eintritt, kann allenfalls für die Bemessung der Höhe etwaiger Geldbusen und für Ansprüche auf Schadensersatz von Relevanz sein“⁵⁸⁷. Dies kann jedoch nur für „bestimmte Arten von Koordinierung zwischen Unternehmen angewandt werden, die den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, damit davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist“⁵⁸⁸.

303. Für Vereinbarungen, die nicht „schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind“, muss hingegen konkret geprüft werden, ob eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt.⁵⁸⁹ In diesen Fällen ist dennoch eine tatsächliche oder wahrscheinlich spürbare negative Auswirkung auf mindestens einem Wettbewerbsparameter des Marktes (z.B. Preis, Produktionsmenge, Qualität, Produktvielfalt oder Innovation) ausreichend.⁵⁹⁰ Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf dem relevanten Markt sind dann wahrscheinlich, wenn in hinreichendem Masse davon auszugehen ist, dass die beteiligten Unternehmen aufgrund der Vereinbarung in der Lage wären, gewinnbringend die Wettbewerbsparametern (z.B. Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation) zu beeinflussen.⁵⁹¹

Schweizerisches Wettbewerbsrecht

304. Aufgrund des Verfassungsauftrags von Art. 96 Abs. 1 BV⁵⁹² basiert Art. 5 KG auf dem sogenannten „Missbrauchsprinzip“⁵⁹³ und dem Konzept des „wirksamen Wettbewerbs“⁵⁹⁴, nach welchen „[m]assgebend ist, ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind“⁵⁹⁵ und „bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen das erste Augenmerk den Auswirkungen auf den Wettbewerb [gilt]“.⁵⁹⁶ Dieser Verfassungsgrundsatz wurde in Art. 1 KG übernommen, nach welchem das Kartellgesetz bezweckt, „volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen

zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern“. Nach dem KG ist eine Wettbewerbsbeschränkung nur dann unzulässig, „wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt wurde“⁵⁹⁷. Der Wortlaut in der Bundesverfassung und im Kartellgesetz, sowie in den entsprechenden Materialien, umschreiben den Begriff der „volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen“ jedoch nicht näher. Zu diesem Begriff wurde in der Botschaft zum KG 1995 nur Folgendes präzisiert: „Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Frage, was volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist, nicht ein für allemal entschieden werden kann, sondern in den Lauf der Zeit gestellt werden muss; die Beurteilung der Schädlichkeit wird massgeblich mitbestimmt durch tatsächliche Faktoren (wie den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel), durch die vorherrschenden Wertvorstellungen wie auch durch den aktuellen Stand der wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Erkenntnis“⁵⁹⁸. Nach der Botschaft zum KG 1995 ist dennoch klar, dass sich die Rechtsfolge der Unzulässigkeit „bei einer Abrede, die zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt, [...] ohne weiteres aus der Intensität ihrer Einwirkung auf den Wettbewerb ergibt“⁵⁹⁹, während

⁵⁸⁰ HELMUTH SCHRÖTER/PHILIPP VOET VAN VORMIZEELE, in: Europäisches Wettbewerbsrecht, Schröter/Jakob/Klotz (Hrsg.), 2014, Art. 101 AEUV Rz 120; ELLEN BRAUN, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 12. Aufl., 2014, Nach Art. 101 AEUV Rz 47 m.w.H.; RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH/INGO BRINKER, EU-Kartellrecht, 3. Aufl., 2014, Art. 101 AEUV Rz 79 m.w.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 5 m.w.H.

⁵⁸¹ Vgl. Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27.4.2004 S. 97 ff., Rz 21 (nachfolgend: Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3).

⁵⁸² Urteil des EuGH vom 20.11.2008 C-209/07 *Irish Beef*, Slg. 2008 I-8637 Rz 17. Vgl. auch Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I-4529 Rz 29; Urteil des EuGH vom 13.12.2012 C-226/11 *Expedia*, Rz 36; Urteil des EuGH vom 11.09.2014 C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires*, Rz 51, 53.

⁵⁸³ Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3, Rz 21.

⁵⁸⁴ De-minimis-Bekanntmachung, Rz 2.

⁵⁸⁵ Idem. Vgl. auch Urteil des EuGH vom 13.12.2012 C-226/11 *Expedia*, Rz 37.

⁵⁸⁶ Urteil des EuGH vom 20.11.2008 C-209/07 *Irish Beef*, Slg. 2008 I-8637 Rz 17; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I-4529 Rz 29. Vgl. auch SCHRÖTER/VOET VAN VORMIZEELE (Fn 580), Art. 101 AEUV Rz 120.

⁵⁸⁷ Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I-4529 Rz 31. Vgl. auch Urteil des EuGH vom 14.3.2013 C-32/11 *Allianz Hungaria*, Rz 34 ff. m.w.H.

⁵⁸⁸ Urteil des EuGH vom 11.9.2014 C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires*, Rz 58.

⁵⁸⁹ Idem.

⁵⁹⁰ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011 S. 1 ff. (nachfolgend: Horizontalleitlinien), Rz 27.

⁵⁹¹ Horizontalleitlinien, Rz 28.

⁵⁹² Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101).

⁵⁹³ BBI 1995 I 468, 489, Ziff. 122, 494 Ziff. 132, 553, Ziff. 23., 555 Ziff. 231.2.

⁵⁹⁴ BBI 1995 I 468, 489, Ziff. 122, 511 ff, Ziff. 143.3, 552, Ziff. 23, 553 Ziff. 231.

⁵⁹⁵ BBI 1995 I 468, 555 Ziff. 231.2.

⁵⁹⁶ BBI 1995 I 468, 552, Ziff. 23.

⁵⁹⁷ BBI 1995 I 468, 555, Ziff. 231.2.

⁵⁹⁸ BBI 1995 I 468, 501 f., Ziff. 142.

⁵⁹⁹ Bei einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nur aufgrund eines besonderen öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 8 KG möglich, siehe BBI 1995 I 468, 555 Ziff. 231.2.

„bei einer <bloss> erheblichen Beeinträchtigung vorgängig zu prüfen [ist], ob die Abrede nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann“⁶⁰⁰.

305. Die Intensität bzw. Erheblichkeit der volkswirtschaftlichen und sozialen schädlichen Auswirkungen stellt somit die Eingriffsschwelle für das geltende wettbewerbsrechtliche Instrumentarium dar.⁶⁰¹ Diese Eingriffsschwelle „ist allerdings [...] nicht so zu verstehen, dass kartellpolitische Eingriffe in der Privatautonomie erst zulässig sind, wenn die Funktionsunfähigkeit des Wettbewerbs auf einen bestimmten Gütermarkt eingetreten ist; vielmehr muss es für die Zulässigkeit wettbewerbspolitischer Massnahmen genügen, dass wettbewerbsbeschränkende Abreden bzw. Vorkehren aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer weitgehenden Beseitigung des Koordinationsprinzips Wettbewerb führen werden“.⁶⁰²

306. Der Begriff der Erheblichkeit hat der Gesetzgeber allerdings nicht näher umschrieben. Nach der Botschaft zum KG 1995 ist davon auszugehen, dass die Erheblichkeitsschwelle bei Kernbeschränkungen (die Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) „in der Regel“ überschritten wird.⁶⁰³ In diesem Sinne entspricht die Funktion des Erheblichkeitskriteriums dem Spürbarkeitskriterium im Europäischen Kartellrecht (vgl. Rz 301).⁶⁰⁴

307. Die Aussage in der Botschaft zum KG 1995, nach welcher das Kartellgesetz auf dem Missbrauchsprinzip basiert, bezieht sich somit nicht auf die Natur und die Qualifikation der Schweizer Kartellgesetzgebung, sondern legt die Voraussetzungen für die Unzulässigkeit eines kartellrechtlichen Tatbestands fest.⁶⁰⁵

308. Diesbezüglich deuten zwei jüngere Urteile des BGer zudem darauf hin, dass das Schweizer Kartellgesetz nicht generell als „Missbrauchsgesetzgebung“ gekennzeichnet werden kann:

309. Einerseits hat das BGer festgestellt, dass Art. 96 Abs. 1 BV „partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen nicht aus[schliesst] (*„selektive“ per-se-Verbote*); sie lässt jedoch kein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu“⁶⁰⁶. Ein allgemeines Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt (wie es im EU-Kartellrecht bis zum 1. Mai 2004 galt⁶⁰⁷) wäre also nicht Bundesverfassungskonform. Die betroffene Verfassungsbestimmung lässt hingegen den Gesetzgeber Hand, besonders schädliche Abreden oder Verhaltensweisen zu verbieten.⁶⁰⁸

310. Andererseits hat sich das BGer über die zivilrechtlichen Folgen der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede geäussert. Nach der Botschaft zum KG 1995 kann aufgrund des „Missbrauchsprinzip[s] [...] eine Wettbewerbsbeschränkung erst als unzulässig gelten und mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit belegt werden, wenn ihre Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist“⁶⁰⁹. Ohne auf die erwähnte Auffassung einzugehen, hat das BGer gestützt auf der von ihm zitierten herrschenden Lehre anerkannt, dass Verträge, die als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG zu qualifizieren sind, widerrechtlich und damit gemäss Art. 20 OR⁶¹⁰ *ex lege* nichtig sind.⁶¹¹ Die Nichtigkeit einer unzulässigen Wettbewerbsabrede tritt somit nicht erst mit der Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit durch die Wettbewerbsbehörde oder die Gerichte ein, sondern *ex tunc*.

311. Nach Art. 5 Abs. 2 KG können Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden (siehe Rz 341 ff.). Aufgrund der Nichtigkeit *ex tunc* einer unzulässigen Abrede (Rz 310) wirkt diese Bestimmung wie die Freistellung im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV direkt (vgl. Rz 300). Liegen die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KG vor, ist die betroffene Wettbewerbsabrede *ex lege* gerechtfertigt.

312. Die Frage, ob die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen im Sinne von Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG tatsächlich festgestellt werden müssen oder eine potenzielle Beschränkung des Wettbewerbs (anders gesagt, eine „Prognose“ der potenziellen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen) ausreicht, ist in der Lehre umstritten. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass das Eintreten von tatsächlichen Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung nicht zu verlangen ist, weil auch potenzielle wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen ausreichen.⁶¹² Für einen anderen Teil der Lehre ist der Nachweis der tatsächlich eingetretenen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen nicht verzichtbar.⁶¹³

Qualifikation der schweizerischen Kartellgesetzgebung

313. Die Qualifikation des schweizerischen Kartellrechts als ein Rechtssystem, welches auf dem Missbrauchsprinzip nach der vorstehenden Definition basiere (Rz 299), scheint mithin zweifelhaft und zu kurz gegriffen.⁶¹⁴ Die Existenz von direkten Sanktionen seit der KG-Revision 2003⁶¹⁵ und die Rechtsprechung des BGer, nach welcher kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabreden *ex tunc* nichtig sind⁶¹⁶ und Art. 96 BV, der partielle Verbote von

⁶⁰⁰ BBI 1995 I 468, 555 Ziff. 231.2.

⁶⁰¹ BBI 1995 I 468, 501, Ziff. 142.

⁶⁰² FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger et al. (Hrsg.), 1996, Art. 1 KG Rz 26.

⁶⁰³ BBI 1995 I 468, 566 Ziff. 231.1.

⁶⁰⁴ Idem. Vgl. auch ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter vom 29.6.2015 (nachfolgend: HEINEMANN, Erheblichkeit), 6.

⁶⁰⁵ Vgl. HEINEMANN (Fn 572), Konzeptionelle Grundlagen, 47.

⁶⁰⁶ BGE 135 II 60, 67, E. 3.1.1 m.w.H (= RPW 2008/3, 112, E. 3.1.1 m.w.H.), *Maestro Interchange Fee*.

⁶⁰⁷ Fn 574.

⁶⁰⁸ Vgl. HEINEMANN, Erheblichkeit (Fn 604), 19 f.

⁶⁰⁹ BBI 1995 I 468, 553 Ziff. 23.

⁶¹⁰ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; RS 220).

⁶¹¹ BGE 134 III 438, 441 f., E. 2.1.

⁶¹² HEINEMANN, Erheblichkeit (Fn 604), 19 f.; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtliche Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“ - revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP/PJA 2/2015, 276; KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 3 und 5; BORER (Fn 519), Art. 5 KG N 8.

⁶¹³ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 500), Art. 5 KG N 20 f., 118 ff.

⁶¹⁴ Vgl. HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen (Fn 572), 43 ff.; ANDREAS HEINEMANN, Kartellzivilrecht, in: Revision des Kartellgesetzes, Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), 2012, 141 f. (nachfolgend: HEINEMANN, Kartellzivilrecht); BALDI/SCHRANER (Fn 612), 272 f. Vgl. auch BORER (Fn 519), Art. 5 KG N 5; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 N 5 und 37 ff.; HOFFET (Fn 602), Rz 26.

⁶¹⁵ AS 2004 1385.

⁶¹⁶ BGE 134 III 438, 442 f., E. 2.3 f.

nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen (selektive *per se*-Verbote) nicht ausschliesst⁶¹⁷, müssen hingegen vielmehr für die Geltung des „*Verbotsprinzips mit Legalausnahme*“ im schweizerischen Kartellrecht sprechen.⁶¹⁸ Die Parallelität der Kriterien Erheblichkeit und Spürbarkeit zeigt zudem starke Ähnlichkeiten zwischen den schweizerischen und europäischen Rechtssystemen (vgl. Rz 301 und 306). Auch wenn Unterschiede in formeller Hinsicht bezüglich verfahrensrechtlicher Aspekte und Methode der Prüfung einer Wettbewerbsabrede zwischen der europäischen und schweizerischen Kartellgesetzgebung bestehen sollten, wären die Rechtsfolgen in materieller Hinsicht in beiden Rechtsordnungen (europäisches und schweizerisches Wettbewerbsrecht) dieselben.⁶¹⁹ Bei einer umfassenden Würdigung scheint es deshalb verfehlt, das KG als eine reine „*Missbrauchsgesetzgebung*“ zu bezeichnen.⁶²⁰

314. An dieser Stelle ist hinzuzufügen, dass gemäss Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG nicht nur die volkswirtschaftlichen, sondern auch die **sozial** schädlichen Auswirkungen genannt werden. Ausgehend von diesem Standpunkt ist bereits die Vereinbarung (und nicht erst die Umsetzung) einer Kernwettbewerbsbeschränkung für die ökonomische Struktur der Gesellschaft besonders schädlich, da dadurch ein soziales Klima geschaffen wird, welches das Verhalten der Marktteilnehmer beeinflusst und die Praktizierung von Kartellen begünstigt.⁶²¹ Aus dem verfassungsrechtlichen Kontext von Art. 96 BV (systematische Verfassungsauslegung) erfolgt ausserdem, dass die Frage, ob eine bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich zu qualifizieren ist, im Lichte der anderen in der BV anerkannten öffentlichen Interessen (insbesondere die Grundsätze der Wirtschaftsordnung, Art. 94 BV, und der Schutz der Konsumenten, Art. 97 BV) beurteilt werden muss.⁶²²

315. Aus dieser Sicht und bezugnehmend auf den vorliegenden Fall vermögen die Intervention der Wettbewerbsbehörden oder die Selbstanzeige eines Unternehmens, welche die Umsetzung der Wettbewerbsabrede unmittelbar oder kurze Zeit nach ihrem Abschluss verhindert, das wettbewerbswidrige Verhalten der Kartellbeteiligten nicht zu legitimieren. Eine Auslegung des Kartellgesetzes und insbesondere des Art. 5 KG, nach welcher die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede nur aufgrund von einer vollständigen Umsetzung festgestellt werden könnte, stünde im Widerspruch mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Tatsache, dass eine Wettbewerbsabrede nur kurze Zeit umgesetzt wurde, wird im Rahmen der Sanktionsbemessung berücksichtigt.

316. Gemäss Autoweibel, City-Garage und Garage Gautschi sei der Versuch einer Wettbewerbsbeschränkung mangels gesetzlicher Grundlage im Schweizer Kartellrecht und aufgrund des Prinzips „*nulla poena sine lege*“ nicht „strafbar“. Dies lasse sich insbesondere aus Art. 96 Abs. 1 BV ableiten.⁶²³

317. Dagegen ist einzuwenden, dass in den obenstehenden Ausführungen nicht behauptet wird, dass der Versuch einer Wettbewerbsbeschränkung unter die Tatbestände vom Art. 5 KG zu subsumieren wäre. Vielmehr weist der oben dargelegte Rechtsvergleich nach, dass

zum einen das Erheblichkeitskriterium und das Spürbarkeitskriterium die gleiche Funktion aufnehmen, nämlich mögliche Bagatellfälle aus dem Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu entfernen, und dass zum anderen die Bezeichnung der schweizerischen Kartellgesetzgebung als reine „*Missbrauchsgesetzgebung*“ als unzutreffend erscheint.

B.4.5.5 Prüfung der Erheblichkeit in casu

318. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegt vorliegend eine erhebliche Wettbewerbsabrede im Sinne von von Art. 5 Abs. 1 KG selbst dann vor, wenn die Erheblichkeitsprüfung anhand einer Gesamtbetrachtung der Erheblichkeit im Sinne der bisherigen Praxis der WEKO (Rz 294) und der erwähnten jüngeren Urteile des BVGer (Rz 291 ff. und 296) erfolgt, d.h. unter Berücksichtigung von qualitativen (B.4.5.6) wie quantitativen (B.4.5.7) Kriterien.

319. Die Parteien bringen zu dieser Stelle vor, dass das Sekretariat die Auswirkungen der Wettbewerbsabrede weder untersucht noch nachgewiesen habe.⁶²⁴ Insbesondere machen die ASAG, die Autoweibel und die City-Garage aufgrund der Ausführungen des BVGer in den oben erwähnten Urteilen *Paul Koch AG/WEKO* und *Siegenia-Aubi AG/WEKO* bezüglich des Untersuchungsgrundsatzes⁶²⁵ geltend, dass sich das Sekretariat bei der Prüfung der Erheblichkeit einzig und allein auf die Aussagen der Selbstanzeigerin stützen könne.⁶²⁶

320. Entgegen der Auffassung der Parteien wurde der Sachverhalt nicht einfach aufgrund der Aussagen der AMAG, sondern mehrheitlich auf Grundlage der zahlreichen von ihr im Rahmen der Selbstanzeige eingereichten Beweismitteln (Rz 89) und weiterer vom Sekretariat durchgeführten Ermittlungsmassnahmen, nämlich den Einvernahmen der Parteien und Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte im Sinne von Art. 40 KG (Rz 94 ff.), erstellt

⁶¹⁷ Vgl. Fn 606.

⁶¹⁸ HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen (Fn 572), 50, 58; HEINEMANN, Kartellzivilrecht (Fn 614), 142; BALDI/SCHRANER (Fn 612), 272. Vgl. auch JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 1 KG N 24.

⁶¹⁹ BORER (Fn 519), Art. 5 KG N 5; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 N 5 und 38 f.

⁶²⁰ Vgl. RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, Zäch/Zweifel (Hrsg.), 1995, 108 f.

⁶²¹ Urteil des EuGH vom 1.2.1978 Rs. 19/77 Miller International Schallplatten, Slg. 1978–131, 148 Rz 7, betreffend eine Exportverbotsklausel: „So kann der Umstand, dass der Lieferant seinerseits derartige Verbote nicht streng durchsetzt, keinen Beweis dafür liefern, dass sie wirkungslos geblieben seien, denn ihr Vorhandensein kann dennoch ein „optisches und psychologisches“ Klima schaffen, das die Kundschaft zufriedenstellt und zu einer mehr oder weniger strengen Aufteilung der Märkte beiträgt“. Vgl. HEINEMANN, Erheblichkeit (Fn 612), 15 ff.

⁶²² Vgl. RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHL-MANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2011, § 20 Rz 26 ff.; RHINOW/BIAGGINI (Fn 620), 105 f.

⁶²³ Act. 401, Rz 77b; 402, Rz 78b; 405, Rz 79 f.

⁶²⁴ Act. 401, Rz 26 und 74 ff.; Act. 402, Rz 28 und 75 ff.; Act. 403, Rz 63 ff.; Act. 405, Rz 42 ff.

⁶²⁵ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.4.35, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.4.35, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

⁶²⁶ Act. 401, Rz 55, 77 f.; Act. 402, Rz 56, 78 f.; Act. 403, Rz 83 ff.

und abgeklärt (vgl. A.3.2 – A.3.10). Der Vollständigkeit halber sei noch hinzuweisen, dass die Aussagen der Selbstanzeigerin nicht einfache Behauptungen ihrerseits darstellen, und dem Inhalt des von ihr vorgelegten Beweismaterials entsprechen.⁶²⁷

321. Dass die Umsetzung der vorliegenden Abrede nur während einer kurzen Zeit war, war durch äussere Umstände bedingt, nämlich der Intervention von AMAG IMPORT und des Präsidenten des VPVW (Rz 48 ff.). Die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG hängt jedoch nicht von der Dauer von deren Umsetzung ab, sondern von qualitativen und quantitativen wirtschaftlichen Faktoren. Die Anzeige eines Dritten oder die Selbstanzeige eines kartellbeteiligten Unternehmens sowie der schnelle Eingriff von Kartellbehörden können die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede nicht beeinflussen. Aus diesem Grund wird die Dauer der Abrede im Rahmen der Sanktionsbemessung berücksichtigt (Rz 370).

B.4.5.6 Qualitative Kriterien

322. Für das Vorliegen des qualitativen Elementes der Erheblichkeit ist es ausreichend, dass der von der in Frage stehenden Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. *In casu* liegt eine horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor (siehe unten Rz B.4.4.1).

323. Indem der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über die direkte oder die indirekte Festsetzung von Preisen gar in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung statuiert, drückt er das qualitative Gewicht aus, das er diesem Punkt zumisst. Auch wenn in einem Fall die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, bleibt der Gegenstand der Abrede, der überhaupt erst zum Greifen der Vermutung führte, qualitativ gravierender Natur.⁶²⁸

324. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre⁶²⁹ und Rechtsprechung⁶³⁰ unbestritten. Ferner illustriert die ständige Praxis der WEKO⁶³¹, dass im horizontalen Kontext der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig zu betrachten ist.

325. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die vorliegende Abrede in qualitativer Hinsicht als ausgesprochen schwerwiegende Einschränkung zu qualifizieren ist und in casu eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

B.4.5.7 Quantitative Kriterien

326. Bei der Prüfung, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt, ist der aktuelle und potentielle Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter massgebend. Um auf diese Weise die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter zu prüfen, ist der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Für diese Beurteilung kann grundsätzlich auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen werden.

327. Zum Aussenwettbewerb kann gesagt werden, dass der gemeinsame Anteil am Gesamtvolumen der verkauften Neufahrzeuge der VPVW-Marken⁶³² der an der Ab-

rede beteiligten Unternehmen (AMAG, ASAG, City-Garage, Autoweibel und Garage Gautschi) [55–65] % umfasst (vgl. Rz 270). Selbst unter der konservativen Annahme, dass nur die Parteien und die AMAG an der Abrede teilgenommen haben, ist von einer quantitativen schwerwiegenden Beeinträchtigung auszugehen.

328. Zum Innenwettbewerb kann auf die bereits erfolgten Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz 282 f.): Sämtliche an der Abrede beteiligten Unternehmen haben sich an diese gehalten. Zudem besteht neben dem Wettbewerbsparameter „Preis“ kein anderer Faktor, welcher die Ausschaltung des Preiswettbewerbs vorliegend annähernd kompensieren könnte (Rz 284 ff.).

Flottengeschäfte

329. Gemäss Autoweibel und City-Garage sei je nach Marken und Segment von einem erheblichen Anteil von Flottenkunden auszugehen (z.B. bei der Marke Audi ein Anteil von ungefähr 50–60 %).⁶³³ [Name] (City-Garage) sagte aus, dass der Anteil am Flottengeschäft sogar 80 % betragen würde.⁶³⁴ Nach Angaben vom 12. August 2014 der Autoweibel sei allerdings 2013 und 2014 der Anteil am Flottengeschäft 19 % gewesen.⁶³⁵

330. Gemäss Angabe der AMAG beläuft sich der Anteil pro Marke von Flottengeschäften im Jahr 2013 bei den von der AMAG importierten und zugelassenen Fahrzeugen abzüglich des Mietwagengeschäftes auf folgende Beträge:⁶³⁶

- Audi: [40–50] % bei normalen Konditionen, [0–10] % bei Nettomodellen;
- VW: [20–30] % bei normalen Konditionen, [0–10] % bei Nettomodellen;
- VW NF (zu dieser Stelle betreffen die Zahlen nur Personenwagen-Varianten und nicht Sachtransporter): [40–50] % bei normalen Konditionen, [0–10] % bei Nettomodellen;
- Sköda: [25–35] % bei normalen Konditionen, [0–10] % bei Nettomodellen;
- Seat: [10–20] % bei normalen Konditionen, [0–10] % bei Nettomodellen.

⁶²⁷ Vgl. Act. 40, 41, 44, 71.

⁶²⁸ Vgl. RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/4 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Türen*; RPW 2012/2, 398 Rz 1044 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁶²⁹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 192; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 500), Art. 5 KG N 150; BORER (Fn 519), Art. 1 KG N 20.

⁶³⁰ BGE 129 II 18, 25, E.5.2.2 (= RPW 2002, 736, 5.2.2), *Buchpreisbindung*.

⁶³¹ Vgl. RPW 2010/4 751, N 315, *Baubeschläge für Fenster und Türen*; RPW 2006/4, 596, N 53 ff., *Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR)*; RPW 2003/2, 287, N 66, *Fahrschule Graubünden*; RPW 2001/4, 678, N 121, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*.

⁶³² Zu den VPVW-Marken zählen die Modelle der Marken Audi, VW PW und VW NF, Seat und Sköda (Rz 12).

⁶³³ Act. 401, Rz 32d; Act. 402, Rz 34b. Vgl. Act. 452, Rz 34 f.

⁶³⁴ Act. 457, Rz 160.

⁶³⁵ Act. 290, Beilage 2.

⁶³⁶ Act. 498, Rz 318 ff.

331. Insgesamt beträgt der Flottenanteil [25–35] % bei Normalkonditionen und [0–10] % bei Nettomodellen.⁶³⁷

332. Die grosse Mehrheit von Flottengeschäften läuft auf dem sogenannten Flottenreglement der AMAG. Nach diesem Konzept können die Händler gewissen Kundengruppen einen höheren Rabatt (sog. Flottenrabatt) gewähren als im Privatkundengeschäft.⁶³⁸ Dieser Flottenrabatt wird bei entsprechendem Nachweis den Händlern rückvergütet (sog. Flottenrückvergütung)⁶³⁹ und verringert deren übliche Händlermarge nicht direkt. Im Flottenreglement werden die verschiedenen Kundengruppen nach der Flottengrösse (kleine, mittlere oder grosse Flotte) und den Flottenrückvergütungen definiert.⁶⁴⁰ In der Präsentation⁶⁴¹ wird explizit darauf hingewiesen, dass diese Art des Rabattes gesondert auszuweisen sei, damit eine Vergleichbarkeit der Erstofferten gewährleistet bleibe. Der Händler kann über diesen Flottenrabatt, welcher wie bereits erwähnt rückvergütet wird, hinausgehen und auf einen Teil seiner eigenen üblichen Händlermarge verzichten. Das Flottenreglement der AMAG gibt diesbezüglich auch unverbindliche empfohlene Nachlässe an.⁶⁴²

333. Neben diesen „normalen“ Flottengeschäften bestehen auch Rahmenverträge, bei welchen ein Kunde (in der Regel grossen Firmen) entsprechende Preise und Rabatte für sich und teilweise auch seine Mitarbeiter mit der AMAG IMPORT vereinbart.⁶⁴³ [...] ⁶⁴⁴ Gemäss Angabe der AMAG bestehen in der Schweiz etwa [...] Rahmenverträge mit der AMAG IMPORT.⁶⁴⁵

334. Im vorliegenden Fall haben sich die Parteien auch bezüglich solchen (zusätzlichen) Rabatten für Flottengeschäfte abgesprochen. Wie dem Dokument „Flottenkonditionen SEAT – Anpassungen per 1. April 2013“⁶⁴⁶ zu entnehmen ist, gibt die AMAG in der Flottenrückvergütungstabelle sogenannte „Empfohlene Nachlässe“ ab.⁶⁴⁷ Aus der vereinbarten Konditionenliste geht eindeutig hervor, dass sich die Parteien bei allen Marken (und fast allen Modellen) auf abweichende Rabattvorgaben geeinigt haben.⁶⁴⁸

Netto- und Sondermodelle

335. Gemäss Angaben der Autoweibel sei bei „Nettomodellen“, welche spezielle Sondermodelle darstellten, der Endverkaufspreis durch AMAG Import den einzelnen Händlern „vorgegeben“ und diese Tatsache begründe eine Preisführerschaft der AMAG.⁶⁴⁹ Gemäss den von der Autoweibel eingereichten Unterlagen sei der Anteil von Netto- und Sondermodellen 2013 36 % und 2014 70 % gewesen.⁶⁵⁰ Anlässlich ihrer Anhörung machte die Autoweibel dagegen geltend, dass der Anteil von Netto- und Sondermodelle 80 % darstellte.⁶⁵¹

336. Aus den von Autoweibel selbst eingereichten Unterlagen⁶⁵² ist ersichtlich, dass es sich bei Nettomodellen um Fahrzeuge handelt, welche gesondert beworben und entsprechend mit charakteristischer (unveränderlicher) Ausstattung geliefert werden, so beispielsweise der VW Golf als „GOLF Cup Edition“⁶⁵³. Oftmals kommt es zu einer Situation, bei welcher der Listenpreis eines Fahrzeugmodells im Marktvergleich mit anderen Modellen von anderen Marken zu hoch ist. Der Importeur versucht dann mit einem Sondermodell- oder Nettomodellangebot einen attraktiven Listenpreis aus Endkundensicht zu erreichen.⁶⁵⁴ Beim Verkauf dieser Fahrzeuge verzichte der Importeur

(bzw. der Hersteller) auf einen Teil der sonst (für ein solches Modell) üblichen Importeurmarge und auch für den teilnehmenden Händler falle die sonst (für ein solches Modell) übliche Händlermarge geringer aus.⁶⁵⁵ In diesem Sinne kann ein solches „Nettomodell“ im Vergleich zum Listenpreis mit entsprechend niedrigerem Preis beworben werden.⁶⁵⁶ Der Händler ist jedoch nicht von der AMAG IMPORT gezwungen, an dieser Sondermodell- und Nettomodellaktion teilzunehmen.⁶⁵⁷

337. Im Unterschied zur Darstellung der Autoweibel, dass der Endverkaufspreis dadurch bereits vorgegeben sei⁶⁵⁸, ist eher davon auszugehen, dass auch eine solche „reduzierte Händlermarge“⁶⁵⁹ es dem Händler immer noch ermöglicht, zusätzlich individuelle Rabatte zu gewähren.⁶⁶⁰ Dies wird gestützt durch die vereinbarte Konditionenliste, welche für solche „Nettomodelle/Sondermodelle“ Preisnachlässe für entsprechende Kunden (z.B. Detail, KMU oder Flotten) ausweist.

Fazit

338. Zusammenfassend kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die AMAG den Händlern Endpreise bei Flottengeschäften oder bei Netto- und Sondermodellen vorgibt, vielmehr verhält es sich bei einem funktionierenden Wettbewerb so, dass jeder Händler individuell entscheiden kann, welchen Teil seiner eigenen Händlermarge er bereit oder fähig ist, beim individuellen Verkaufsgeschäft abzugeben.

339. Die folgende Darstellung gibt zur Illustration schematisch wieder, wie sich der vom Kunden zu bezahlende Endverkaufspreis mit den jeweiligen Margen der einzelnen Handelsstufen zusammensetzt.

⁶³⁷ Act. 498, Rz 106–109 und 328–330.

⁶³⁸ Act. 498, Rz 168–172.

⁶³⁹ Vgl. z.B. Schreiben vom 1. April 2013 der AMAG an dem Geschäftsführer der Markenvertreter von Seat „Flottenkonditionen SEAT – Anpassungen per 1. April 2013“: Act. 29.

⁶⁴⁰ Act. 598, Rz 181 f.

⁶⁴¹ Act. 19, Beilage 1, Folie 12.

⁶⁴² Act. 498, Rz 182 ff., 335–339. Vgl. auch Act. 29, Anhang.

⁶⁴³ Act. 498, Rz 191 ff.

⁶⁴⁴ Act. 498, Rz 195–211.

⁶⁴⁵ Act. 498, Rz 213–215.

⁶⁴⁶ Act. 29.

⁶⁴⁷ Act. 29, Beilage 4.

⁶⁴⁸ Vgl. die Konditionen für Flottengeschäfte in der vereinbarten Konditionenliste (Anhang 1) mit den empfohlenen Nachlässen in den Flottenrückvergütungstabellen: Act. 29, Beilage (Seat) und Folien 5–9 der Präsentation (andere Marken).

⁶⁴⁹ Schreiben vom 12. August 2014 der Autoweibel: Act. 290, S. 2. Vgl. auch Act. 401, Rz 21 ff.; Act. 452, Rz 35 ff.

⁶⁵⁰ Act. 290, Beilage 2.

⁶⁵¹ Act. 452, Rz 42 f.

⁶⁵² Vgl. Act. 290, Beilage 5.

⁶⁵³ Act. 290, Beilage 3.

⁶⁵⁴ Act. 498, Rz 149–152, 225.

⁶⁵⁵ Vgl. Act. 498, Rz 152–154, 221–225.

⁶⁵⁶ Vgl. Act. 498, Rz 154 ff.

⁶⁵⁷ Act. 498, Rz 399–407.

⁶⁵⁸ Act. 290, S. 2; Act. 452, Rz 35–37.

⁶⁵⁹ Act. 290, S. 2.

⁶⁶⁰ Vgl. Act. 498, Rz 161–167, 230–236.

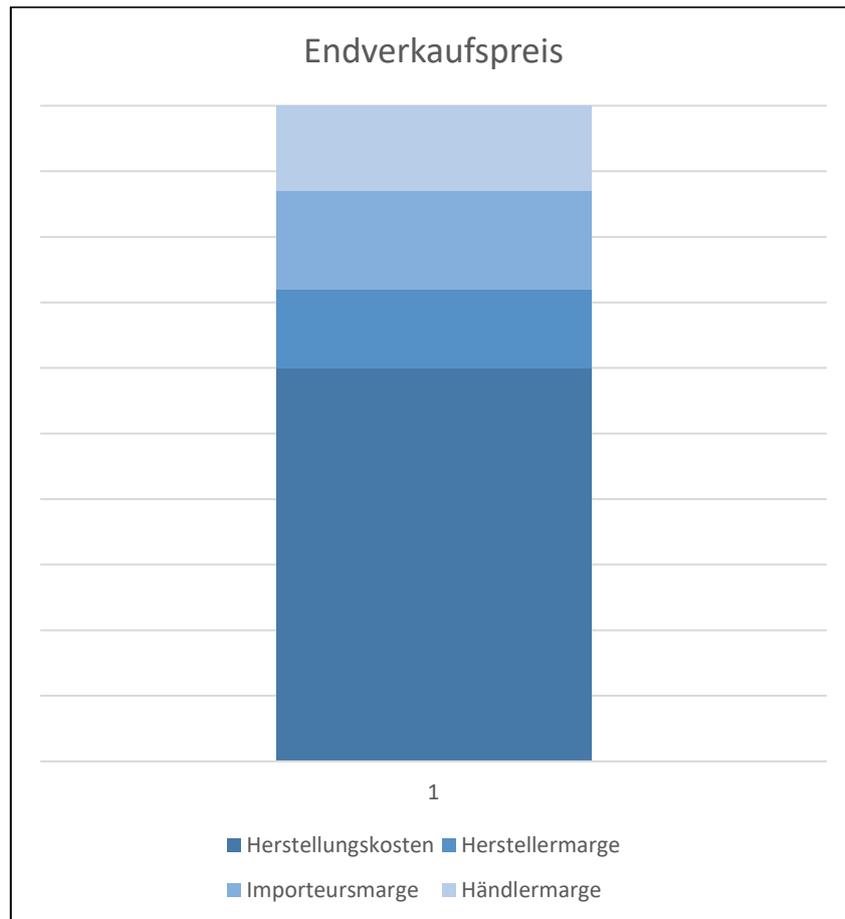


Abbildung 6 (Darstellung Sekretariat; konkrete Werte fiktiv)

B.4.5.8 Zwischenergebnis

340. Basierend auf einer Gesamtbeurteilung der dargelegten qualitativen und quantitativen Kriterien kommt die WEKO zum Schluss, dass die Abrede über die Festsetzung einheitlicher maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG führt. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

B.4.6 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

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

342. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.⁶⁶¹ Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.⁶⁶² Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.⁶⁶³

⁶⁶¹ RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m.Hw. auf BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.

⁶⁶² BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.

⁶⁶³ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, *Gebro/WEKO*.

343. Zwar hat die Wettbewerbsbehörde den massgebenden Sachverhalt auch hinsichtlich der Elemente, welche eine Rechtfertigung ermöglichen, von Amtes wegen zu ermitteln. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Wettbewerbsbehörde das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen zu beweisen hat. Sind solche Effizienzgründe – durch die Wettbewerbsbehörde oder die Parteien – nicht erstellt, so bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende und damit grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, und nicht bereits dann, wenn solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss einigermaßen plausibel erscheinen.⁶⁶⁴

344. Erstens ist somit zu prüfen, ob für die vorliegenden Abreden einer der oben genannten gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.⁶⁶⁵ Zweitens muss die entsprechende Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Drittens muss geprüft werden, ob keine Möglichkeit besteht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

345. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.⁶⁶⁶

346. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist eine Abrede über die Festsetzung maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen, d.h. eine Preisabrede, welche gemeinhin zu den schädlichsten Formen von Wettbewerbsabreden zählt (vgl. Rz 323 f.).

347. Zur Beurteilung von Rechtfertigungsgründen im Fall einer Preisabrede kann die Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen (nachfolgenden: Kalkulationshilfe-Bek)⁶⁶⁷ als Orientierungshilfe dienen. Insbesondere lassen sich gemäss der Kalkulationshilfe-Bek Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann nicht rechtfertigen, wenn sie den Beteiligten Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgeben oder vorschlagen (Art. 4 Bst. b). *A fortiori* kann eine Abrede – wie die vorliegende – welche die Verwendung einer gemeinsamen Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zum Gegenstand hat, nur schwerlich gerechtfertigt sein.

348. Die Erstellung und die Verbreitung einer gemeinsamen Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zwischen den Händlern dienen lediglich der Abstimmung eines gemeinsamen Rabattverhaltens und der Ausrichtung der Preispolitik an den Konkurrenten. Es ist deshalb in keiner Weise ersichtlich, dass eine solche Abrede einen Zusammenhang zu einer Senkung von Vertriebskosten, zu Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder zu einer rationellen Nutzung von Ressourcen aufwiese.

349. Für die vorliegende Abrede sind daher keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich und von den Parteien wurden im Übrigen auch keine solchen geltend gemacht.

B.4.7 Ergebnis

350. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Die Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zwischen den Parteien und die Durchführung von regionalen Stammtischen des VPVW zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik stellen eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar (vgl. Rz 220 ff. und 244).
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Aussenwettbewerb auf sämtlichen relevanten Märkten widerlegt werden (vgl. Rz 288).
- Die Abrede beeinträchtigt den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dennoch auf allen relevanten Märkten aber *erheblich* (vgl. Rz 340).
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 349).

351. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG. Diese ist gemäss Art. 49a KG zu sanktionieren.

B.5 Sanktionierung und Sanktionsbemessung

B.5.1 Sanktionierung

B.5.1.1 Allgemeines

352. Aufgrund ihrer *ratio legis* sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.⁶⁶⁸ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁶⁶⁹

⁶⁶⁴ Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 f. E.10.3, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKOMEF*.

⁶⁶⁵ Zum Ganzen RPW 2012/2, 206 Rz 337 ff., *FtH Freiburg*.

⁶⁶⁶ RPW 2012/2, 400 Rz 1059, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁶⁶⁷ Abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachung/Erläuterungen > Verwendung von Kalkulationshilfe.

⁶⁶⁸ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hofet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Vorb. zu Art. 50–57 KG N 1; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

⁶⁶⁹ BBl 2002 2022, 2034.

353. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.⁶⁷⁰

B.5.1.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

354. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. Danach muss ein Unternehmen an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt gewesen sein oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhalten haben. Weiter ist erforderlich, dass dem Unternehmen dies vorwerfbar ist.

B.5.1.2.1 Unternehmen

355. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁶⁷¹ Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter A.2 und B.1.1 verwiesen.

B.5.1.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

356. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.⁶⁷²

357. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.⁶⁷³ Die bisherige Praxis der WEKO geht denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.⁶⁷⁴

358. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei auf die vorangehenden Ausführungen unter B.4.2 und B.4.3 verwiesen. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind.

B.5.1.3 Vorwerfbarkeit

359. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁶⁷⁵, welcher das BVGer gefolgt ist⁶⁷⁶, stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

360. Für die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens das Vorliegen eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens ausreichend. Ebenso bedarf es keiner Abklärungen im Hinblick auf eine vorsätzliche Begehung des wettbewerbswidrigen Verhaltens, soweit die Umstände einer fahrlässigen Begehung dargelegt werden.⁶⁷⁷ Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.⁶⁷⁸ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschuldens liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁶⁷⁹

⁶⁷⁰ BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*.

⁶⁷¹ Statt vieler: BORER (Fn 519), Art. 49a KG N 6.

⁶⁷² Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34. Vgl. auch CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 5.

⁶⁷³ BBI 2002 2022, 2037; statt vieler BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 672), Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H.

⁶⁷⁴ Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 ff. E. 14.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 ff. E. 13.1, *Gebro/WEKO*.

⁶⁷⁵ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁶⁷⁶ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

⁶⁷⁷ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 676, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

⁶⁷⁸ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

⁶⁷⁹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

361. Vorliegend handeln die [Name] (City-Garage), [Name] (ASAG), [Name] (Garage Gautschi) und [Name] (Autoweibel) für die betroffenen Unternehmen in einer wichtigen Funktion [...] und waren für die jeweiligen Unternehmen zeichnungs-berechtigt. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen (formell und materiell) als Organe der jeweiligen Unternehmen zu bestimmen sind. Die oben erwähnten Personen haben als Mitglieder der Geschäftsleitung ihrer Unternehmen wesentlich und willentlich Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe der „Erst Offerte“ für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns gemeinsam vereinbart und die Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik durch die regionalen Stammtische des VPVW organisiert und umgesetzt. Ein fahrlässiges Handeln der Parteien ist somit undenkbar. Der Vorsatz der handelnden natürlichen Personen bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

362. Folglich haben die Verfahrensparteien mit ihrem Verhalten den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt und sind dafür zu sanktionieren.

B.5.2 Sanktionsbemessung

B.5.2.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen

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

364. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG⁶⁸⁰ näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit⁶⁸¹ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁶⁸² Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.⁶⁸³

B.5.2.2 Konkrete Sanktionsberechnung

365. Bei der konkreten Bemessung der Sanktion greift die WEKO grundsätzlich auf die SVKG zurück, in welcher die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung näher präzisiert werden (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Sanktionsbemessung ist aber auch anhand der ohnehin anwendbaren übergeordneten rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlich garantierten Grundprinzipien des Verwaltungs- und Strafrechts durchzuführen. Zu den massgeblichen rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Grundprinzipien zählen dabei insbesondere die Grundsätze der Ermessensausübung, der Rechtsgleichheit, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit.⁶⁸⁴

366. Vor allem der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (s. dazu auch Art. 2 Abs. 2 SVKG), wonach eine Sanktion geeignet, erforderlich und zumutbar sein muss, dient dabei der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit.

367. Nach Art. 3 SVKG ist von einem Basisbetrag auszugehen, welcher sich je nach Schwere und Art des Verstosses höchstens auf 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat, beläuft. Dieser Betrag ist dann gemäss Art. 4 SVKG je nach Dauer des Verstosses zu erhöhen. Die Erhöhung beträgt bis zu 50 % bei einer Dauer des Wettbewerbsverstosses von 1–5 Jahren und danach erfolgt ein Zuschlag von 10 % für jedes zusätzliche Jahr. Schliesslich sind erschwerende (Art. 5 SVKG) und mildernde (Art. 6 SVKG) Umstände zu berücksichtigen, wobei die SVKG darauf verzichtet festzulegen, in welchem Ausmass diese zu einer Erhöhung bzw. Minderung der Sanktion führen können.⁶⁸⁵

368. Aus der dargestellten Berechnungsweise wird deutlich, dass einerseits bei der Festsetzung des Basisbetrags und andererseits bei der Berücksichtigung von erschwerenden bzw. mildernden Umständen ein Ermessen der WEKO besteht. Für den Basisbetrag steht dieser Ermessensspielraum innerhalb der gesamten Bandbreite von 0 bis 10 % zur Verfügung.⁶⁸⁶ Die WEKO kann insbesondere bei geringfügigen Verstössen Sanktionsbeträge „von lediglich symbolhaftem Charakter“ aussprechen.⁶⁸⁷

369. *In casu* drängt es sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf, Pauschalsanktionen festzulegen. Eine solche Sanktionierung mittels einer Pauschalsanktion kann zum Einen dann zur Anwendung kommen, wenn ein eher symbolischer Betrag angezeigt ist, weil nur ein sehr unbedeutender Verstoß festgestellt worden konnte⁶⁸⁸, zum Anderen in Fällen, in denen ausserordentliche Umstände vorliegen, die eine solche Pauschalsanktion rechtfertigen.⁶⁸⁹ Solche ausserordentlichen Umstände können z.B. dann gegeben sein, wenn eine Verfahrenspartei trotz ihres Wettbewerbsverstosses in tatsächlicher Hinsicht keinen Umsatz auf dem relevanten Markt erzielte.⁶⁹⁰

⁶⁸⁰ Siehe: <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG).

⁶⁸¹ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

⁶⁸² Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁶⁸³ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁸⁴ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 672), Art. 49a KG N 15 ff.; vgl. RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁶⁸⁵ Vgl. RPW 2009/2, 157 Rz 98, *Sécateurs et cisailles* und die Erläuterungen SVKG (Fn 680), S. 3.

⁶⁸⁶ RPW 2009/2, 157 Rz 98, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2008/3, 409 Rz 236, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁶⁸⁷ BBI 2002 2022, 2038, Ziff. 2.1.4.

⁶⁸⁸ Z.B. RPW 2009/2, 157 Rz 99 ff., *Sécateurs et cisailles*.

⁶⁸⁹ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 672), Art. 49a KG N 58.

⁶⁹⁰ Z.B. RPW 2013/4, 613 Rz 943 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

370. Mit einem solchen Sachverhalt ist die hier vorliegende Konstellation vergleichbar, in der die betreffende Wettbewerbsabrede, trotz ihrer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs (B.4.5 und B.4.7), nur kurze Zeit angewendet wurde (Rz 54 f.). Nämlich wurde die vorliegende Wettbewerbsabrede Anfangs Februar 2013 getroffen und mit der Durchführung der Stammtische im März 2013 umgesetzt. Das „Projekt Repo 2013“ wurde aufgrund der Interventionen der AMAG und des Präsidenten des VPVW vom 2. bzw. 3. April 2013, also ungefähr eine Woche nach dem letzten Stammtisch (Rz 51–53), abgebrochen. Die Anwendung der vereinbarten Konditionen hat somit mindestens vom Tag nach dem letzten Stammtisch, am 27. März 2013, bis am 3. April 2013 gedauert (drei Tage, vgl. Rz 55). Der Verkauf eines Neufahrzeugs erfolgt normalerweise nicht an einem einzigen Tag, da die entsprechenden Verhandlungen länger dauern können. Es ist daher im vorliegenden Fall davon auszugehen,

dass während drei Tagen nur eine geringe Anzahl von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns in Anwendung der vereinbarten Konditionenliste für die Erst-Offerten verkauft wurden.

371. Angesichts dessen muss die Sanktionierung mittels einer im pflichtgemässen Ermessen gebildeten verhältnismässigen Pauschalsanktion erfolgen, welche sich nicht an einem am Umsatz *auf den relevanten Märkten* orientierten Basisbetrag ausrichtet. Die jeweiligen Pauschalsanktionen müssen jedoch immerhin die ungefähren Grössenverhältnisse zwischen den betroffenen Unternehmen hinsichtlich der jährlichen Umsätze auf den relevanten Märkten widerspiegeln.

372. Die Umsätze der Verfahrensparteien in den Jahren 2011-2013 betragen:

Tabelle 6: Umsätze der Unternehmen 2011-2013 auf den relevanten Märkten

Umsätze (CHF)	2011	2012	2013
ASAG	[...]	[...]	[...]
Autoweibel	[...]	[...]	[...]
City-Garage	[...]	[...]	[...]
Garage Gautschi	[...]	[...]	[...]

373. Aufgrund der in der obigen Tabelle gemachten Angaben ergeben sich im vorliegenden Fall für die Untersuchungsadressaten gemäss Art. 49a Abs. 1 KG folgende Maximalsanktionen:

Tabelle 4: Maximalsanktion pro Unternehmen in CHF

Unternehmen	Maximalsanktion (CHF)
ASAG	[...]
Autoweibel	[...]
City-Garage	[...]
Garage Gautschi	[...]

374. Auch bezüglich anderer Tatbestandsmerkmale kann sich die konkrete Berechnung der Pauschalsanktion nur insoweit an den Vorgaben der SVKG orientieren, als ein Nachweis von relevanten tatsächlichen Umständen überhaupt möglich ist. Dies gilt in besonderem Masse für allfällige erschwerende Umstände. Massgeblich ist damit

vor allem, dass die Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemessen wird.

B.5.2.2.1 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

375. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.⁶⁹¹ Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

376. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive⁶⁹² Faktoren im Vordergrund.

377. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.⁶⁹³

378. Vorliegend muss bei der Bemessung der Pauschalsanktionen berücksichtigt werden, dass es sich hier um eine horizontale Preisabsprache handelt. Zudem muss auch in Betracht gezogen werden, dass die Parteien nicht aus ihrer eigenen Initiative entschieden haben, das unzulässige Verhalten abubrechen, sondern die Intervention des Präsidenten des VPVW und der AMAG IMPORT sowie die Selbstanzeige der AMAG sie dazu veranlasst hat. Jedoch gilt es festzuhalten, dass die Abrede nur für kurze Zeit umgesetzt wurde.

B.5.2.2.2 Erschwerende und mildernde Umstände

379. Nach Art. 5 und Art. 6 SVKG sind die erschwerenden und die mildernden Umstände zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.).

I. Erschwerende Umstände

380. Gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG ist insbesondere als erschwerender Umstand zu betrachten, wenn das Unternehmen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat (Bst. a), mit einem Verstoss einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist (Bst. b) oder die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht hat, die Untersuchungen sonst wie zu behindern (Bst. c). Die Bezeichnung „insbesondere“ weist darauf hin, dass die Aufzählung nicht als vollständig aufzufassen ist.

381. Nach Art. 5 Abs. 2 SVKG wird zusätzlich erhöhend berücksichtigt, wenn das Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung angestiftet oder dabei eine führende Rolle gespielt hat (Bst. a) oder wenn das Unternehmen zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede gegenüber anderen an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten Vergeltungsmassnahmen angeordnet oder durchgeführt hat (Bst. b).

382. Wie obenstehend bereits erläutert (Rz 87), wurde ein grosser Teil der Organisation und der Umsetzung des „Projekt Repo 2013“ von der Garage Gautschi übernommen. [Garage Gautschi] hat die Diskussion vom 10. Januar 2013 während der Tagung für Markenverantwortliche und Geschäftsführer autorisierter VW-PW-Betriebe und die Idee des „Projekt Repo 2013“ für die anderen Teilnehmer zusammengefasst (Rz 19 f.), die Teilnehmer angehalten, sich zu engagieren und mitzuziehen (Rz 20, 23) und ihnen die Terminvorschläge für die gemeinsame Besprechung (u.a. auch den 6. Februar 2013) unterbreitet (Rz 24). [Garage Gautschi] schlug ausserdem vor, weitere wichtige Händler zur Teilnahme am „Projekt Repo 2013“ einzuladen (Rz 25). Er sorgte auch dafür, [Name] (ASAG), der am Treffen vom 6. Februar 2013 abwesend war, über die vereinbarte Konditionenliste und das weitere Vorgehen zu informieren (Rz 26). Zudem ist [Garage Gautschi] Autor der Präsentation (Rz 34 ff. und 66), was ihn als wichtigen Urheber des „Projekt Repo 2013“ auszeichnet. Die Frage, ob die Tatbestandelemente von Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG erfüllt sind, kann vorliegend offen gelassen werden. Die oben erwähnten Elemente beweisen allerdings, dass der Garage Gautschi eine bedeutendere Rolle bei der Abrede zukam als den übrigen Unternehmen.

383. Da vorliegend eine Pauschalsanktion ausgesprochen wird, kann der Erhöhungsbetrag nicht exakt beziffert werden. Der Umstand, dass die Garage Gautschi eine wichtige Rolle im vorliegenden Wettbewerbsverstoss gespielt hat, ist aber immerhin erschwerend für die genannte Verfahrenspartei zu berücksichtigen (vgl. Rz 392).

384. Zwar waren die „Kontrolle“ für eine „konsequente Umsetzung des Rabattverhaltens“ und die Massnahmen bei „Verfehlungen“ bereits bei der Vorbereitung des „Projekt Repo 2013“ ein Thema (Rz 23) und wurde in der Präsentation auch festgehalten, dass bei Verfehlungen „eine zwingende und volle Transparenz gegenüber den beteiligten Händlern“ gelte (Rz 44). Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor, wonach eines oder mehrere Unternehmen Vergeltungsmassnahmen angeordnet oder durchgeführt hätten. Daher rechtfertigt sich eine Erhöhung des Sanktionsbetrags aufgrund des Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG vorliegend nicht.

⁶⁹¹ Vgl. Erläuterungen SVKG S. 2 f.

⁶⁹² D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

⁶⁹³ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

II. Mildernde Umstände

385. Bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird der Betrag dann vermindert, wenn das Unternehmen dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG) und Vergeltungsmassnahmen, die zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede vereinbart waren, nicht durchgeführt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. b SVKG).

386. Vorliegend kommen diese Umstände nicht in Betracht. Einerseits haben alle Parteien eine aktive Rolle in dem „Projekt Repo 2013“ gespielt. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass alle Parteien die regionalen Stammtische durchgeführt, die Präsentation gehalten und die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer verteilt haben (siehe Rz 46). Andererseits hat nur die kurze Dauer des „Projekt Repo 2013“ die Umsetzung der allfälligen Vergeltungsmassnahmen nicht ermöglicht.

387. Aus diesen Gründen kommt eine Verminderung des Sanktionsbetrages nicht in Betracht.

B.5.2.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

388. Schliesslich muss eine Busse als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein,⁶⁹⁴ was vorliegend

ohne Weiteres der Fall ist. Die pauschale Sanktionierung wahrt tatsächlich unter Berücksichtigung aller genannten Umstände den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, denn sie ist damit geeignet, erforderlich und zumutbar. Dies nicht nur, weil mittels der Pauschalsanktion berücksichtigt wird, dass die unzulässige Wettbewerbsabrede nur für kurze Zeit umgesetzt wurde, sondern auch, weil die vorliegend berechnete Pauschalsanktion für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar ist.

389. Die ASAG macht geltend, dass sie [...] und dass sie [...]. Aus diesem Grund sei die Sanktion für die ASAG nicht tragbar.⁶⁹⁵ Weder belegt sie aber diese Aussagen noch erklärt sie, inwiefern die vorliegend berechnete Pauschalsanktion ihre Wettbewerbs- und Existenzfähigkeit konkret bedrohen solle.

B.5.3 Ergebnis

390. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände (Dauer und Schwere) und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren lässt sich die Sanktionsberechnung für die ASAG, die Autoweibel, die City-Garage und die Garage Gautschi wie folgt zusammenfassen:⁶⁹⁶

Tabelle 7: Sanktionsbeträge für die einzelnen Parteien

Unternehmen	Maximalsanktion (CHF)	Sanktion (CHF)
ASAG	[...]	[10'000–320'000]
Autoweibel	[...]	[10'000–320'000]
City-Garage	[...]	[10'000–320'000]
Garage Gautschi	[...]	[10'000–320'000]

391. Die oben erwähnten Sanktionsbeträge spiegeln die ungefähren Grössenverhältnisse zwischen den Parteien hinsichtlich der jährlichen Umsätze auf den relevanten Märkten und der Maximalhöhe der Sanktion wieder (vgl. Rz 370). Sie wurden auf der Basis der Pauschalsanktion der ASAG verhältnismässig festgestellt. Diese wurde wie folgt berechnet:

- Die Obergrenze des Basisbetrages von der ASAG beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den die ASAG in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat und zwar CHF [...]–. Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.⁶⁹⁷
- Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Wettbewerbsverstoss nur kurz gedauert hat, mindestens vom 28. März 2013 bis am 3. April 2013 (drei Tage, vgl. Rz 55 und 370), wurde dieser Betrag durch 365 Tage geteilt und mit dem Faktor 3 multipliziert, was rund einen Betrag von

CHF [10'000–320'000]– ergibt und den Sanktionsbetrag der ASAG darstellt.

392. Zudem wurde die wichtige Rolle der Garage Gautschi in dem Wettbewerbsverstoss als erschwerende Umstand berücksichtigt (vgl. Rz 382 f.) und entsprechend ihre Pauschalsanktion mit einem zusätzlichen Betrag von CHF [...]– erhöht.

⁶⁹⁴ Siehe dazu ausführlicher RPW 2009/3, 218, Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁹⁵ Act. 403, Rz 139.

⁶⁹⁶ Die Grössenverhältnisse der einzelnen Sanktionen sind entsprechend der Ausführungen in Rz 370 anhand der Umsätze, welche die Verfahrensparteien in den letzten drei Jahren erzielten, näherungsweise abzuleiten.

⁶⁹⁷ RPW 2013/4, 611 f. Rz 939 ff. m. w. H., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2012/3, 586, Rz 363, *BMW*; RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung der WEKO vom 20 August 2012 in Sachen *Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)*, Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision. Vgl. auch Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. 2006 C 210 vom 1.9.2006, S. 2 ff., Rz 13.

C Kosten

393. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG⁶⁹⁸ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

394. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG *e contrario*). Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde⁶⁹⁹. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

395. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund.⁷⁰⁰ Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV⁷⁰¹).

396. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird⁷⁰².

397. Vorliegend besteht demnach eine Gebührenpflicht der Parteien, da, wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, Kartellrechtsverstösse gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nachgewiesen wurden.

398. 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).

399. In der Vorabverfügung vom 8. August 2014 (vgl. Rz 110 ff.) wurden die Gebühren der AMAG anteilmässig und aufgrund des Verursacherprinzips auferlegt worden.⁷⁰³ So wurden die effektiv verursachten Verfahrenskosten bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der EVR zu einem Fünftel der AMAG auferlegt und ab diesem Zeitpunkt bis zum Abschluss des Verfahrens gegenüber der AMAG diejenigen Kosten der AMAG auferlegt worden,

welche direkt mit Bezug auf sie entstanden sind.⁷⁰⁴ Diesem Umstand wird nachfolgend Rechnung getragen.

400. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall beauftragten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–.

a. Bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der EVR mit der AMAG

401. Der Zeitaufwand für vorliegende Untersuchung bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der EVR mit der AMAG beläuft sich auf insgesamt 1'036.45 Stunden. Die Verfahrenskosten bis zu diesem Zeitpunkt betragen gesamthaft CHF 190'602.–.⁷⁰⁵

402. Ein Fünftel dieses Betrages, CHF 38'120.–, wurde mit der Vorabverfügung der AMAG auferlegt.⁷⁰⁶ Die übrigen vier Fünftel, CHF 152'482.–, werden somit den Parteien anteilmässig auferlegt.

b. Ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der EVR

403. Zum ersten Betrag der Verfahrenskosten werden diejenigen Gebühren hinzugerechnet, die den Parteien bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens entstanden sind. Der Zeitaufwand für die vorliegende Untersuchung ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der EVR mit der AMAG beläuft sich auf insgesamt 579.33 Stunden. Die Verfahrenskosten ab diesem Zeitpunkt betragen gesamthaft CHF 100'671.–.

404. Die gesamte Gebühr für die Parteien beträgt demnach CHF 253'153.–.

405. Die ASAG, Autoweibel, City-Garage und Garage Gautschi zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegten Gebühren (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV⁷⁰⁷) betragen je Unternehmen CHF 63'288.25.–.

D Ergebnis

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

407. Die Vereinbarung von einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erst Offerte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns zwischen AMAG, ASAG, Autoweibel, City-Garage und Garage Gautschi und die Durchführung von regionalen Stammtischen

⁶⁹⁸ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁶⁹⁹ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG *e contrario*.

⁷⁰⁰ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷⁰¹ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

⁷⁰² BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 *e contrario* (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 806 f. E. 16.1.3, *Gaba/WEKO*.

⁷⁰³ Act. 289, S. 6 f.

⁷⁰⁴ Act. 289, S. 7.

⁷⁰⁵ Idem.

⁷⁰⁶ Act. 289, S. 7.

⁷⁰⁷ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

des VPVWs zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar (vgl. Rz 220 ff. und 244). Die gesetzlich statuierte *Vermutung der Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden (vgl. Rz 288). Die Abrede *beeinträchtigt* den Wettbewerb auf allen relevanten Märkten aber erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 340). Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG liegen keine vor (vgl. Rz 349). Es handelt sich somit um eine *unzulässige Wettbewerbsabrede* gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. Rz 350 f.).

408. Die ASAG, Autoweibel, City-Garage und Garage Gautschi sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 352 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 390 f.): ASAG CHF [10'000–320'000].–, Autoweibel CHF [10'000–320'000].–, City-Garage CHF [10'000–320'000].–, Garage Gautschi CHF [10'000–320'000].–.

409. Mit Vorabverfügung vom 8. August 2014 wurde die EVR vom 16. April 2014 zwischen dem Sekretariat und der AMAG genehmigt und das Verfahren gegenüber diesem Unternehmen abgeschlossen (vgl. Rz 110 ff.). Aufgrund ihrer Selbstanzeige wurde der AMAG keine Sanktion auferlegt (vgl. Rz 113).

410. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 408 genannten Unternehmen die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 393 ff.).

E Dispositiv

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

1. Asag Auto-Service AG, Autoweibel AG, City-Garage AG, St. Gallen und Garage Gautschi Holding AG wird untersagt,
 - 1.1. die Vereinbarungen des „Projekt Repo 2013“ über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzern, insbesondere sämtliche gemeinsam vereinbarten Konditionenlisten, anzuwenden und die „Stammtische“ im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen, durchzuführen,
 - 1.2. mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW Informationen über

künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen, und

- 1.3. mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens anderen preisrelevanten Informationen auszutauschen.
2. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
 - ASAG Auto-Service AG CHF [10'000–320'000].–
 - Autoweibel AG CHF [10'000–320'000].–
 - City-Garage AG, St. Gallen CHF [10'000–320'000].–
 - Garage Gautschi Holding AG CHF [10'000–320'000].
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 253'153.– und werden der ASAG Auto-Service AG, Autoweibel AG, City-Garage AG, St. Gallen und Garage Gautschi Holding AG zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 63'288.25.–, unter solidarischer Haftung auferlegt.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - ASAG Auto-Service AG, in Basel, vertreten durch [...]
 - Autoweibel AG, in Aarberg, vertreten durch [...]
 - City-Garage AG, St. Gallen, in St. Gallen, vertreten durch [...]
 - Garage Gautschi Holding AG, in Thunstetten, vertreten durch [...]
5. Die Verfügung geht in Kopie an:
 - AMAG Automobil- und Motoren AG, in Zürich, vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

F Anhänge

- Anhang 1: Die vereinbarte Konditionenliste (Act. 19, Beilage 3)
- Anhang 2: Präsentation (Act. 19, Beilage 1)
- Anhang 3: Präsentation Region 8 (Act. 22)
- Anhang 4: Vergleichstabelle der Präsentationen

Verfügung vom 20. Juni 2016 gemäss Art. 48 Abs. 1 KG in Sachen Untersuchung 22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013 betreffend Geschäftsgeheimnisse / Publikation der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2015 gegen

City-Garage AG, St. Gallen, in St. Gallen
Vertreten durch [...].

A Verfahren und Sachverhalt

1. Am 19. Oktober 2015 fällte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) ihren Entscheid gegen die City-Garage AG, St. Gallen (nachfolgend: City-Garage) in der Untersuchung 22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013 (nachfolgend: Verfügung vom 19. Oktober 2015). Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) stellte diese Verfügung der City-Garage im Namen der WEKO am 28. Oktober 2015 zu¹ und bat sie gleichzeitig, ihm im Hinblick auf die Publikation der Verfügung in der Reihe „Recht und Politik des Wettbewerbs“ (RPW) bis am 30. November 2015 mitzuteilen, ob die zugestellte Verfügung Geschäftsgeheimnisse enthalte, welche vor der Veröffentlichung abgedeckt werden müssten.²

2. Mit Schreiben vom 26. November 2015 beantragte die City-Garage hierfür eine Fristverlängerung um 30 Tage,³ welche das Sekretariat gewährte (es verlängerte die Frist gar bis zum 4. Januar 2016).⁴ Mit Schreiben vom 4. Januar 2016 ersuchte die City-Garage um eine zweite Fristerstreckung bis am 18. Januar 2016.⁵ Das Sekretariat gewährte der City-Garage eine Nachfrist bis am 11. Januar 2016.⁶ Innert erstreckter Frist reichte die City-Garage dem Sekretariat mit Schreiben vom 11. Januar 2016 eine über weite Teile geschwärzte Version der Verfügung vom 19. Oktober 2015 ein. Die City-Garage wies zudem darauf hin, dass eine Veröffentlichung der Verfügung in einer Form, die von der beiliegenden Version abweicht, die Interessen der City-Garage, namentlich deren Geschäftsgeheimnisse, in schwerwiegender Weise verletzen würde und dass jegliche Veröffentlichung der Verfügung oder einer entsprechenden Erwähnung im Jahresbericht der WEKO zuvor des ausdrücklichen Einverständnisses der City-Garage oder einer entsprechend rechtskräftigen Verfügung der WEKO bedürfe.⁷ Die von ihr vorgenommene Qualifizierung der abgedeckten Stellen als Geschäftsgeheimnisse begründete sie aber nicht.

3. Gegen die Verfügung vom 19. Oktober 2015 erhob die City-Garage am 4. Dezember 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) an.⁸ Dieses Beschwerdeverfahren (B-7834/2015) ist noch hängig. Die City-Garage beantragte im Beschwerdeverfahren unter anderem, die WEKO sei anzuweisen, „von einer Publikation der Verfügung vom 19. Oktober 2015 bis Eintritt ihrer Rechtskraft abzusehen, unter Berücksichtigung der abzudeckenden Geschäftsgeheimnisse“.⁹

4. Mit Schreiben vom 2. März 2016 liess das Sekretariat der City-Garage eine Publikationsversion der Verfügung

vom 19. Oktober 2015 zukommen, in welcher diejenigen Textstellen entfernt worden waren, für die nach Ansicht des Sekretariats ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der City-Garage besteht.¹ Zudem wies das Sekretariat die City-Garage darauf hin, dass einzeln bestimmte Tatsachen als Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen sind und dass die Geschäftsgeheimnisbezeichnung von integralen Dokumenten oder Seiten eines Dokumentes die Ausnahme darstelle. Der City-Garage wurde schliesslich nochmals die Gelegenheit eingeräumt, dem Sekretariat bis zum 18. März 2016 mitzuteilen, ob sie mit den markierten Textstellen in der Verfügung einverstanden sei und, sofern sie an die Bezeichnungen als Geschäftsgeheimnisse gemäss seines Schreibens vom 11. Januar 2016 festhalten wollte, dies entsprechend für jede Passage zu begründen. Das Sekretariat wies die City-Garage zudem darauf hin, dass es sich vorbehalte, eine kostenpflichtige Verfügung zu erlassen, falls die City-Garage an der Abdeckung gewisser strittiger Textstellen bzw. Passagen festhalten wolle.¹¹

5. Mit Schreiben vom 16. März 2016 beantragte die City-Garage eine Fristverlängerung um 30 Tage, um zur Publikationsversion der Verfügung vom 19. Oktober 2015 und zur Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse Stellung zu nehmen.¹² Das Sekretariat räumte der City-Garage eine Fristerstreckung bis am 18. April 2016 ein.¹³ Innert erstreckter Frist wies die City-Garage das Sekretariat darauf hin, dass die Version der Verfügung vom 19. Oktober 2015, welche am 28. Oktober 2015 zugestellt worden war, insgesamt 411 Randziffern habe, während die Version derselben Verfügung, welche das Sekretariat ihr mit Schreiben vom 2. März 2016 zugestellt hatte, nur 410 Randziffern aufweise. Zudem ersuchte die City-Garage das Sekretariat um eine Klärung der Frage, welche dieser beiden Versionen nun tatsächlich und rechtlich gelte. Die City-Garage stellte sich auf den Standpunkt, dass bis zur Klärung dieser Frage alle Passagen als Geschäftsgeheimnis, welche die City-Garage als solche mit Eingabe

¹ Schreiben vom 28.10.2015 des Sekretariats betreffend die Zustellung der Verfügung: Act. 1.

² Idem.

³ Fristerstreckungsgesuch vom 26.11.2015 der City-Garage: Act. 5.

⁴ Fristerstreckung (vorab per E-Mail) vom 2.12.2015 des Sekretariats: Act. 8 und 10.

⁵ Fristerstreckungsgesuch vom 4.1.2016 der City-Garage: Act. 17.

⁶ Fristerstreckung (vorab per E-Mail) vom 5.1.2016 des Sekretariats: Act. 20 und 22.

⁷ Eingabe vom 11.1.2016 der City-Garage betreffend die Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse in der Verfügung: Act. 24.

⁸ Beschwerde vom 4.12.2015 der City-Garage: Act. 12.

⁹ Act. 12, vgl. Beschwerdeschrift, S. 2, 2. und 3. Anträge.

¹⁰ Schreiben vom 2.3.2016 des Sekretariats betreffend die Zustellung der Publikationsversion der Verfügung: Act. 30.

¹¹ Idem.

¹² Fristerstreckungsgesuch vom 16.3.2016 der City-Garage: Act. 32.

¹³ Fristerstreckung (vorab per E-Mail) vom 18.3.2016 des Sekretariats: Act. 35 und 36.

vom 11. Januar 2016 bezeichnet hatte, als Geschäftsgeheimnisse gelten würden.¹⁴ Die City-Garage verlangte zudem, dass jegliche Veröffentlichung der von ihr geschwärzten Passagen der Verfügung vom 19. Oktober 2015 oder eine entsprechende Erwähnung im Jahresbericht der WEKO zu unterbleiben habe, falls nicht zuvor ihr ausdrücklichen Einverständnis oder eine entsprechende rechtskräftige Verfügung vorliege.¹⁵

6. Mit Zwischenverfügung vom 24. März 2016 entschied das BVGer unter anderem das Beschwerdeverfahren B-7834/2015 zu sistieren (Grund: Abwarten eines anderen Entscheids).¹⁶ Mit gleicher Zwischenverfügung forderte es die WEKO auf, vor einer Publikation der Verfügung vom 19. Oktober 2015 eine entsprechende Verfügung zu erlassen, für den Fall, dass zwischen ihr und der City-Garage Differenzen hinsichtlich der Publikation der angefochtenen Verfügung oder der Qualifikation von Passagen derselben als Geschäftsgeheimnisse bestehen.¹⁷

7. Mit Schreiben vom 21. April 2016 stellte das Sekretariat fest, dass ihm die City-Garage nicht innerhalb der angesetzten Frist mitgeteilt hatte, ob sie mit der vom Sekretariat zugestellten Publikationsversion der Verfügung vom 19. Oktober 2015 einverstanden sei.¹⁸ Demzufolge ging das Sekretariat davon aus, dass die City-Garage an den Bezeichnungen als Geschäftsgeheimnisse gemäss ihrer Eingabe vom 11. Januar 2016 festhält. Aus diesen Grund kündigte das Sekretariat der City-Garage erneut an, dass es eine kostenpflichtige Verfügung zur Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse und zur Publikation erlassen werde.¹⁹ Hinsichtlich der Frage bezüglich der unterschiedlichen Anzahl von Randziffern antwortete das Sekretariat, dass in der Version der Verfügung, die der City-Garage mit Schreiben vom 28. Oktober 2015 eröffnet wurde, ein unbeabsichtigter Paragrafenbruch zwischen den Randziffern 150 und 151 bestand und dass dieser Fehler im Rahmen der Vorbereitung der Verfügungsversion für die Publikation vom 2. März 2016 festgestellt und korrigiert wurde. Das Sekretariat wies die City-Garage darauf hin, dass es sich offensichtlich um einen Tippfehler ohne Einfluss auf ihre tatsächliche und rechtliche Situation handelt und dass dieser keine Bedeutung hinsichtlich einer Rechtmässigkeit der Verfügung vom 19. Oktober 2015 und der Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen hat.²⁰

8. Mit Schreiben vom 11. Mai 2016 teilte die City-Garage dem Sekretariat mit, dass sie erneut Stellung zur Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse nehmen werde.²¹ Voraussetzung sei, dass das Sekretariat sie über das weitere Vorgehen gegenüber der AMAG im Zusammenhang mit dem Urteil des BVGer vom 13. April 2016, mit welchem die Verfügung des ehemaligen Vizepräsidenten vom 8. August 2014 für nichtig erklärt wurde,²² informiere.²³

9. Mit Schreiben vom 12. Mai 2016 informierte das Sekretariat die City-Garage wie von ihr gewünscht über das weitere Vorgehen.²⁴

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

B Erwägungen

B.1 Formelles

B.1.1.1 Gegenstand der Verfügung

11. Vorliegend verlangte die City-Garage in ihrem Schreiben vom 11. Januar 2016, dass eine Veröffentlichung der Verfügung vom 19. Oktober 2015 in einer anderen als der von ihr eingereichten Form, die Interessen der City-Garage, namentlich deren Geschäftsgeheimnisse, in schwerwiegender Weise verletzen würde. Im gleichen Schreiben hielt sie zudem fest, dass vor einer Veröffentlichung der Verfügung oder einer entsprechenden Erwähnung im Jahresbericht der WEKO das ausdrückliche Einverständnis der City-Garage oder eine entsprechende rechtskräftige Verfügung der WEKO vorliegen müsse (Rz 2). In ihrem Schreiben vom 18. April 2016 verlangte die City-Garage dann allerdings, dass jegliche Veröffentlichung *der von ihr geschwärzten Passagen* der Verfügung vom 19. Oktober 2015 ihres ausdrücklichen Einverständnisses oder einer entsprechenden rechtskräftigen Verfügung bedürfe (Rz 5).

12. Unklar ist somit, ob die City-Garage nur die Frage des Umfangs einer allfälligen Publikation der Verfügung vom 19. Oktober 2015 aufwirft oder auch die grundsätzliche Frage anspricht, ob überhaupt eine Publikation erfolgen soll. Zugunsten der City-Garage geht die WEKO davon aus, diese wolle sich auch grundsätzlich gegen die Publikation zur Wehr setzen.

13. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Publikation einer (End-)Verfügung der WEKO zu Recht als Realakt und entsprechend als nicht anfechtbar qualifiziert. Eine anfechtbare Verfügung ergehe, wenn sich die Behörde und eine Partei, die in ihrem schutzwürdigen Interesse berührt sei, über die *Form oder Art der Publikation* nicht einigen könnten (Art. 25a Abs. 2 VwVG²⁵).²⁶

¹⁴ Schreiben vom 18.4.2016 der City-Garage betreffend die Publikationsversion der Verfügung: Act. 41.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Zwischenverfügung vom 24.3.2016 des BVGer betreffend die Sistierung: Act. 37, Dispositiv Punkt 3 [diese Zwischenverfügung ist in Kraft getreten].

¹⁷ Act. 37, Dispositiv Punkt 4 [diese Zwischenverfügung ist in Kraft getreten].

¹⁸ Schreiben vom 21.4.2016 des Sekretariats betreffend die Stellungnahme der City-Garage zur Publikationsversion der Verfügung: Act. 42. 19 Idem.

²⁰ Act. 42.

²¹ Schreiben vom 11.5.2016 der City-Garage betreffend die Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse: Act. 44.

²² Urteil des BVGer vom 13.4.2016 im Beschwerdeverfahren B-5290/2014: Act. 39 [dieses Urteil ist in Kraft getreten].

²³ Act. 44.

²⁴ Schreiben vom 12.5.2016 des Sekretariats betreffend die Zustellung des Antrags bezüglich der AMAG: Act. 46.

²⁵ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

²⁶ Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 1.1 m.w.H., *Nikon/WEKO*.

14. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Antrag der City-Garage um eine rechtskräftige Verfügung der WEKO betreffend die Veröffentlichung der Verfügung vom 19. Oktober 2015 als Begehren gemäss Art. 25a Bst. a VwVG entgegenzunehmen ist, mit welchem die Unterlassung der Publikation der Verfügung vom 19. Oktober 2015 verlangt wird.

B.1.1.2 Zuständigkeit

15. Zuständig für den Erlass einer Verfügung über einen Realakt (vorliegend die Publikation) ist die Behörde, welche für die Vornahme dieses Realakts zuständig ist. Die Publikation einer Verfügung stützt sich auf Art. 48 KG, allenfalls auf Art. 49 KG.

16. Gemäss Art. 48 Abs. 1 und 49 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide selbständig veröffentlichen und die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit informieren. Sie haben dabei die Geschäftsgeheimnisse und allfällige Persönlichkeitsrechte der betroffenen Unternehmen zu wahren.

17. Art. 35 Abs. 1 GR-WEKO²⁷ bestimmt, dass Endverfügungen publiziert werden.

18. Nach Art. 18 Abs. 3 KG trifft die WEKO die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO sieht weiter vor, dass die WEKO alle Aufgaben und Befugnisse der Wettbewerbsbehörden wahrnimmt, die nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

19. Vorliegend hat die WEKO die zu publizierende Verfügung erlassen. In Ermangelung einer abweichenden Regelung ist daher auch die WEKO für die Beurteilung sämtlicher Fragen in Zusammenhang mit der Publikation der Verfügung zuständig. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass die WEKO durch die Zwischenverfügung vom 24. März 2016 des BVGer aufgefordert wurde, eine Verfügung über die Publikation der Verfügung vom 19. Oktober 2015 oder die Qualifikation von Passagen als Geschäftsgeheimnisse zu erlassen (Rz 6).

20. Zuständig für den Erlass der vorliegenden Verfügung nach Art. 25a VwVG ist demnach die WEKO.

B.1.1.3 Schutzwürdiges Interesse

21. Eine Verfügung nach Art. 25a VwVG kann verlangen, wer ein schutzwürdiges Interesse hat und belegt, dass seine Rechte oder Pflichten durch das behördliche Verhalten berührt sind.

22. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn der Geschuchsteller ein aktuelles rechtliches oder bloss tatsächliches Interesse am Ausgang des Verfahrens hat und dieser ihm einen unmittelbaren, praktischen Nutzen bringen kann.²⁸ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das „schutzwürdige Interesse“ im Sinne von Art. 25a VwVG grundsätzlich gleich zu verstehen wie beim Parteibegriff (Art. 6 VwVG) und der Beschwerdebefugnis nach Art. 48 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 89 Abs. 1 BGG^{29,30}. Dieses kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein, soweit die gesuchstellende Person an der Rechtsklärung mittels Verfügung über den Realakt einen praktischen Nutzen hat.³¹ Das „Berührtsein in Rechten oder Pflichten“ setzt

einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre der betroffenen Person voraus; dies ist vor allem der Fall, wenn der Schutz von Grundrechten in Frage kommt. Beide Kriterien („schutzwürdiges Interesse“ und „Berührtsein in Rechten und Pflichten“) fallen aber weitgehend ineinander.³²

23. Betreffend die Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse in der Verfügung vom 19. Oktober 2015 hat die City-Garage trotz mehrmaligem Nachfragen nicht vorgebracht, welches konkrete Interesse durch eine Publikation verletzt werden könnte. Sie verweist lediglich pauschal auf Geschäftsgeheimnisse, ohne diese auch nur ansatzweise zu begründen (Rz 2 und 5). In ihrer Beschwerde gegen die Verfügung vom 19. Oktober 2015 brachte die City-Garage vor, dass sie durch die Berichte der WEKO in den Medien über das Ergebnis der Untersuchung unwiderrufliche wirtschaftliche Nachteile erlitten habe und dass deshalb Geschäftspartner mit dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen gedroht hätten.³³ Weiter machte sie in ihrer Duplik vom 15. Februar 2016 betreffend die Anträge zur Sistierung des Beschwerdeverfahrens B-7834/2015 (vgl. Rz 3) geltend, dass eine Publikation nicht wiedergutmachende Nachteile auf Seiten der Beschwerdeführerin verursachen und mithin ihre Persönlichkeitsrechte verletzen würde. Solche entstandenen Schäden könnten für ein derart traditionsreiches Unternehmen nicht geheilt werden.³⁴ Die City-Garage begründet aber nicht welche konkreten Nachteile bzw. Schaden sie erlitten habe bzw. werde. Im Übrigen wäre ein möglicher Reputationsverlust der City-Garage nicht auf die Missachtung von Geschäftsgeheimnissen zurückzuführen, sondern auf die Information über ein kartellrechtswidriges Verhalten.

24. Trotz der fehlenden Ausführungen der City-Garage zu ihrem schutzwürdigen Interesse, besteht aber aus Sicht der WEKO ein solches. Denn ein Gutheissen ihres Gesuches bzw. die Publikation der Verfügung gemäss dem Vorschlag der City-Garage würde dazu führen, dass verschiedene die City-Garage betreffende Informationen nicht publiziert würden. Sie hat demnach ein Interesse am Ausgang des Verfahrens und hätte einen praktischen Nutzen daraus. Die fehlende Begründung ist im Rahmen der Prüfung der Rechtmässigkeit einer Publikation zu berücksichtigen. Auf das Gesuch wird somit eingetreten.

²⁷ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

²⁸ BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Kommentar zum VwVG, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 25a VwVG N 27 ff.

²⁹ Bundesgesetz vom 17.6.2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

³⁰ BGE 140 II 315, 324 f., E. 4.2 m.w.H.

³¹ Idem.

³² BGE 140 II 315, 324 f., E. 4.3 m.w.H. Vgl. auch ISABELLE HÄNER, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Aufl., 2016, Art. 25a VwVG N 27.

³³ Act. 12, Beschwerdeschrift, Rz 117 ff.

³⁴ Duplik vom 15.2.2016 der City-Garage zur Stellungnahme des Sekretariats: Act. 27, Rz 6 f.

B.2 Materielles

B.2.1 Zur Publikation

25. Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Art. 49 Abs. 1 KG verpflichtet die Wettbewerbsbehörden überdies, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren. Art. 35 Abs. 1 GR-WEKO³⁵ sieht vor, dass Endverfügungen publiziert werden. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Publikation der Verfügung vom 19. Oktober 2015 wird denn auch vom BVGer nicht in Zweifel gezogen.³⁶

26. Die Veröffentlichung der Praxis der Wettbewerbsbehörden hat eine grundsätzliche Bedeutung, weil dadurch die Transparenz der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden sowie die Rechtssicherheit für die rechtsunterworfenen Wirtschaftssubjekte erhöht werden.³⁷

27. Anzumerken ist auch, dass der Gesetzgeber mit der Einführung direkter Sanktionen (Art. 49a KG) in der Kartellgesetzrevision von 2003 die generalpräventive Wirkung verstärken wollte. Die Marktteilnehmer sollen ihr Verhalten so ausrichten können, dass sie direkte Sanktionen erst gar nicht zu befürchten haben. Der Rechtssicherheit für die Unternehmen sei deshalb besondere Beachtung zu schenken.³⁸ Der Veröffentlichung nachvollziehbarer begründeter Entscheide kommt deshalb im Kartellrechtvollzug insofern eine wichtige Rolle zu, als eine generalpräventive Wirkung erst durch die mittels Veröffentlichung erreichte Zugänglichkeit der Entscheide erzielt werden kann.

28. In Übereinstimmung mit Art. 33 und 35 GR-WEKO und entsprechend dem Streben nach Transparenz, Nachvollziehbarkeit und einer abschreckenden Wirkung bezüglich Kartellrechtsverstössen veröffentlichen die Wettbewerbsbehörden deshalb in langjähriger Praxis ihre abgeschlossenen Untersuchungen mittels ausführlich begründeter Verfügungen im Publikationsorgan Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW). Zusätzlich werden die Entscheide bereits vor ihrer RPW-Publikation im Internet veröffentlicht. Diese ständige Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde vom BVGer bestätigt.³⁹

B.2.2 Zum Umfang der Publikation

29. Bei ihrer Publikationstätigkeit haben die Behörden jedoch einen angemessenen Persönlichkeit- und Geheimnisschutz der betroffenen Personen zu wahren.⁴⁰ Bei der Publikation von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden sind mithin Geschäftsgeheimnisse und allfällige Persönlichkeitsrechte zu schützen.⁴¹

30. Während die Behörde ein Recht und eine Pflicht zur Information der Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit hat, haben die Verfahrensbeteiligten einen Anspruch auf Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse (Art. 25 Abs. 4 KG). Diesen beiden, an sich in einem Spannungsverhältnis stehenden Grundsätzen wird durch die im Kartellgesetz enthaltene Regelung und die darauf abstellende Praxis Rechnung getragen.

31. Art. 25 Abs. 4 KG, wonach die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen, enthält keine Definition des Geschäftsgeheimnisbegriffs. Die Begriffsbestimmung im Kartellrecht lehnt sich daher in langer Praxis an die Recht-

sprechung zu Art. 162 StGB⁴² (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses)⁴³ und Art. 4 Bst. c, 6 und 15 UWG⁴⁴ an.⁴⁵

32. Gemäss dieser Rechtsprechung gilt eine Tatsache als Geschäftsgeheimnis, wenn sie kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt:

- a. Die Tatsache ist weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich (Mangel an Offenkundigkeit und Zugänglichkeit);
- b. der Geheimnisherr will die Tatsache geheim halten (subjektiver Geheimhaltungswille);
- c. der Geheimnisherr hat an der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse (objektives Geheimhaltungsinteresse).⁴⁶

33. Diese Voraussetzungen können zwar auch von der publizierenden Behörde geprüft werden (z.B. ob eine Information öffentlich zugänglich ist). Es ist aber in erster Linie an einem potentiellen Geschäftsgeheimnisherrn, das Vorliegen dieser Voraussetzungen darzulegen. Die Gesuchstellerin hat das vorliegende Verfahren durch ihr Begehren eingeleitet, weshalb sie verpflichtet ist, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG).⁴⁷ Ausserdem verfügt einzig der Geheimnisherr über gewisse notwendigen Informationen (Will er eine Information geheim halten? Welche berechtigten Interessen macht er geltend?).

³⁵ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

³⁶ Vgl. Urteile des BVGer B-6180/2013 vom 12.12.2013, E. 4, A./WEKO; B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 4.1 und 5.1, *Nikon AG/WEKO*.

³⁷ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 48 KG N 7.

³⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 5.1.4, *Nikon AG/WEKO*, mit Verweis auf die Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002, 2041.

³⁹ Vgl. Urteile des BVGer B-6180/2013 vom 12.12.2013, E. 4, A./WEKO; B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 4.1 und 5.1, *Nikon AG/WEKO*.

⁴⁰ Vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6, *Nikon AG/WEKO*.

⁴¹ Vgl. Zwischenverfügung des BVGer, RPW 2014/2, 471 E. 5, A./WEKO.

⁴² Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

⁴³ SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 25 KG N 51.

⁴⁴ Bundesgesetz vom 19.12.1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

⁴⁵ BGE 103 IV 283, 283 E. 2.b; JEAN MARC REYMOND, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 16 KG N 14; REGULA WALTER, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 16 N 6; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 16 KG N 3; JACQUES GUYET, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/1, von Büren/David (Hrsg.), 1994, 192.

⁴⁶ BGE 103 IV 283, 284 E. 2.b; BGE 109 Ib 56 E. 5c; vgl. betreffend das KG, Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6.4, *Nikon AG/WEKO*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 698, 708 E. 3, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*; <www.weko.amdin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Merkblatt: Geschäftsgeheimnisse, S. 2.

⁴⁷ Die Mitwirkungspflicht des Geheimnisherrn wird auch vom Bundesverwaltungsgericht explizit erwähnt (Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 589 E. 6.3.2, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*).

34. Bereits bei der Zustellung der Verfügung am 28. Oktober 2015 hat das Sekretariat die City-Garage darum gebeten, mitzuteilen, ob die Verfügung vom 19. Oktober 2015 Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung abgedeckt werden müssen (Rz 1). Das Sekretariat wies die City-Garage zudem darauf hin, dass die Grundsätze zur Qualifikation als Geschäftsgeheimnis im entsprechenden Merkblatt entnommen werden können. In ihrer Antwort vom 11. Januar 2016 bezeichnete die City-Garage ohne Begründung mehrere Teile der Verfügung vom 19. Oktober 2015 (sogar seitenweise) als Geschäftsgeheimnis: Das Kapitel „A Sachverhalt“ wurde praktisch vollumfänglich abgedeckt; gesamte Paragraphen unter den Kapiteln „A.4 Verfahren“ und „B Erwägungen“ wurden auch geschwärzt.⁴⁸ Diverse Abdeckungen betreffen Stellen, welche offensichtlich keine Geschäftsgeheimnisse enthalten. Als Beispiel seien die allgemeinen Ausführungen zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz in Zusammenhang mit der Pauschalsanktion erwähnt (siehe z.B. Rz 388 der Verfügung).

35. Das Sekretariat hat die Verfügung vom 19. Oktober 2015 aufwändig selbst bereinigt, das heisst, es hat die Informationen entfernt, welche aus seiner Sicht Geschäftsgeheimnisse im soeben dargelegten Sinne darstellen könnten. Diese Version hat es der City-Garage mit Schreiben vom 2. März 2016 zugestellt, damit diese allenfalls weitere Geschäftsgeheimnisse bezeichnen kann (Rz 4). Zudem hat das Sekretariat die City-Garage darauf hingewiesen, dass nur einzeln bestimmte Tatsachen als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet werden können und dass die Erklärung zu Geschäftsgeheimnissen von integralen Dokumenten oder Seiten eines Dokumentes die Ausnahme bleibt. Für den Fall, dass nicht alle von ihr als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Textstellen vom Sekretariat berücksichtigt werden konnten, forderte das Sekretariat die City-Garage schliesslich auf, ihm mitzuteilen, ob sie an diesen Bezeichnungen als Geschäftsgeheimnisse festhalten wollte und bat sie dies für jede Passage zu begründen.

36. Die City-Garage gab mit ihrem Schreiben vom 18. April 2016 lediglich an, dass jegliche Veröffentlichung der von ihr geschwärzten Passagen der Verfügung ihres ausdrücklichen Einverständnisses oder einer entsprechenden rechtskräftigen Verfügung bedürfen würde (Rz 5). Eine Begründung für die von ihr vorgenommenen sehr umfangreichen Abdeckungen hat sie allerdings auch in diesem Schreiben nicht geliefert.

37. Es ist deshalb festzustellen, dass die City-Garage weder in ihrem Schreiben vom 11. Januar 2016 noch in jenem vom 18. April 2016 begründete, wieso die von ihr abgedeckten Verfügungssteile als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren wären.

38. Damit hat die City-Garage ihre Mitwirkungspflicht verletzt. Es darf von ihr – zumal sie anwaltlich vertreten ist – erwartet werden, dass sie die von ihr geltend gemachten Rechte begründet, zumindest soweit die Gründe für die Behörde nicht ohne weiteres erkennbar sind. Ihr Vorgehen scheint darauf abzuzielen, die Publikation hinauszuzögern und grenzt aufgrund der noch immer verweigerten Begründung an Trölererei.

39. Die Wettbewerbskommission verfügt deshalb, dass die Verfügung vom 19. Oktober 2015 in der Version gemäss Anhang publiziert wird.

C Kosten

40. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁴⁹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Die City-Garage hielt mit ihren Eingaben zur Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse fest, dass die Verfügung vom 19. Oktober 2015 nicht ohne zuvor ihr Einverständnis oder eine rechtskräftige Verfügung der WEKO publiziert werden solle, und verlangte somit den Erlass einer Verfügung nach Art. 25a VwVG (Rz 14). Da die verfügende Behörde zum Schluss kommt, dass die Publikation des Schlussberichts in der geplanten Form rechtmässig ist, unterliegt die City-Garage, welche nach wie vor und ohne Begründung Geschäftsgeheimnisse geltend macht.

41. 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).

42. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung belief sich auf insgesamt 12 Stunden. Dieser Zeitaufwand wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter zu folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 10 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 2'000.–,
- 2 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 580.–.

43. Demnach beläuft sich die Gebühr auf insgesamt CHF 2'580.–.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2015 betreffend die Untersuchung 22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013 wird in der Version veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 2'580.– werden der City-Garage auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

City-Garage AG, St. Gallen, in St. Gallen,
vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

E Anhang

Publikationsversion der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2015

⁴⁸ Vgl. Act. 24, Anhang.

⁴⁹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 6. August 2018

Sachverhalt

1. Am 03. Juli 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft ein Verkaufsrecht der ASAG Auto-Service AG gegenüber der AMAG Import AG (nachfolgend gemeinsam: „die Parteien“) zum Verkauf von bestimmten ASAG-Betriebsaktivitäten an diese.

2. Die AMAG Import AG (nachfolgend: AMAG) ist eine Tochtergesellschaft der AMAG Group AG. Beide vorgenannten Gesellschaften haben ihren Sitz in Zürich. Die AMAG Group AG ist die Holding Gesellschaft der AMAG Gruppe, welche als schweizerische Unternehmensgruppe hauptsächlich im Automobilhandel tätig ist. Die AMAG betreibt insbesondere das Importgeschäft der AMAG Gruppe. Das Retailgeschäft der AMAG Gruppe wird durch AMAG Automobil und Motoren AG (nachfolgend: AMAG Retail) betrieben, die gleichzeitig eine Schwester-gesellschaft der AMAG ist.

3. Die AMAG Gruppe ist (mit AMAG) die Generalimporteurin des Volkswagen-Konzerns in der Schweiz und importiert Personenwagen der Marken VW, Audi, Seat, Skoda und VW Nutzfahrzeuge. Die AMAG Gruppe ist zudem (mit AMAG Retail) im Einzelhandel mit Kraftfahrzeugen tätig und verkauft Fahrzeuge der Marken VW, Audi, SEAT, Skoda und VW Nutzfahrzeuge und erbringt Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten (Service) an Fahrzeugen dieser Marken. Von der AMAG importierte Fahrzeuge, die nicht durch AMAG Retail verkauft werden, werden über ein Netz von unabhängigen Vertriebspartnern der AMAG (nachfolgend: das AMAG Vertriebsnetz) verkauft. Daneben bietet die AMAG Gruppe (über weitere Tochtergesellschaften) insbesondere Fahrzeugleasing, Flottenmanagement, Occasionsfahrzeuge, Mietwagen, Carsharing und Auto- und Mobilitätsversicherungen an und betreibt Parkhäuser.³

4. Zielunternehmen sind Vermögenswerte, die ASAG-Betriebsaktivitäten, welche gegenwärtig im Eigentum der ASAG Auto-Service AG (nachfolgend: ASAG) und der Bafima AG (nachfolgend: Bafima) stehen. Beide vorgenannten Gesellschaften haben ihren Sitz in Basel. Bei

den ASAG-Betriebsaktivitäten handelt es sich um Vermögenswerte (und Verbindlichkeiten⁴) der ASAG, mit denen diese gegenwärtig als unabhängiger Vertriebs- und Servicepartner der AMAG ein Einzelhandelsgeschäft mit Personenwagen der Marken Audi, Seat und Skoda betreibt, und einer Baurechtsparzelle der Bafima, mit welcher obiges Einzelhandelsgeschäft der ASAG am Standort Dreispitz Basel betrieben wird. Mit den ASAG Betriebsaktivitäten werden die folgenden Standorte der ASAG betrieben: Dreispitz Basel, Rheinfelden, Liestal, Pratteln, Kleinbasel und Reinach.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken die Parteien eine Absicherung von Investitionen in den Standort Dreispitz (durch die ASAG) und einen Erhalt des Standorts Dreispitz im Vertriebsnetz der AMAG.

Unternehmenszusammenschluss

6. Mit dem Optionsvertrag vom 19. Juni 2015 vereinbarten die AMAG und die ASAG ein Verkaufsrecht der ASAG, welches vorsieht bestimmte Betriebsteile der ASAG, jene mit dem Einzelhandelsgeschäft mit Fahrzeugen der Marken Audi, Seat, Skoda (ASAG-Betriebsaktivitäten, vgl. Rz 4), an die AMAG zu verkaufen.

7. Im Ergebnis führt die Ausübung des Verkaufsrechts der ASAG zu einem Kontrollerwerb der AMAG über die ASAG Betriebsaktivitäten und stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

Sachlich relevante Märkte

8. Beide Parteien sind im Einzelhandel mit Fahrzeugen der Marken Audi, Seat und Skoda (Retail-Ebene) sowie im Bereich der Instandsetzung- und Wartungsarbeiten bei den erwähnten Marken tätig. Zudem ist die AMAG auf der vorgelagerten Stufe des Imports von Fahrzeugen tätig.

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

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

³ Vgl. RPW 2019/1, 153 Rz 4, AMAG / Swisscom (autoSense)

⁴ Die Vereinbarung umfasst beispielsweise auch die Übertragung von bereits geleisteten Anzahlungen von Kunden an die ASAG.

9. In Bezug auf den Bereich für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe gilt es einleitend festzuhalten, dass die WEKO in ihrer Praxis den Personenwagenbereich vom Nutzfahrzeugbereich unterschieden hat.⁵ Nach Praxis der WEKO kann nicht von einem sachlich relevanten Markt für Personenwagen ausgegangen werden, sondern dieser Markt ist weiter zu segmentieren. Dies vor allem deshalb, weil aus Sicht des Nachfragers nicht alle Personenwagen als Substitutionsgüter betrachtet werden können. So deckt z. B. ein Kleinwagen aufgrund seiner Eigenschaften nicht dieselben Bedürfnisse wie ein Fahrzeug der Ober- oder Luxusklasse ab.⁶ In dieser Hinsicht ist die (engste) Abgrenzung, welche die WEKO vorgenommen hat, die Folgende:⁷ Kleinwagen (Microwagen), Kleinwagen, Mittelklasse (Untere Mittelklasse), Obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse, Sportwagen, Mehrzweckwagen und Sport Utility Cars (SUV) / Geländefahrzeuge.

10. Das Segment der Nutzfahrzeuge wurde durch die Praxis der WEKO und auch der Europäischen Kommission zusätzlich in die folgenden drei Segmente unterteilt: leichte Nutzfahrzeuge (bis 5t), mittelgrosse Nutzfahrzeuge (zwischen 5t und 16t) und schwere Nutzfahrzeuge (über 16t).⁸ Zusätzlich reichen die Parteien im vorliegenden Fall auch Angaben zur weiteren Unterteilung der leichten Nutzfahrzeuge in Trsp A, Trsp B und Trsp C ein.

11. 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.⁹ Die WEKO hat in der bisherigen Praxis für den Vertrieb von Fahrzeugen keine detaillierte Untersuchung des Grosshandels- und Retailbereiches vorgenommen.¹⁰ Allerdings ist die WEKO im Sinne einer Arbeitshypothese im Fall *Peugeot SA/Opel* (RPW 2017/4, 567 ff.) von einem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe ausgegangen, hat letztlich aber die genaue sachliche Markt-Abgrenzung offen gelassen.¹¹

12. Im vorliegenden Fall ist demnach von einem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe unterteilt in die Segmente¹²: Kleinwagen (A00), Kleinwagen (A0), Mittelklasse (A), Obere Mittelklasse (B), Oberklasse (C), Luxusklasse oder Sportwagen (D), Mehrzweckwagen (MPV), SUV und weiterhin leichte Nutzfahrzeuge (NFZ) unterteilt in Trsp A, Trsp B und Trsp C auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung, ob Segmente zusammenzufassen sind, kann offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

13. In Bezug auf den Bereich für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe hat die WEKO in ihrer Praxis zur Bestimmung des sachlich relevanten Marktes auf der Absatzseite Vertriebspartner bzw. unabhängige Importeure und zu einem kleinen Anteil Direktkunden abgestellt. In Anbetracht dessen, dass die Nachfrage von den Vertriebspartnern bzw. unabhängigen Importeuren wiederum vom Nachfrageverhalten der Endkunden geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), wurden die Präferenzen sowie das Verhalten der Endkunden als Ausgangspunkt angenommen. Hierzu wurde an die vorgenommene Segmentierung aus dem Bereich des Einzelhandels abgestellt.¹³

14. Wie bereits ausgeführt hat die WEKO in der bisherigen Praxis für den Vertrieb von Fahrzeugen keine detaillierte Untersuchung des Grosshandels- und Retailbereiches vorgenommen (vgl. Rz 11, oben). Allerdings ist die WEKO im Sinne einer Arbeitshypothese im Fall *Peugeot SA/Opel* (RPW 2017/4, 567 ff.) von einem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe ausgegangen, hat letztlich aber die genaue sachliche Markt-Abgrenzung offen gelassen.¹⁴

15. Im vorliegenden Fall ist demnach von einem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe unterteilt in die Segmente: Kleinwagen (A00), Kleinwagen (A0), Mittelklasse (A), Obere Mittelklasse (B), Oberklasse (C), Luxusklasse oder Sportwagen (D), Mehrzweckwagen (MPV), SUV und weiterhin leichte Nutzfahrzeuge (NFZ) unterteilt in Trsp A, Trsp B und Trsp C auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offen gelassen werden und auch ob weitere Segmente hinzukommen oder (alle) Segmente zusammenzufassen sind, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

16. In Bezug auf den Bereich für Serviceleistungen an Fahrzeugen hat die WEKO sich in ihrer bisherigen Praxis in Bezug auf Fahrzeuge nicht näher mit der Abgrenzung von Märkten für Serviceleistungen auseinandergesetzt.¹⁵

17. Die Europäische Kommission vertritt hierzu die Ansicht, dass solche Märkte in der Regel markenspezifisch abzugrenzen sind. Der Wettbewerb auf diesem Markt resultiere vor allem aus der wettbewerblichen Interaktion zwischen unabhängigen Werkstätten und zugelassenen Werkstätten für die betreffende Marke.¹⁶

⁵ RPW 2011/3, 439 Rz 6, *VW/MAN*, RPW 1998/3, 418 ff., *Daimler-Benz/Chrysler*.

⁶ Vgl. RPW 2012/3, 560 Rz 175, *BMW*.

⁷ Vgl. RPW 2012/3, 561 Rz 183 f., *BMW*, RPW 2008/3, 412, *Porsche Automobil Holding SE/Volkswagen AG*.

⁸ Vgl. RPW 2011/3, 439 Rz 6, *VW/MAN*, Case COMP / M.2832, *General Motors/Daewoo Motors*, RPW 2017/4, 568 Rz 12, *Peugeot SA / Opel*.

⁹ 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*.

¹⁰ Vgl. RPW 1998/3, 419 f., *Daimler-Benz/Chrysler*; RPW 2009/2, 184, *Fiat/Chrysler*, Case, RPW 2011/3, 439 Rz 6, *VW/MAN*.

¹¹ RPW 2017/4, 568 Rz 20, *Peugeot SA/Opel*.

¹² Die Angaben in Klammern beziehen sich auf die Kategorisierung von Fahrzeugen des automatisierten Fahrzeug- und Fahrzeughalterregisters der eidgenössischen Fahrzeugkontrolle (MOFIS-Register) gemäss Angaben der AMAG.

¹³ RPW 2012/3, 560 f. Rz 174 ff., *BMW*.

¹⁴ RPW 2017/4, 568 Rz 20, *Peugeot SA/Opel*.

¹⁵ Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 29.6.2015 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Bek), Rz 6.

¹⁶ Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABl. 2010 C 138 vom 28.5.2010, 16 ff., Rz 15 und 57 (Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO).

18. Auch aus Sicht der (privaten) Endkunden ist hinsichtlich der Substituierbarkeit von Serviceleistungen an Fahrzeugen, insbesondere Instandsetzungs-, Wartungs- und Reparaturdienstleistungen, davon auszugehen, dass diese nur unabhängige Werkstätten oder zugelassene Werkstätten als substituierbar ansehen, die Fahrzeuge der von ihnen gehaltenen Marken reparieren können.¹⁷

19. Im vorliegenden Fall ist demnach von einem Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen auszugehen, der markenspezifisch abzugrenzen ist. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

Räumlich relevante Märkte

20. Das Bundesverwaltungsgericht hat in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO die Märkte für Fahrzeuge national abgegrenzt.¹⁸ Die WEKO hielt fest, dass internationale Preisdifferenzen und Handelshindernisse dafür sprächen von nationalen Märkten zum Vertrieb von Personenwagen an Endkunden auszugehen.

21. Die WEKO ging in der bisherigen Praxis beispielsweise im Fall *Peugeot SA/Opel* (RPW 2017/4, 569 f.) im Sinne einer Arbeitshypothese in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf Grosshandelsstufe und für den Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf Retailstufe aus, sie hat letztlich aber die genaue sachliche Marktabgrenzung offen gelassen.¹⁹

22. Für den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe und den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe 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.

23. Bezüglich der Abgrenzung von räumlich relevanten Märkten für Serviceleistungen an Kraftfahrzeugen hat sich die WEKO bislang nicht geäußert. Geht man davon aus, dass Serviceleistungen aus Sicht der Endkunden möglicherweise nur in einem begrenzten Gebiet, beispielsweise am Wohnort, nachgefragt werden, könnte vorliegend von lokalen (oder regionalen) Märkten ausgegangen werden. Stellt man hingegen zunächst auf die Sicht der Fahrzeughersteller ab, die ihre Netze der von ihnen zugelassenen Werkstätten in der Regel national organisiert haben, so ermöglicht dies auch dem Endkunden (Sicht der Nachfrager) die Möglichkeit Serviceleistungen potentiell auch schweizweit (oder regional), dies beispielsweise am Arbeits- oder Heimatort, nachzufragen.

24. Für den räumlichen Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen ist daher in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung, ob es sich allfällig auch um regionale oder lokale Märkte handeln könnte, kann offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

25. Wie aus Tabelle 1 zu entnehmen ist, verfügen die Parteien im Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe in den Segmenten „Mitteklasse (A)“ mit [20–

30] % und „Obere Mitteklasse (B)“ mit [20–30] % über einen gemeinsamen Anteil von mehr als 20 % und diese Märkte sind damit vom Zusammenschluss betroffene Märkte. In allen anderen Segmenten des Marktes für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe liegt der gemeinsame Anteil unter 20 %.

¹⁷ REINHARD ELLGER in: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht Immenga/Mestmäcker, Art. 4 KFZ-GVO N 27.

¹⁸ BVGer vom 13. November 2015, B-3332/2012, E. 7.2; RPW 2012/3, S. 540 ff., Rz. 186 ff., *BMW*.

¹⁹ RPW 2017/4, 570 Rz 31, *Peugeot SA/Opel*.

Tabelle 1: Marktanteile nach Segmenten auf der Retailstufe in der Schweiz

Marktanteile in der Schweiz (nach Stückzahl) im Jahr 2017 (Angaben in Prozent)					
Markt	AMAG*	ASAG-Betriebsaktivitäten	AMAG + ASAG-Betriebsaktivitäten	Andere AMAG-Vertriebspartner	Parallelimporte
Kleinstwagen	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Kleinwagen	[10-20]	[0–10]	[10-20]	[0–10]	[0–10]
Mittelklasse	[20–30]	[0–10]	[20–30]	[10-20]	[0–10]
Obere Mittelklasse	[20–30]	[0–10]	[20–30]	[0–10]	[0–10]
Oberklasse	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Luxusklasse/Sportwagen	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Mehrzweckwagen	[10-20]	[0–10]	[10-20]	[0–10]	[0–10]
SUV	[10-20]	[0–10]	[10-20]	[0–10]	[0–10]
Leichte NFZ (Trsp A)	[10-20]	[0–10]	[10-20]	[10-20]	[0–10]
Leichte NFZ (Trsp B)	[20-30]	[0–10]	[20–30]	[10-20]	[0–10]
Leichte NFZ (Trsp C)	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Total (alle Segmente)	[10-20]	[0–10]	[10-20]	[0–10]	[0–10]

Bemerkung: Grau schraffiert: Betroffener Markt / NFZ=Nutzfahrzeuge / *AMAG und AMAG Retail

Quelle: Sämtliche Angaben sind Auswertungen der Parteien (nach Anzahl Fahrzeuge) auf Basis des MOFIS Registers für Neuzulassungen aus dem Jahr 2017.

26. Wie aus Tabelle 2 zu entnehmen ist, verfügt die AMAG im Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe in den Segmenten „Mittelklasse (A)“ mit [40–50] % „Obere Mittelklasse (B)“ mit [30–40] % „Leichte Nutzfahrzeuge (Trsp A)“ mit [30–40] % und

„Leichte Nutzfahrzeuge (Trsp B)“ mit [40–50] % über einen alleinigen Anteil von mehr als 30% und diese Märkte sind damit vom Zusammenschluss betroffene Märkte. In allen anderen Segmenten des Marktes für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe liegt der Anteil der AMAG unter 30 %

Tabelle 2: Marktanteile nach Segmenten auf der Grosshandelsstufe in der Schweiz

Markt	Marktanteile AMAG in der Schweiz (nach Stückzahl) im Jahr 2017 (Angaben in Prozent)
Kleinstwagen	[0–10]
Kleinwagen	[20–30]
Mittelklasse	[40–50]
Obere Mittelklasse	[30–40]
Oberklasse	[10–20]
Luxusklasse/Sportwagen	[0–10]
Mehrzweckwagen	[20–30]
SUV	[10–20]

Markt	Marktanteile AMAG in der Schweiz (nach Stückzahl) im Jahr 2017 (Angaben in Prozent)
Leichte Nutzfahrzeuge (Trsp A)	[30–40]
Leichte Nutzfahrzeuge (Trsp B)	[40–50]
Leichte Nutzfahrzeuge (Trsp C)	[0–10]
Total (alle Segmente)	[20–30]

Bemerkung: Grau schraffiert: **Betroffener Markt**

Quelle: Sämtliche Angaben sind Auswertungen der Parteien (nach Anzahl Fahrzeuge) auf Basis des MOFIS Registers für Zulassungen aus dem Jahr 2017.

27. Wie aus Tabelle 3 zu entnehmen ist, verfügen die Parteien im Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen für die Marke „Audi“ mit [30–40] % und „Skoda“ mit [20–30] % über einen gemeinsamen Anteil von mehr als 20 % und diese Märkte sind damit vom Zusammenschluss betroffene Märkte. In allen anderen Segmenten des Marktes für Serviceleistungen an Fahrzeugen liegt der gemeinsame Anteil unter 20 %.²⁰

Tabelle 3: Marktanteile für Serviceleistungen an Fahrzeugen in der Schweiz

Marktanteile (nach Reparaturstunden) in der Schweiz im Jahr 2017 (Angaben in Prozent)			
Marke	AMAG*	ASAG-Betriebsaktivitäten	AMAG + ASAG-Betriebsaktivitäten
VW	[10–20]	[0–10]*	[10–20]
Audi	[30–40]	[0–10]	[30–40]
Seat	[10–20]	[0–10]	[10–20]
Škoda	[20–30]	[0–10]	[20–30]
VW NF	[10–20]	[0–10]*	[10–20]

Bemerkung: Grau schraffiert: **Betroffener Markt**

*Die ASAG-Betriebsaktivitäten dürften im Jahr 2017 gewisse Servicearbeiten für Fahrzeuge der Marken VW und VW NF als freie Werkstätte erbracht haben. Eine genaue Einschätzung ist AMAG nicht möglich, da keine entsprechenden Zahlen vorliegen. AMAG schätzt den Marktanteil der ASAG Betriebsaktivitäten aber auf jedenfalls deutlich unter [0–10] %.

Quelle: Sämtliche Angaben sind Auswertungen der Parteien auf Basis der MOFIS Fahrzeugbestände und einem darauf basierenden geschätzten Reparaturstundenpotential im Verhältnis zu den Reparaturstunden der Parteien.

28. In den Märkten, in denen die Zusammenschlussparteien einen gemeinsamen Anteil von weniger als 20 % vorweisen oder jenen wo der alleinige Anteil 30 % nicht übersteigt, kann aufgrund dieses Anteils von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

29. In den betroffenen Märkten für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe „Mittelklasse“ und „Obere Mittelklasse“ sind die Marktanteilsadditionen von [...] [0–10] % marginal und die kumulierten Marktanteile liegen [...] [20–30] % (vgl. Tabelle 1).

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

31. In den betroffenen Märkten für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe „Mitteklasse (A)“, „Obere Mittelklasse (B)“, „Leichte Nutzfahrzeuge (Trsp A)“

und „Leichte Nutzfahrzeuge (Trsp B)“ wird durch das Zusammenschlussvorhaben auf die Markstellung von AMAG keinen Einfluss genommen, da die ASAG-Betriebsaktivitäten nicht auf Stufe Grosshandel tätig sind. Auch beabsichtigt die AMAG, gemäss Angaben der Parteien, das zuvor von der ASAG geführte Retail-Geschäft auf der Grundlage derselben einheitlichen Händler- und Servicepartnerverträge mit der AMAG Retail weiterführen, so dass sich, gemäss Angaben der Parteien, qualitativ keine Änderung ergibt.

²⁰ Würde man, wie in Rz 23 f. ausgeführt, hypothetisch von regionalen räumlichen Märkten für Serviceleistungen an Fahrzeugen (Region Basel) ausgehen, so wären die gleichen Segmente/Marken vom Zusammenschluss betroffen. Zwar ist die AMAG auf diesem hypothetisch abgegrenzten Markt nicht aktiv, allerdings hätten die ASAG-Betriebsaktivitäten für die gleichen Segmente/Marken einen alleinigen Anteil von über 30 %, konkret für die Marke „Audi“ [40–50] % und für die Marke „Skoda“ [40–50] %.

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

33. In den betroffenen Märkten für Serviceleistungen an Fahrzeugen „Audi“ und „Skoda“ sind die Marktanteilsadditionen von [...] [0–10] % gering und die kumulierten Marktanteile liegen [...] [30–40] % bzw. [20–30] % (vgl. Tabelle 3). Zusätzlich gilt es zu berücksichtigen, dass die AMAG in der Region Basel keine Standorte betreibt und es regional daher zu keiner horizontalen Überlappung kommt.

34. Demnach ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auf den Märkten für Serviceleistungen an Fahrzeugen auszugehen.

35. 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. GU von AMAG und Swisscom (autoSense AG)

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 23. Juli 2018

A Sachverhalt

1. Am 21. Juni 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die beabsichtigte gemeinsame Kontrolle des bereits durch die Swisscom (Schweiz) AG gegründeten Unternehmens autoSense AG durch die AMAG Import AG (nachfolgend: AMAG) und die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend gemeinsam „die Parteien“).

2. Die Swisscom AG mit Sitz in Ittigen ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Telekommunikationsunternehmungsgesetz³. Das Unternehmen Swisscom AG ist die Muttergesellschaft des Konzerns und hält im Wesentlichen direkte Mehrheitsbeteiligungen an der Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom), der Swisscom Broadcast AG und der Swisscom Directories AG. Die Fastweb S.p.A. wird indirekt über die Swisscom sowie einer Zwischengesellschaft in Italien gehalten. Die Swisscom Re AG in Liechtenstein ist die konzerneigene Rückversicherung. Die autoSense AG (nachfolgend: autoSense) wird aktuell zu 100 % von der Swisscom gehalten. In der Schweiz ist die Swisscom AG vor allem in den Bereichen Festnetz, Mobiltelefonie, IT, Internet und TV tätig.⁴

3. Die AMAG Import AG (nachfolgend: AMAG) ist eine Tochtergesellschaft der AMAG Group AG. Beide Gesellschaften haben ihren Sitz in Zürich. Die AMAG Group AG ist die Holding Gesellschaft der AMAG Gruppe, welche als schweizerische Unternehmensgruppe hauptsächlich im Automobilhandel tätig ist. Die AMAG betreibt insbesondere das Importgeschäft der AMAG Gruppe. Das Retailgeschäft der AMAG Gruppe wird durch AMAG Automobil und Motoren AG (nachfolgend: AMAG Retail) betrieben, die gleichzeitig eine Schwestergesellschaft der AMAG ist.

4. Die AMAG Gruppe ist mit AMAG die Generalimporteurin des Volkswagen-Konzerns in der Schweiz und importiert Personenwagen der Marken VW, Audi, Seat, Skoda und VW Nutzfahrzeuge. Die AMAG Gruppe ist zudem mit AMAG Retail im Einzelhandel mit Kraftfahrzeugen tätig. Sie verkauft Fahrzeuge der Marken VW, Audi, SEAT, Skoda und VW Nutzfahrzeuge und erbringt Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten (Service) an Fahrzeugen dieser Marken. Von der AMAG importierte Fahrzeuge, die nicht durch AMAG Retail verkauft werden, werden über ein Netz von unabhängigen Vertriebspartnern der AMAG (das AMAG Vertriebsnetz) vertrieben. Daneben bietet die

AMAG Gruppe (über weitere Tochtergesellschaften) insbesondere Fahrzeugleasing, Flottenmanagement, Occasionsfahrzeuge, Mietwagen, Carsharing und Auto- und Mobilitätsversicherungen an und betreibt Parkhäuser.

5. Das geplante Gemeinschaftsunternehmen (autoSense) hat, gemäss Angaben der Parteien, zum Ziel [...].

6. Konkret bezwecke das Unternehmen autoSense die Entwicklung, den Aufbau, den Betrieb und den Vertrieb einer Connected Car Plattform und eines Connected Car Ökosystems sowie die Erbringung von damit zusammenhängenden Dienstleistungen, insbesondere die Übertragung, Vernetzung und Auswertung von Daten. Insbesondere die folgenden Aktivitäten sind geplant: (1) Marketing und Vertrieb der Connected Car Lösungen und Dienstleistungen; (2) Akquisition von Dienstleistungspartnern aus dem Ökosystem der Parteien sowie die Gewinnung weiterer Vertriebspartner; (3) Sicherstellung des korrekten und rechtmässigen Datenflusses im Connected Car Ökosystem sowie der Einhaltung des Datenschutzes und der Datensicherheit unter den einzelnen am Connected Car Ökosystem Beteiligten (Nutzer, Parteien, Partner).

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

7. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG⁵).

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Ziele der Gründung des GU sind, gemäss Angaben der Parteien, insbesondere, dass [...].

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

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

³ Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11).

⁴ Vgl. u.a. RPW 2015/1, 125 Rz 2, *Swisscom AG/Sixt SE*; RPW 2015/4, 760 Rz 4 ff., *Coop/Swisscom*.

⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

10. Nach Vollzug des Zusammenschlusses werden Swisscom und AMAG [...] an der autoSense halten. Aufgrund dieser Struktur würden Swisscom und AMAG [...] Einfluss auf das GU haben.

11. Gemäss Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: ABV) besteht die Zusammensetzung des Verwaltungsrats zu Beginn [...].

12. Gemäss ABV fasst der Verwaltungsrat seine Beschlüsse [...].

13. Swisscom und AMAG beabsichtigen daher, gemeinsam die autoSense als GU zu kontrollieren.

14. Das GU werde als selbständige wirtschaftliche Einheit unter eigenem Namen auf dem Markt auftreten. Der Geschäftszweck des GU bestehe in der Entwicklung, dem Aufbau, dem Betrieb und dem Vertrieb einer Connected Car Plattform und eines Connected Car Ökosystems sowie der Erbringung von damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Diese Leistungen werde das GU gegenüber Endkunden (B2C) und Unternehmen (B2B und B2B2C), d.h. Dritten, in eigenem Namen anbieten und eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen. Das GU werde seine Umsätze in erster Linie mit Leistungen gegenüber Drittkunden erzielen. Es werde die entsprechenden Kundenverträge selbst und in eigenem Namen abschliessen und damit als selbständige wirtschaftliche Einheit auftreten.

15. Das GU ist, gemäss Angaben der Parteien, auf Dauer angelegt und es bestehen, gemäss ABV, [...]. Das GU werde über eigenes Personal verfügen. Gemäss ABV [...].

16. Das GU solle daher gegenüber Dritten und untergeordnet gegenüber der Swisscom Gruppe und der AMAG Gruppe Connected Car Services anbieten und auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen.

17. Swisscom und AMAG beabsichtigen [...]. Das geplante GU werde daher Geschäftstätigkeiten ausführen, die von wenigstens einem der kontrollierenden Unternehmen eingeflossen sind.

18. Aus den Ausführungen der Rz 10–13 ergibt sich, dass sämtliche strategischen und geschäftspolitischen Entscheidungen des GU nur gemeinsam durch Kooperation der meldenden Unternehmen erfolgen können. Demnach erhalten die meldenden Unternehmen gemeinsame Kontrolle über das GU.⁶

19. Aus den Ausführungen der Rz 14–16 ergibt sich, dass, gemäss Angaben der Parteien, die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt sind.⁷

20. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein (Gemeinschafts-)Unternehmen, welches sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und in diese Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (vgl. Art 2 Abs. 1 und 2 VKU⁸). Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante Gemeinschaftsunternehmen (autoSense) der Parteien einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt (vgl. Rz 17–19).

B.2 Meldepflicht

21. 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).

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen

Unternehmen	Umsatz 2017 [CHF Mio.]	
	Weltweit	In der Schweiz
Swisscom Gruppe	[...]	[...]
AMAG Gruppe	[...]	[...]

⁶ Vgl. zum Ganzen RPW 2012/1, 146 ff. Rz. 32, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*, m.w.H.

⁷ Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz. 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

⁸ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

22. Wie aus Tabelle 1 zu entnehmen ist, sind die Umsatzzschwelle gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a und b KG erreicht. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

23. 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).

24. 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

25. Als „Connected Car“ wird ein Fahrzeug bezeichnet, welches mit Internetzugang ausgestattet ist. Dies ermöglicht es dem Fahrzeug, die Internetverbindung mit anderen Geräten zu teilen („Internet der Dinge“⁹).

26. Es gibt zahlreiche Entwicklungen in diesem Bereich. Viele basieren auf der Verbindung des Fahrzeuges mit einem Smartphone. Am 6. Januar 2014 hat Google die sogenannte Open Automotive Alliance (OAA) ins Leben gerufen. Hierbei handelt es sich um eine technologische Verbindung von Industrieführern, die auf der Android-Plattform aufbauen. Der OAA gehören z.B. Audi, GM, Honda, Hyundai und Nvidia an. Hyundai brachte 2015 in den USA mit dem Modell Sonata das erste Serienfahrzeug, das Android Auto unterstützt, auf den Markt. Auch Apple und Microsoft bieten mit „CarPlay“ (Apple) und „Windows in the car“ (Microsoft) Produkte zur Verbindung des Fahrzeugs mit dem Internet an. Das Unternehmen MirrorLink¹⁰ beispielsweise bietet eine entsprechende Lösung für sehr viele verschiedene Fahrzeugtypen an.

27. Andere Lösungen funktionieren ohne Smartphone, indem im Auto selbst Hardware für den Zugang zum Mobilfunknetz eingebaut ist. Fahrzeughersteller wie BMW, Mercedes, Audi, Ford oder Tesla bieten solche Lösungen bereits an.

28. Es gibt aber auch separate Hardwarelösungen, welche meist an die OBD¹¹ („On-board diagnostics“)-Schnittstelle angeschlossen werden. In diesem Fall kann die Hardware entweder über das Smartphone des Fahrers oder über ein eigenes Modem mit dem Mobilfunkdatennetz verbunden werden. Letztere Technologie (OBD-Dongle mit eigenem Modem) wird auch von autoSense angeboten werden. Weiter kann unterschieden werden zwischen Hardware einerseits, welche gewisse Funktionen des Fahrzeuges steuern können (insbesondere Hardwarelösungen der Fahrzeughersteller, welche beispielsweise das Öffnen der Fahrzeugtür über das Smartphone/Internet erlauben) und Hardwarelösungen andererseits, welche bloss Informationen vom Fahrzeug auslesen können (so die Dongle-Lösung von autoSense).

29. Aufgrund der Vielfältigkeit von Connected Car Lösungen ist, gemäss Angaben der Parteien, schwer vorauszusagen, wie sich die Technologien entwickeln werden und ob sich ein einheitlicher Standard bzw. ein Ökosystem durchsetzen wird. Der Markt oder die Märkte seien erst im Entstehen begriffen. Es sei noch kein Markt im wettbewerbsrechtlichen Sinne entstanden. Entsprechend liessen sich auch noch keine entsprechenden Märkte abgrenzen.

30. Abklärungen der Parteien haben zudem ergeben, dass weder in der Schweiz noch auf EU-Ebene eine relevante Marktabgrenzungspraxis zugänglich ist. Entsprechend sind die Parteien der Ansicht, dass die Darstellung der Wettbewerbsverhältnisse für die vorliegende Meldung anhand des Geschäftsmodells von autoSense aus der jeweiligen Sicht der verschiedenen Kundengruppen erfolgen sollte. Aus dieser Darstellung liessen sich engst mögliche „Nischenmärkte“ abgrenzen. Die Parteien sind aber klar der Meinung, dass es aktuell noch nicht möglich sei, eine Marktabgrenzung vorzunehmen und dass die Märkte – wenn schon – weiter abgegrenzt werden müssten. Aber selbst bei einer hypothetischen Marktabgrenzung, welche von kleinstmöglichen Parametern ausginge, würden keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

31. Das Angebot von autoSense richtet sich, gemäss Angaben der Parteien, an die folgenden Kundengruppen: (1) B2C: Privatkunden, welche Hardware (Dongle) und Connected Car Dienstleistungen für die eigenen Fahrzeuge nachfragen; (2) B2B: Geschäftskunden, insbesondere Flottenbetreiber, welche Hardware und Dienstleistungen nachfragen, um mit der Connected Car Technologie die Fahrzeuge der eigenen Flotte effizienter warten und organisieren zu können; (3) B2B2C: Dienstleister, welche über die Plattform des GU Dienstleistungen für ihre Kunden anbieten.

32. Die Wettbewerbsverhältnisse werden nachfolgend anhand der oben aufgeführten Geschäftsaktivitäten (vgl. Rz 31) untersucht, wobei die Parteien nicht der Ansicht sind, dass es sich hierbei um Märkte im wettbewerbsrechtlichen Sinne handelt.

33. Auf den Beschaffungsmärkten, welche international abzugrenzen seien, [...] Für die Herstellung der Dongles stehen zahlreiche Anbieter zur Verfügung, beispielsweise Bosch, ZTE oder CalAmp. [...]

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

34. 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).

⁹ Vgl. Internet der Dinge, <https://de.wikipedia.org/wiki/Internet_der_Dinge> (9.7.2018).

¹⁰ Vgl. MirrorLink, <<https://mirrorlink.com/>> (9.7.2018).

¹¹ Vgl. Wikipedia On-Board-Diagnose (OBD), <<https://de.wikipedia.org/wiki/On-Board-Diagnose>> (9.7.2018).

Markt zur Erbringung von B2C-Connected-Car-Dienstleistungen

35. Marktgegenseite sind Endkunden bzw. Privatfahrer, welche Dienstleistungen von autoSense beziehen. autoSense werde eine eigene Android/IOS-App anbieten, mit welcher der Fahrzeughalter den Standort, die Tankfülle und die Nutzung (Fahrstatistiken) des eigenen Autos überwachen kann. Ebenfalls könnten Fehlermeldungen und die unbeabsichtigte Bewegung des eigenen Fahrzeugs überprüft werden. Die App kann bereits heute über den Google Playstore (Android) und den App Store von Apple (IOS) bezogen werden.

36. Für die Inanspruchnahme der Hardware und der Dienstleistungen werde der Kunde [...]. Weiter könne auf Wunsch ein WiFi-Hotspot (Zulieferer ist Swisscom) eingerichtet werden. Zudem könnten Partnerservices, beispielsweise der AMAG Garagenservice, hinzugefügt werden. [...]

37. Mögliche Konkurrenten von autoSense seien einerseits herstellerunabhängige Anbieter. In diese Kategorie fallen die Angebote von ThinxNet (Ryd)¹² und von TCS/Salt¹³. Ford biete ein ähnliches Produkt an, welches unabhängig von der Fahrzeugmarke eingesetzt werden könne.¹⁴ Es sei davon auszugehen, dass weitere herstellerunabhängige Anbieter in den Markt eintreten würden.

38. Neben Angeboten, wie jenem von TCS oder autoSense, seien insbesondere die Autohersteller selbst als Konkurrenten zu betrachten. Vorreiter sei Tesla, aber auch BMW biete mit dem Produkt „BMW Connected Drive“¹⁵ eine konkurrierende Plattform an. Mit den Remote Services von BMW Connected Drive könne der Standort des Fahrzeugs auf einer App überprüft werden. Es könne beispielsweise auch die Klimaanlage über die App gestartet werden. Diese Funktion werde das Produkt von autoSense nicht erbringen können, nichtsdestotrotz werde aus der Sicht der Kunden von autoSense das Angebot von BMW ein Substitut darstellen. Serienmässig würden „Connected Cars“ von Mercedes, Ford, Audi, Jaguar und Volvo angeboten. Bei Mercedes liessen sich ältere Fahrzeuge, welche ohne Telematiklösung verkauft wurden, nachrüsten.¹⁶ Es ist, gemäss Angaben der Parteien, davon auszugehen, dass in kurzer Zeit alle Automarken solche Lösungen anbieten werden.

39. Der Markt ist, gemäss Angaben der Parteien, als sehr dynamisch zu bezeichnen. Es sei daher davon auszugehen, dass in naher Zukunft weitere Anbieter mit Produkten auf diesen treten werden, welche sich mit dem Angebot von autoSense im Bereich B2C vergleichen liessen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass Connected Car Dienstleistungen für Endkunden erst seit kurzem erhältlich sind. Eine Prognose zur Entwicklung sei daher nicht möglich.

40. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt zur Erbringung von B2C-Connected-Car-Dienstleistungen ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens, selbst bei einer engst möglichen hypothetischen Marktangrenzungen, nicht verändert.

Markt zur Erbringung von B2B-Connected Car-Dienstleistungen

41. Das Angebot des GU im Bereich B2B richte sich, gemäss Angaben der Parteien, insbesondere an Flottenbetreiber, welche mit der Connected Car Technologie die eigene Flotte effizienter einsetzen, organisieren und warten könnten.

42. Die Telematiklösungen, welche von Flottenmanagern nachgefragt werden, müssen, gemäss Angaben der Parteien, folgende Funktionalitäten aufweisen: (1) Orten von Fahrzeugen in Echtzeit, Darstellung der Flotte auf einem Bildschirm; (2) Reduzieren von Fahrzeiten durch Funktionalitäten, welche die optimale Routenzusammenstellung erleichtern; (3) Analyse des Fahrverhaltens der Fahrer inkl. Kilometerstand, Fahrtenbuch und Arbeitszeitüberwachung; (4) Möglichkeit der Integration von Soft- und Hardware zur Optimierung von Geschäfts- und Wartungsprozessen.

43. Gemäss Angaben der Parteien plant autoSense die Fahrzeuge der Flotte mit entsprechenden Dongles auszurüsten, stellt ein Web-Modul für Flottenmanager zur Verfügung und die Fahrer können die autoSense-App nutzen.

44. In diesem Zusammenhang verweisen die Parteien darauf, dass der „Internet der Dinge“-Ansatz im Bereich des Flottenmanagements bereits seit längerer Zeit verwendet werde und der Markt bereits als gesättigt bezeichnet werden könne. autoSense AG werde mit ihrem Angebot auf bereits etablierte Konkurrenten stossen: Beispielsweise biete TomTom mit ihrer TomTom Telematics Service Plattform analoge Dienste an.¹⁷ Auch Masternaut bietet Konkurrenzprodukte an.¹⁸ Weitere Anbieter sind Traceon¹⁹ oder logifleet²⁰.

45. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt zur Erbringung von B2B-Connected Car-Dienstleistungen ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

¹² Vgl. ThinxNet, <<https://ryd.one/>> (9.7.2018).

¹³ Vgl. TCS, <<https://www.tcs.ch/de/produkte-des-tcs/tcs-car-assistent/>> (9.7.2018).

¹⁴ Vgl. Ford, <<https://owner.ford.com/content/ford-dot-com/en/fordpass-smartlink.html/>> (9.7.2018).

¹⁵ Vgl. BMW, <<https://www.bmw.ch/de/topics/faszination-bmw/connected-drive/connected.html>> (9.7.2018).

¹⁶ Vgl. Mercedes, <https://adapter.mercedes.me/ch/?csref=_sem_google_adw%3AmercedesMe> (9.7.2018).

¹⁷ Vgl. TomTom Telematics, <https://telematics.tomtom.com/de_ch/connected-car/> (9.7.2018).

¹⁸ Vgl. Masternaut, <<https://www.masternaut.com/smarter-fleet-platform/masternaut-connect/>> (9.7.2018).

¹⁹ Vgl. Traceon, <<http://www.traceon.ch/de/#!/home>> (9.7.2018).

²⁰ Vgl. logifleet, <https://logifleet.ch/demo_de/?gclid=EAlaIqobChMlrq6k-SK2wIVAI0ZCh2h0AxGEAAAYASAAEgI1PPD_BwE> (9.7.2018).

Markt zur Erbringung von B2B2C-Connected Car-Dienstleistungen

46. Das Angebot des GU richtet sich, gemäss Angaben der Parteien, an Drittanbieter. Diesen solle eine Connected Car Plattform zur Verfügung gestellt werden, über welche sie mit ihren Dienstleistungsangeboten Autofahrer (Endkunden) erreichen könnten. Der Nutzer könne die Partnerservices seiner Wahl direkt in der autoSense-App hinzufügen.

47. Zur Marktgegenseite gehören laut Angaben der Parteien beispielsweise: Versicherungen, welche Motorfahrzeughaftpflichtversicherungspolice aufgrund der Fahrzeugnutzung bepreisen (dynamisches Pricing je nach Nutzung und Risikoprofil); Autohäuser, welche den Nutzern über die Plattform proaktiv Service-Terminvorschläge unterbreiten; Pannendienste, welche die Plattform dazu nutzen, um bei einer Panne automatisiert Hilfe anzubieten. Auch Tank- und Parkvorgänge könnten über die Plattform digitalisiert abgewickelt werden.

48. Grundsätzlich könne eine Vielzahl von Unternehmen in diesem Bereich aktiv werden. Salt biete in Kooperation mit dem TCS eine entsprechende Plattform an. ThinxNet (Ryd) aus Deutschland führe gerade einen Pilotversuch mit AXA durch.²¹ Die Zurich Insurance Group habe Ende 2017 das Unternehmen Bright Box übernommen, welches ein ähnliches Modell anbiete.²² In vielen Bereichen liessen sich die entsprechenden Dienste auch ohne Internetanbindung des Fahrzeugs über eine App auf dem Mobilfunktelefon nutzen.

49. Grösste Konkurrenten von autoSense seien die Fahrzeughersteller, welche ebenfalls mit Partnerfirmen zusammenarbeiten würden. Volvo biete beispielsweise einen Dienst in Zusammenarbeit mit der Post CH AG an, welcher es den Postmitarbeitern ermöglicht, Pakete in den Kofferraum eines parkierten Fahrzeuges auszuliefern.²³ Jaguar biete Dienste von Shell an, welche den Bezahlvorgang bei Tankauffüllungen an Shell-Tankstellen automatisieren.²⁴ BMW arbeite mit Sixt im Bereich der Rückgabe von Mietfahrzeugen zusammen. Es sei davon auszugehen, dass auch Apple und Google in diesem Bereich mit neuen Angeboten in den Markt treten werden.

50. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt zur Erbringung von B2B2C-Connected Car-Dienstleistungen ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

51. 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).

Markt zur Erbringung von B2C-Connected-Car-Dienstleistungen

52. Aus der Sicht der Parteien ist die Nachfrage für diese Dienstleistungen international. Die Autohersteller böten ihre Produkte international an. Die in den Fahrzeugen enthaltenen SIM-Karten funktionierten (über Roaming) im In- und Ausland.

53. Für den sachlichen Markt zur Erbringung von B2C-Connected-Car-Dienstleistungen ist im vorliegenden Fall daher in räumlicher Hinsicht von einem internationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

Markt zur Erbringung von B2B-Connected Car-Dienstleistungen

54. Aus der Sicht der Parteien ist die Nachfrage nach solchen Lösungen international, da die meisten Anbieter auch international operierten. [...] Zudem würden die Plattformprodukte meist in der Form einer „Software as a Service“ (SaaS) angeboten. Die entsprechenden Cloud-Dienstleistungen könnten daher grundsätzlich auch von Standorten ausserhalb der Schweiz erbracht werden.

55. Für den sachlichen Markt zur Erbringung von B2B-Connected Car-Dienstleistungen ist im vorliegenden Fall daher in räumlicher Hinsicht von einem internationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

Markt zur Erbringung von B2B2C-Connected Car-Dienstleistungen

56. Grundsätzlich dürften die Nachfrager die entsprechenden Dienstleistungen international nachfragen. Aus der Sicht der Drittanbieter spiele es keine Rolle, ob der Anbieter der Connected Car Plattform seine Dienstleistungen aus der Schweiz heraus erbringe. In Bezug auf lokale Dienste (z.B. Pannendienst) dürfte es aus der Sicht der Marktgegenseite aber von Vorteil sein, wenn sich eine spezifische Plattform in der Schweiz etabliert habe. Dennoch sei nicht von einer nationalen hypothetischen Markt-abgrenzung auszugehen. In vielen Fällen dürften die Privatfahrer nämlich bereit sein, jene Hard- und Software zu nutzen, welche der jeweilige Dienstleister ihnen vorschläge.

57. Für den sachlichen Markt zur Erbringung von B2B2C-Connected Car-Dienstleistungen ist im vorliegenden Fall daher in räumlicher Hinsicht von einem internationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

²¹ Vgl. AXA, <<https://blog.axa.ch/kompetenz/smartcar-connected-car-mobilitaet-zukunft-innovation-praevention-mobile-obd2/>> (9.7.2018).

²² Vgl. Zurich Insurance Group, <<https://www.zurich.com/de-de/media/news-releases/2017/2017-1222-01>> (9.7.2018).

²³ Vgl. Volvo, <<https://www.volvocars.com/de-ch/produkte-und-service/service/connected-car/volvo-in-car-delivery>> (9.7.2018).

²⁴ Vgl. Jaguar, <<https://media.jaguar.com/news/2017/02/jaguar-and-shell-launch-worlds-first-car-payment-system-just-fill-and-go-your-car-pays>> (9.7.2018).

B.3.2 Keine betroffenen Märkte

58. 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.

59. Der Anteil der Parteien für alle vorgenannten relevanten Märkte beträgt 0 %, da die Parteien mit dem GU erst zukünftig beabsichtigen in diese Märkte einzutreten. Tabelle 2 zeigt nachfolgend daher den Anteil der Parteien im Bereich der geplanten künftigen Geschäftstätigkeiten des GU.

Tabelle 2: Anteile der Parteien in den relevanten Märkten

Relevante Märkte	Anteile in Prozent	
	Swisscom / autoSense	AMAG
Erbringung von B2C-Connected-Car-Dienstleistungen	0.0	0.0
Erbringung von B2B-Connected Car-Dienstleistungen	0.0	0.0
Erbringung von B2B2C-Connected Car-Dienstleistungen ²⁵	0.0	0.0

60. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben liegen daher keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Es kann somit von der Unbedenklichkeit des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

B.3.3 Ergebnis

61. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B.4 Nebenabreden

62. Im ABV werden die Vertragsbeziehungen der beiden GU-Partner im Verhältnis zu autoSense geregelt.

63. Die Swisscom Gruppe erbringt gegenüber autoSense die folgenden Dienstleistungen: [...].

64. Umgekehrt wird die Swisscom Gruppe folgende Leistungen von autoSense beziehen: [...].

65. [...]

66. [...]

67. Des Weiteren vereinbaren die Parteien [...].

²⁵ [...].

B 2.3

3. GU von BMW und Daimler

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 22. Oktober 2018

Sachverhalt**A Sachverhalt**

1. Am 24. September 2018 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Errichtung von sechs Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: alle sechs zusammen „das GU“) der Bayerischen Motoren Werke AG (nachfolgend: BMW) mit Sitz in München (Deutschland) und der Daimler AG (nachfolgend: Daimler) mit Sitz in Stuttgart (Deutschland). BMW und Daimler planen die gemeinsame Kontrolle aller sechs Gemeinschaftsunternehmen.

2. BMW ist primär eine weltweit tätige Automobil- und Motorradherstellerin. Die BMW-Gruppe umfasst die drei Marken BMW, Rolls Royce und MINI. Nebst der Entwicklung, der Produktion und des Marketings dieser Fahrzeuge bietet die BMW-Gruppe auch finanzielle Dienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden sowie Premium Services im Bereich der individuellen Mobilität an.³

3. Daimler ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Automobilprodukten, hauptsächlich von Personenkraftwagen (PKW), Lastkraftwagen, Kleintransportern und Bussen, sowie in der Erbringung von finanziellen Dienstleistungen im Zusammenhang mit Automobilen (Finanzierung, Leasing, Versicherung und Fleet-Management-Dienstleistungen) tätig. Die Mercedes-Benz Car Division verkauft PKW unter den Marken Mercedes-Benz und Smart. Daimler Financial Services unterstützt den Verkauf von Fahrzeugen weltweit.⁴

4. Das Ziel des GU ist es, fünf verschiedenen Dienstleistungen, namentlich: (1) Carsharing-Dienste, (2) Fahrdienstvermittlung, (3) Parkdienstleistungen, (4) Elektromobilitätsdienstleistungen und (5) Multi-Modale Plattform, zu kombinieren und auf dieser Basis innovative Produkte zu entwickeln, um damit die Angebote für ihre Kunden zu verbessern und zu einer nachhaltigeren Mobilität beizutragen. Im Ergebnis werde sich eine Plattform entwickeln, welche sauberere und effizientere Verkehrsmittel ermöglichen und sich auch mit den öffentlichen Transportmitteln verbinden werde. Auch ist es Ziel des GU, auf dynamische und sich verändernde Marktbedingungen zu reagieren, ein On Demand Mobilitätsdienstleistungsanbieter in einem hochinnovativen Geschäftsbereich zu etablieren und ein einheitliches Servicepaket zu Gunsten der Kunden zu entwickeln.

5. Daimler und BMW (nachfolgend: zusammen „die meldenden Unternehmen“ bzw. „die Parteien“) beabsichtigen, Mobilitätsdienstleistungen basierend auf dem europäischen Verständnis von sozialer Verantwortung aufzubauen und weiterzuentwickeln. Zugleich werde beabsichtigt, Vorschläge für die Zusammenarbeit mit Anbietern von öffentlichen Verkehrsdienstleistungen und intermodale integrierte Transportlösungen zu entwickeln.

6. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werde das GU seine Dienstleistungen an Geschäftskunden, öffentliche Einrichtungen und Privatkunden erbringen. Es sei geplant, dass das GU in verschiedenen Ländern weltweit tätig sein werde.

7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 17. September 2018 auch bei der Europäischen Kommission gemeldet⁵ und wurde unter Auflagen genehmigt⁶.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

8. 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

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.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

10. Am 28. März 2018 wurde ein Vertrag betreffend das GU zwischen den Parteien abgeschlossen. Die meldenden Unternehmen beabsichtigen, die gemeinsame Kontrolle über insgesamt sechs Gemeinschaftsunternehmen zu erlangen, welche die Mobilitätsdienstleistungen aus

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

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

³ Vgl. RPW 2017/3, 461 Rz 2, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

⁴ Vgl. RPW 2017/3, 461 Rz 3, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

⁵ Case COMP M.8744, 17. September 2018 - *Daimler / BMW / Car Sharing JV*.

⁶ Press Release: IP/18/6321, 7. November 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6321_en.htm (4.12.2018).

den in Rz 4 genannten fünf (Geschäfts-)Bereichen („Dienstleistungen“) der Parteien in fünf Gemeinschaftsunternehmen zusammenbringen. Ein sechstes Gemeinschaftsunternehmen werde die Marken verwalten und diese anderen Gemeinschaftsunternehmen lizenzieren. Dazu werden die Parteien ihre Geschäftstätigkeiten in den erwähnten Bereichen auf das GU übertragen.

11. Daimler trägt die folgenden Geschäftstätigkeiten zum GU bei:

- „car2go“, einen Anbieter von Car-Sharing Diensten,
- Mytaxi group (Intelligent Apps GmbH) (nachfolgend: „mytaxi“), einen Vermittler von Fahrdienstleistungen, sowie
- „Moovel“, eine multi-modale Online-Plattform, welche den Kunden Zugang zu einer breiten Auswahl von Mobilitätsangeboten anbietet, indem es In-App Suche, Buchungen, Ticketing und Bezahlung ermöglicht.

In der Schweiz sind car2go, mytaxi und moovel momentan nicht aktiv.

12. BMW trägt die folgenden Geschäftstätigkeiten zum GU bei:

- DriveNow, einen Anbieter von Car-Sharing Diensten,
- ReachNow, einen Anbieter von Car-Sharing Diensten und Fahrdienstvermittlungen,
- Parkmobile/Parknow (nachfolgend: ParkNow), einen Anbieter von Parkdienstleistungen, sowie
- ChargeNow, einen Elektromobilitätsdienstleister, welcher als Zugangsservice verschiedene Ladestationen in einem Netzwerk vereint.

In der Schweiz sind DriveNow und ReachNow bislang nicht aktiv. ParkNow ist momentan in acht Schweizer Städten verfügbar. ChargeNow ist gegenwärtig in ca. 470 Schweizer Städten verfügbar.

13. Die meldenden Unternehmen werden die genannten Beteiligungen in den fünf erwähnten Geschäftsbereichen auf das GU übertragen. Die entsprechenden Geschäftstätigkeiten werden damit in das GU einfließen.

14. Die Kombination der Kompetenzen in den erwähnten Geschäftsbereichen (vgl. Rz 10) bilde, gemäss Angaben der Parteien, die Basis für die Unterstützung von öffentlichen Einrichtungen, Anbietern von öffentlichen Transportmitteln und anderen relevanten Teilnehmern mit umfassenden Lösungen für eine nachhaltigere Mobilität. Angesichts der Notwendigkeit, Luftverschmutzung und Stau zu bekämpfen, könne die Kombination der erwähnten Dienstleistungen zu folgenden Aspekten beitragen: (a) Ersetzen von alten, privaten und hoch emittierenden Fahrzeugen durch geteilte, moderne und falls möglich elektrische Fahrzeuge, (b) Unterstützen von Elektroautos durch das Angebot von nahtlosem Aufladen und Rechnungsstellung, (c) integrierte Kundeninformation über verschiedene Verkehrsmittel hinweg und (d) reduzierter Park-Suchverkehr aufgrund von verbessertem Parking Management. Entsprechend werde die Mobilität intelligenter, effizienter und nachhaltiger.

15. Das Ziel des GU sei es, die fünf verschiedenen Dienstleistungen zu kombinieren und auf dieser Basis innovative Produkte zu entwickeln (vgl. Rz 4 ff., oben).

16. Zum Erwerb gemeinsamer Kontrolle werden die meldenden Unternehmen nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens Anteile und Stimmrechte in den sechs Gemeinschaftsunternehmen (und damit dem GU insgesamt) halten. Jedes der sechs Gemeinschaftsunternehmen (und damit das GU insgesamt) wird damit gemeinsam von BMW und Daimler kontrolliert werden.

17. Zudem ist für die Ernennung und Abberufung von Geschäftsführern der Gemeinschaftsunternehmen Stimmenmehrheit erforderlich. Damit besitzen BMW und Daimler ein entscheidendes Vetorecht.⁷ Die Unternehmensplanung, das Budget und die Businesspläne der Gemeinschaftsunternehmen müssen von BMW und Daimler gemeinsam bestätigt werden. [...]

18. Das GU wird eine unabhängige wirtschaftliche Einheit bilden, da es nicht nur eine spezifische Funktion für BMW und Daimler erfüllen werde, sondern (weiterhin) Geschäfte mit Drittparteien tätigen und auch über einen eigenen Zugang sowie eine eigene Präsenz auf den Märkten verfügen werde. Dies sei zudem bereits der Fall in Bezug auf die Vermögenswerte, die von BMW und Daimler in das GU eingebracht würden. Auch in Zukunft liege der Fokus auf dem Bereitstellen von Dienstleistungen des GU an Drittparteien und daher werde es hauptsächlich Geschäftsbeziehungen zu Dritten und Verkäufe an Dritte aufweisen. [...]

19. Die Parteien beabsichtigen zudem, das GU auf unbestimmte Dauer zu errichten.

20. Im Hinblick auf das Vorliegen einer zusammenhängenden Transaktion⁸ ist zunächst festzuhalten, [...]. Auch sind die Transaktionen *de facto* voneinander abhängig, da, gemäss Angaben der Parteien, das Ziel, einen Mobilitätsdienstleister zu gründen, welcher die gesamte Bandbreite an Mobilitätsdienstleistungen anbietet, es erfordere, dass die Angebote der sechs Gemeinschaftsunternehmen kombiniert werden. Und schliesslich werden dieselben Parteien (d.h. BMW und Daimler) die gemeinsame Kontrolle an allen sechs Gemeinschaftsunternehmen erwerben.

21. Im Ergebnis ist vorliegend von einer zusammenhängenden Transaktion auszugehen, da die Transaktionen für jedes einzelne Gemeinschaftsunternehmen voneinander abhängig sind.

22. Aus den Ausführungen in den Rz 16–17 ergibt sich zudem, dass strategische Entscheide des GU gemeinsam durch die meldenden Unternehmen getroffen werden. Demnach erhalten die meldenden Unternehmen gemeinsame Kontrolle über das GU.

⁷ Vgl. Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.2.2009 S. 28, Rz 69.

⁸ Vgl. RPW 2015/3, 382 Rz 132, *Stellungnahme Zusammenschluss Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

23. Aus den Ausführungen in den Rz 18–19 ergibt sich schliesslich, dass die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt sind.⁹

24. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein (Gemeinschafts-)Unternehmen, welches sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und in diese Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (vgl. Art 2 Abs. 1 und 2 VKU¹⁰). Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die beabsichtigte Errichtung des GU von BMW und Daimler einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt (vgl. Rz 21 23).

B.2 Meldepflicht

25. BMW und Daimler erzielten im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss jeweils einen Umsatz in der Schweiz von mindestens CHF 100 Mio., zudem erzielten sie zusammen einen schweizweiten Umsatz von mindestens CHF 500 Mio. Somit handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

26. 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).

27. 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

28. Das GU ist nur in den Bereichen Parkdienstleistungen (ParkNow) sowie Elektromobilitätsdienstleistungen (ChargeNow) in der Schweiz aktiv. Die nachfolgenden Ausführungen zu den sachlich und räumlich relevanten Märkten beschränken sich daher auf diese Aktivitäten. Zudem werden sämtliche weitere Geschäftstätigkeiten von BMW und Daimler, welche keinen relevanten Bezug zu den Tätigkeiten des GU in der Schweiz aufweisen, im Folgenden nicht weiter behandelt.

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

29. 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).

Markt für (digitale, bargeldlose) Parkdienstleistungen

30. In Bezug auf den Bereich für Parkdienstleistungen wird BMW ParkNow in das GU einbringen und digitale Parkdienstleistungen unter den Marken Parkmobile,

Parknow, Parkline und Ringgo anbieten. Diese ermöglichen ihren Nutzern (über ihre Smartphones), Parkplätze auf der Strasse und in Parkhäusern zu finden. Der derzeitige Fokus liegt auf der In-App Bezahlung von Parkgebühren. Die Kunden von ParkNow können zwischen zwei Paketen wählen, einer monatlichen Fixgebühr oder einer Gebühr für jeden einzelnen Parkvorgang. Parkplatzbetreiber bezahlen eine kommissionsbasierte Gebühr an ParkNow für jeden Parkvorgang. Die Dienstleistung ist derzeit in mehr als 700 Städten in Europa, USA, Kanada und Australien verfügbar. In der Schweiz kann ParkNow in bisher acht Städten benutzt werden.

31. Daimler ist derzeit in der Entwicklungsphase für Parkdienstleistungen am Strassenrand „on-Street Parking“ und abseits von (öffentlichen) Strassen „off-Street Parking“ (z.B. Parkhäuser) in Europa, Amerika und Asien aktiv.¹¹

32. Die WEKO hat sich bisher nicht mit Märkten für Parkdienstleistungen auseinandergesetzt. In einem Fall wurde von einem sachlich relevanten Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für das off-airport Parking für Flugpassagiere ausgegangen.¹² Dieser Entscheid lässt sich allerdings nicht auf die vorstehend beschriebenen Dienstleistungen übertragen.

33. Auch die Europäische Kommission hat in ihrer Praxis bisher noch keine Marktabgrenzung in Bezug auf die beschriebenen Dienstleistungen vorgenommen. In einem Fall hat sie sich mit Parkplatzbetreibern befasst. Die meldenden Unternehmen vertraten die Ansicht, dass ein Markt für den Betrieb von gebührenpflichtigen öffentlichen Parkplätzen (ohne Gratisparkplätze, Anwohnerparken oder privates und geschäftliches Parken) abzugrenzen sei. Die Europäische Kommission liess die genaue Marktdefinition letztlich offen.¹³

34. Im Fall *Eurazeo S.A./Apcoa Parking Holdings GmbH* betrachtete die Europäische Kommission einen möglichen separaten Markt für Parking Management Dienstleistungen. Die meldenden Unternehmen argumentierten, dass ein breiterer Markt für Facility Management betrachtet werden sollte. Die Marktuntersuchung der Europäischen Kommission zeigte, dass Anbieter von derartigen Dienstleistungen üblicherweise in Bieterverfahren auf langfristiger Basis ausgewählt werden. Sie besitzen die Einrichtungen nicht zwingend, sondern haben nur einen Vertrag für deren Management. Die Europäische Kommission entschloss sich, die genaue Marktdefinition

⁹ Vgl. u.a. RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, RPW 2017/3, 462 Rz 15 ff., *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

¹⁰ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹¹ <https://www.daimler.com/innovation/parktechnologien.html> (6.12.2018).

¹² RPW 2006/4, 637 Rz 74, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹³ Case COMP/M.2825, 9. Juli 2002, *Fortis AG SA/Bernheim-Comofit SA*, Rz 10 ff.

schliesslich offen zu lassen.¹⁴ Im Fall *Mirael/Ferrovial/NDH1* wurde ein Markt für die Bereitstellung von Parking Management Dienstleistungen „bei off-street Parking Einrichtungen“ im Vereinigten Königreich von der Europäischen Kommission untersucht, wobei die genaue Marktdefinition letztlich auch hier offen gelassen wurde.¹⁵

35. ParkNow biete zwar keine Hardware an, allerdings sollte, nach Ansicht der Parteien, der relevante Markt dennoch auch all jene Unternehmen beinhalten, welche Hardware für Zugangs- und Bezahlungsstellen anbieten, wie beispielsweise Kartenzahlterminals. Hersteller und Anbieter von Zahlterminals würden ihre eigenen „pay by mobile“-Dienste zusammen mit ihrem Hardware Equipment anbieten. Die meisten Hardware Anbieter würden zudem auch Reservationsmodule und White-Label Karten für Parkplatzbetreiber für den nahtlosen Zugang zu bargeldlosem Bezahlen anbieten. Kunden würden, gemäss Einschätzung der Parteien, ParkNow nicht nutzen, falls andere Zahlungsmethoden (z.B. Bezahlung an der Ticketmaschine) weniger kosten würden, als die Bezahlung über ParkNow. Potentielle Konkurrenten in diesem Bereich seien zum Beispiel Parkingpay, Easypark, Pay by Phone, Sunhill, Parkeon, Metric, Cale, Skidata, Scheidt&Bachmann, Designa, WPS oder HUB, wobei derzeit nicht alle genannten Unternehmen in der Schweiz bereits aktiv seien. Zu beachten sei ausserdem, dass Parkplatzanbieter nur zögerlich mit reinen App-Anbietern zusammenarbeiten würden, welche nicht auch die diesbezügliche Hardware anbieten. Dies stütze die Ansicht, dass eine weite Marktdefinition gewählt werden sollte.

36. Die Parteien sind der Ansicht, dass die Marktdefinition letztlich offen gelassen werden könne und auch eine enge Marktdefinition, welche den Markt als Bereitstellung von digitalen, bargeldlosen Bezahlungen für das Parken definiere, zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken für das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz führe.

37. Die entscheidende Frage hinsichtlich der Markttabung ist, ob aus Sicht der Marktgegenseite, also den Nachfragern von Parkdienstleistungen, die digitalen Parkdienstleistungen mit „traditionellen“ Parkdienstleistungen als substituierbar angesehen werden. Hierbei gilt es zu berücksichtigen, dass der angestrebte Mehrwert der digitalen Parkdienstleistungen (zukünftig) nicht nur darin gesehen werden kann, den Parkplatz (wie bisher auch) zu bezahlen (dies lediglich in bargeldloser Form), sondern dass freie Parkplätze (auch in Parkhäusern) beispielsweise im Vorfeld gebucht, zugewiesen und reserviert werden können. Insbesondere im Hinblick darauf, dass der Markt derzeit noch im Entstehen ist und auch die Parteien geltend machen, dass gerade auch das GU als Ziel anstrebt, innovative Produkte in diesem hochinnovativen Geschäftsbereich zu entwickeln (vgl. Rz 4), lässt sich hier keine abschliessende Markttabung vornehmen.

38. Im vorliegenden Fall ist demnach im Sinne einer Arbeitshypothese von einem Markt für (digitale, bargeldlose) Parkdienstleistungen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung nicht verändert.

Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen

39. BMW ist Anbieter von ChargeNow, womit der Zugang zu Aufladestationen von verschiedenen Ladepunktbetreibern ermöglicht werde. In dieser Eigenschaft ist BMW mit ChargeNow als Elektromobilitätsanbieter tätig und bietet Kunden Zugang zu entsprechenden Aufladepunkten – beispielsweise über eine Mitgliederkarte oder via Smartphone-App – an. Der Elektromobilitätsanbieter (ChargeNow) schliesst dabei einen Vertrag mit dem Kunden und stellt ihm eine Rechnung für jeden Aufladevorgang seines Elektroautos. Die Ladepunktbetreiber stellen den Aufladevorgang den Elektromobilitätsanbietern (ChargeNow) in Rechnung.

40. ChargeNow kombiniert damit die Aufladestationen verschiedener Ladepunktbetreiber zu einem Netzwerk, in welchem die Kunden ihr Fahrzeug bei jedem der Partner-Aufladestationen aufladen können und dafür eine monatliche Rechnung erhalten. ChargeNow ist in der Schweiz und den meisten europäischen Ländern sowie in vielen weiteren Ländern wie z.B. den USA, Mexiko, Australien, Japan, Hong Kong und Singapur tätig.

41. Die WEKO hat sich in ihrer Praxis jüngst in zwei Fällen mit Elektromobilität beschäftigt. In *BKW/AEK* hat sie einen Markt für Elektromobilität abgegrenzt, der den Verkauf, die Installation sowie die Wartung von E-Ladestationen für das Aufladen der Batterien von Elektrofahrzeugen umfasst.¹⁶ Im Fall *BMW/Daimler/Ford/Porsche* ging die WEKO von einem sachlich relevanten Markt für die Erbringung von E-Mobility Services (Elektromobilitätsdienstleistungen) aus. Die Frage, ob der Markt weiter in Endkunden und B2B zu unterteilen ist, wurde offen gelassen.¹⁷

42. Die Europäische Kommission hat sich im Fall *Verbund/Siemens/E-Mobility Provider Austria* mit einem Markt für die Bereitstellung von Elektromobilitätsdienstleistungen, d.h. die Stromversorgung für Autos, die Infrastruktur für das Aufladen von Autos und Supportdienste für Benutzer, befasst. Die Marktuntersuchung der Europäischen Kommission ergab, dass eine Unterscheidung zwischen diesen drei Segmenten angebracht ist. Zudem wurde eine weitere Segmentierung in Privat- und Geschäftskunden in Betracht gezogen. Die Europäische Kommission hat auch angemerkt, dass der Markt oder die Märkte für Elektromobilitätsdienstleistungen erst im Entstehen begriffen sind. Die genaue Definition des Produktmarkts wurde letztlich offen gelassen.¹⁸

¹⁴ Case COMP/M.4613, 20. April 2004, *Eurazeo S.A./Apcoa Parking Holdings GmbH*, Rz 9 f.

¹⁵ Case COMP/M.7398, 19. November 2014, *Mirael/Ferrovial/NDH1*, Rz 26 ff.

¹⁶ RPW 2016/3, 775 Rz 53, *BKW/AEK*.

¹⁷ RPW 2017/3, 463 Rz 28, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

¹⁸ Case COMP/M.6641, 20. September 2012, *Verbund/Siemens/E-Mobility Provider Austria*, Rz 12 ff.

43. Die Europäische Kommission hat sich weiter mit einem (vorgelagerten) Markt für die Herstellung, Lieferung und Installation von Ladeinfrastruktur für Elektromobilitätslösungen befasst. Laut den Parteien könne dieser Markt in (a) Ladehardware, (b) notwendige Software und (c) zusätzliche Dienstleistungen unterteilt werden. Die Parteien trugen aber auch vor, dass der Markt noch im Entstehen begriffen sei und etwaige Unterteilungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt künstlich erscheinen würden. Die Europäische Kommission liess die genaue Marktdefinition schliesslich offen.¹⁹

44. Die Parteien sind der Ansicht, dass in Übereinstimmung mit der Praxis der WEKO und der Europäischen Kommission der Betrieb von Aufladestationen und die Bereitstellung von Elektromobilitätsdienstleistungen separate Märkte darstellen. ChargeNow sei lediglich in einem potenziellen Markt für Elektromobilitätsdienstleistungen aktiv. Nach Ansicht der Parteien sei es nicht angebracht, den potenziellen Markt für Elektromobilitätsdienstleistungen weiter zu segmentieren, beispielsweise nach Kundengruppen. Der Grund liege darin, dass praktisch alle Elektromobilitätsdienstleister alle Arten von Dienstleistungen an alle Arten von Kunden erbringen würden oder zumindest in der Lage seien, ihr Produktportfolio diesbezüglich innert kurzer Zeit zu erweitern.

45. Im vorliegenden Fall ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung nicht verändert.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

46. 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).

Markt für (digitale, bargeldlose) Parkdienstleistungen

47. Mit Bezug auf Parkdienstleistungen hat die WEKO im Fall *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking* den Markt auf das nahe bei den Check-in Schaltern gelegene Flughafenareal abgegrenzt²⁰. In *Fortis AG SA/Bernheim-Comofi SA* wurde von der Europäischen Kommission ein lokaler Markt diskutiert, die genaue Marktdefinition jedoch offen gelassen.²¹ Für die Bereitstellung von Parking Management Diensten wurde ferner ein EWR-weiter oder ein regionaler Markt in Betracht gezogen, die Europäische Kommission liess die genaue Marktdefinition jedoch letztlich offen.²²

48. Nach Ansicht der Parteien ist der räumlich relevante Markt für Dienstleistungen für gebührenpflichtige Parkplätze national abzugrenzen, da die Marktbedingungen in den verschiedenen Ländern unterschiedlich seien.²³

49. Für den sachlichen Markt für (digitale, bargeldlose) Parkdienstleistungen ist daher im vorliegenden Fall in räumlicher Hinsicht von einem nationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung nicht verändert.

Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen

50. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis beim hypothetischen Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen von einem nationalen Markt ausgegangen. Sie hat letztlich eine genaue räumliche Abgrenzung offen gelassen.²⁴

51. Die Europäische Kommission hat im Fall *Verbund/Siemens/E-Mobility Provider Austria* verschiedene räumliche Märkte für Elektromobilitätsdienstleistungen in Betracht gezogen (regional, national, evtl. weiter als national), hat die genaue Markttabgrenzung jedoch letztlich offen gelassen.²⁵

52. Für den sachlichen Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen ist im vorliegenden Fall in räumlicher Hinsicht von einem nationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung (unter jeder räumlichen Marktdefinition in der Schweiz) nicht verändert.

B.3.2 Keine betroffenen Märkte

53. Als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ werden Märkte bezeichnet, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). In Bezug auf die relevanten Märkte sind sowohl der Markt für (digitale, bargeldlose) Parkdienstleistungen als auch der Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen keine betroffenen Märkte in diesem Sinne und daher ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auszugehen.

54. Konkret lag der Marktanteil von BMW im Bereich des bargeldlosen Bezahls von Parkdienstleistungen in der Schweiz im Jahr 2017 bei [0–5] %. Gemäss Angaben der Parteien gibt es ungeachtet der genauen Marktdefinition keine Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten der Parteien, da Daimler derzeit im Bereich Parkdienstleistungen in der Schweiz nicht aktiv ist. Der Markt für (digitale, bargeldlose) Parkdienstleistungen ist daher kein betroffener Markt.

¹⁹ Case COMP/M.6641, 20. September 2012, *Verbund/Siemens/E-Mobility Provider Austria*, Rz 25 ff.

²⁰ RPW 2006/4, 639 Rz 89, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

²¹ Case COMP/M.2825, 9. Juli 2002, *Fortis AG SA/Bernheim-Comofi SA*, Rz 11 f.

²² Case COMP/M.4613, 20. April 2004, *Eurazeo S.A./Apcoa Parking Holdings GmbH*, Rz 18, Case COMP/M.7398, 19. November 2014, *Miraei/Ferrovial/NDHL*, Rz 28 ff.

²³ In Deutschland hätten, gemäss Angaben der Parteien, beispielsweise im Rahmen der Smart Parking Initiative alle Anbieter von Parkdienstleistungen Zugang zum Markt und könnten so ihre Aktivitäten relativ einfach ausbauen. Im Vereinigten Königreich würden hingegen Bieterverfahren angewendet, in welchen die Wettbewerber regelmässig teilnehmen.

²⁴ RPW 2017/3, S. 464 Rz 37 – *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

²⁵ Case COMP/M.6641, 20. September 2012, *Verbund/Siemens/E-Mobility Provider Austria*, Rz 19 ff.

55. Gemäss Angaben der Parteien wurde ChargeNow (Elektromobilitätsanbieter) Mitte 2016 in der Schweiz lanciert und hatte bis März 2018 schweizweit einen Marktanteil von knapp [5–10] %. Der Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen ist daher kein betroffener Markt.

B.3.3 Ergebnis

56. 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

4. Worldline S.A./SIX Payment Services Group

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. Juni 2018

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. August 2018

A Sachverhalt

1. Am 16. Juli 2018 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Worldline S.A. den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die SIX Payment Services Group, welche von der SIX Group gehalten wird. Der Kaufpreis wird beglichen durch ein Aktienpaket an der Worldline S.A. in der Höhe von rund 27 % sowie CHF 338 Mio. in bar.

2. Die Worldline SA (**Worldline**) ist ein französisches Unternehmen mit Sitz in Bezons und ist hauptsächlich in den Bereichen des Zahlungsverkehrs- und Transaktionsdienstleistungen tätig. Die Geschäftstätigkeiten von Worldline basieren auf drei Säulen: Merchant Services, Mobility & e-Transactional Services und Finanzdienstleistungen. Worldline ist vor allem in Belgien, Niederlanden und Luxemburg aktiv (Benelux). In der Schweiz sind die Geschäftstätigkeiten der Worldline von untergeordneter Bedeutung (vgl. hinten Rz 21).

3. Worldline gehört zur Atos Gruppe, deren oberste Muttergesellschaft die Atos SE (**Atos**) ist. Atos ist ein globaler Anbieter von digitalen Dienstleistungen wie Beratung und Systemintegration, Management Services und Externalisierung von Geschäftsprozessen, Cloud Services, Big Data und Cybersecurity Services sowie Transaktionsdienstleistungen (über Worldline). Die IT-Lösungen von Atos werden vor allem in den Industriesegmenten Produktion, Retail und Transport, Gesundheitswesen, Telekommunikation, Medien und Versorgungsunternehmen sowie im Bereich der Finanzdienstleistungen eingesetzt. Zur Atos-Gruppe gehören mehr als 400 Unternehmen. In der Schweiz ist Atos (nur) durch Worldline im Schweizer Payment Services Sektor aktiv. Daneben ist Atos in den Bereichen IT-Services (Business & Platform Solutions, Infrastructure & Data Management, Big Data & Security) und via Worldline im Non-Payment Services Sektor (Track & Trace für die der Zollkontrolle unterstellten Produkte, geringfügig Cyber Security Lösungen) tätig.

4. Beim Übernahmeeobjekt handelt es sich um die folgenden Unternehmen (inkl. deren Tochtergesellschaften), die im Geschäftsbereich Payment Services der SIX Group AG (**SIX Payment Services Group; SPS**) bilden und die von der SIX Group AG (SIX Group) gehalten werden (in Klammern sind die Prozentsätze der Beteiligungen ersichtlich):

- SIX Payment Services AG (100%), Zürich, Schweiz und ihre Tochtergesellschaften Six Payment AG (ehemals Aduno SA), Bedano, Schweiz (100%) und SIX Payment Services (Germany) GmbH, Nordstedt, Deutschland (100%).
- SIX Payment Services (Luxembourg) SA (100%), Luxemburg.
- SIX Payment Services (Europe) SA (100%), Luxemburg, und ihre Tochtergesellschaft Cetrel Securities S.A., Luxemburg (100%).
- SIX Austria Holding GmbH (100%), Wien, Österreich und ihre Tochtergesellschaft SIX Payment (Austria) GmbH, Wien, Österreich (100%).

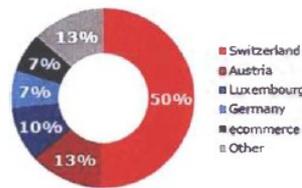
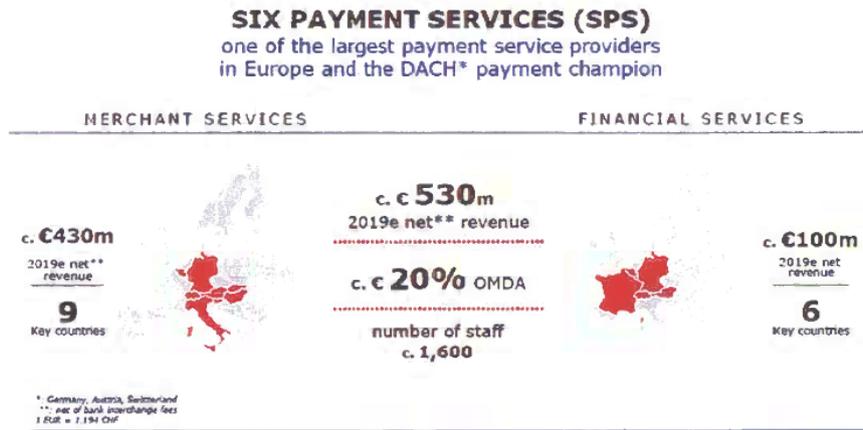
5. Die SPS, namentlich die in der Schweiz tätigen SIX Payment Services AG und SIX Payment AG (ehemals Aduno SA) sind den Wettbewerbsbehörden aus mehreren Verfahren bekannt.¹ Zusammengefasst ist die SPS in den Bereichen Händler-Acquiring, Bereitstellung/Distribution von POS-Terminals an Händler, Acquiring Processing und Issuing Processing in der Schweiz und in der EU tätig. Dabei hat die WEKO im Verfahren SIX/DCC auf diversen Märkten eine marktbeherrschende Stellung festgestellt.² Dieser Entscheid ist aber aufgrund einer hängigen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht nicht rechtskräftig.

6. Der Zusammenschluss ist vor dem Hintergrund einer Konsolidierungsphase in der europäischen Payment-Industrie zu verstehen, da in diesen Märkten Skaleneffekte eine wesentliche Rolle spielen. Die SPS wurde daher als Kaufobjekt international angeboten und die Worldline erhielt mit dem besten Gebot den Zuschlag. Mit der Übernahme der SPS will die Worldline ihre Konkurrenzfähigkeit gegenüber den anderen grossen Anbietern sicherstellen. Dabei ist auch von Bedeutung, dass sich die Geschäftsbereiche der SPS und Worldline auf europäischer Ebene gut ergänzen, wie sich aus den nachfolgenden Illustrationen aus der Meldung erschliesst:

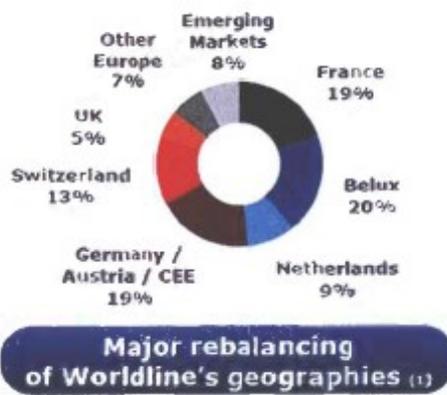
¹ Vgl. etwa RPW 2016/4, 1062 ff., *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*; RPW 2015/2, 156 ff.; *Beratung betr. Einkaufsgemeinschaften zur Beschaffung von ATM-Geräten*, RPW 2015/2 265 ff., *Kreditkarten Interchange Fees II*; RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

² Vgl. RPW 2011/1, 142 Rz 294, *SIX/DCC*.

Abdeckung der SIX Payment Services Group vor dem Zusammenschluss:



Gemeinsame Abdeckung von Worldline und SIX Payment Services Group nach dem Zusammenschluss:



7. Das Zusammenschlussvorhaben lässt sich in eine Reihe ähnlicher Transaktionen einordnen, welche mit dem Ziel erfolgen, die historisch zerstückelten Märkte zu überwinden und mit einer grossen geografischen Reichweite Wettbewerbsvorteile zu erlangen. Dies lässt sich durch die folgenden Beispiele illustrieren:

- Concardis und Nets haben am 4. Juni 2018 angekündigt, dass sie mit dem Ziel fusionieren werden, einen führenden europäischen Payment Player zu bilden.³ Dies baut auf Konsolidierungen bei den jeweiligen Gesellschaften vor dieser Fusion auf. Unter anderem erwarb Nets DIBS, Nordea Marchant Acquiring und dotpay. Concardis übernahm Cardtech und Ratepay.
- Ingenico hat am 30. Mai 2018 bekannt gegeben, dass Verhandlungen mit der Sparkassen-Finanzgruppe aufgenommen wurden, um deren Tochtergesellschaft B+S Payone mit Ingenico Retail Assets in der DACH-Region (Deutschland, Österreich, Schweiz) zusammenzuführen.⁴ Dies baut auf weiteren, bedeutenden Konsolidierungen durch Ingenico auf, wie etwa der Übernahme von Bambora, Ogone und Global Collect. Bambora (zu der in der Schweiz Inncard gehört) ist bereits durch die Konsolidierung mehrerer Payment Services Gesellschaften entstanden.
- SIA hat am 25. Mai 2018 die Übernahme des Processinggeschäfts von Bezahlkarten von First Data in Zentral- und Südosteuropa angekündigt.⁵
- Weitere erwähnenswerte Akteure betreffend die Konsolidierung der europäischen Payment Landschaft sind Nexi (ehemals ICBPI, mehrere Konsolidierungen in Italien), EVO (Akquisitionen in Deutschland, Irland, Spanien, Polen), Wirecard (Akquisitionen in Deutschland, Rumänien und ausserhalb Europas) und Global Payments (Akquisitionen in Zentraleuropa, Grossbritannien, Irland).

8. Das Zusammenschlussvorhaben musste auch in Deutschland, Österreich und Serbien gemeldet werden. In allen drei Jurisdiktionen ist der Zusammenschluss bewilligt worden (in Serbien am 7. Juli 2018, in Deutschland und Österreich am 12. Juli 2018).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

9. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. Beim vorliegenden Zusammenschluss handelt es sich um einen Kontrollerwerb gemäss Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU, wobei die Worldline die alleinige Kontrolle über die SPS übernimmt (100 % der Aktien und Stimmrechte).

12. Obwohl die SIX Group als Kaufpreis ein grösseres Aktienpaket an der Worldline erhält, handelt es sich nicht um einen Fall gemeinsamer Kontrolle, wie die nachfolgende Tabelle der nach der Transaktion bestehenden Beteiligungen und Stimmrechte an der Worldline aufzeigt:

Per 31. Dezember 2018	% der Aktien	% der Stimmrechte
ATOS SE	ca. 51 %	67,21 %
Verwaltungsrat	<1 %	0,01 %
Angestellte	<1 %	0,61 %
SIX Group AG	ca. 27 %	17,77 %
Free Float	ca. 22 %	14,41 %

³ <https://www.concardis.com/de-en/artikel/nets-as-and-concardis-payment-group-form-leading-european-payments-player> (9.8.18).

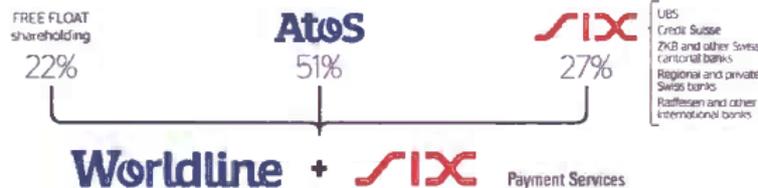
⁴ <https://www.ingenico.com/press-and-publications/press-releases/finance/2018/05/ingenico-group-enters-into-exclusive-negotiations-to-combine-bs-payone-with-ingenico-retail-assets-in-dach.html> (9.8.18).

⁵ <https://www.sia.eu/en/media-events/news-press-releases/sia-acquires-card-processing-businesses-in-central-and-southeastern-europe-from-first-data> (9.8.18).

13. Die Corporate Governance von Worldline soll wie folgt angepasst werden: Der Verwaltungsrat wird neu aus 12 Verwaltungsratsmitgliedern bestehen und um einen Zensor⁶ erweitert. Davon würden zwei Verwaltungsratsmitglieder und der Zensor (censor) von der SIX Group bestimmt und es würde ein neues, unabhängiges Verwaltungsratsmitglied ernannt werden. Zudem würde die SIX Group in den Verwaltungsratsausschüssen (d.h. im Audit

Committee, im Nomination & Remuneration Committee, im Investment Committee und im neu geschaffenen Strategie & Innovation Committee) jeweils durch einen oder zwei Vertreter vertreten sein. Die neue Governance Struktur gibt der SIX Group jedoch keine Kontrolle über Worldline.

WORLDLINE SHAREHOLDING STRUCTURE & GOVERNANCE POST TRANSACTION



- 49.1 million of new shares + € 283 million in cash against SIX Payments Services contribution into Worldline
- Worldline Board of Directors enlarged from 9 members to 12 members and 1 censor, of which:
 - 2 new Board Members and 1 censor proposed by SIX Group; and
 - 1 new Independent Director
- Corporate governance adapted with SIX representatives in each committee

14. Die SIX Group erhält durch die Transaktion demnach eine Minderheitsbeteiligung ohne Kontrollrechte an der Worldline. Zusätzlich erhält sie im April 2020 neben dem bereits erwähnten Betrag von CHF 338 Mio. in bar (vgl. oben Rz 1) allenfalls eine zusätzliche Zahlung von maximal CHF 166 Mio. je nachdem, wie sich der Aktienkurs der Worldline entwickelt.

15. Schliesslich beinhaltet der geplante Zusammenschluss auch eine zehnjährige Geschäftsbeziehung mit der SIX Group, um den Schweizer Banken eine breite Palette von Processing-Dienstleistungen anbieten zu können. In diesem Kontext hat sich Worldline verpflichtet, für

rund CHF 30 Mio. eine Minderheitsbeteiligung ohne Kontrollrechte in der Höhe von 20 % an **TWINT** (Mobile und P2P-Bezahl- Scheme der nächsten Generation) zu erwerben.⁷ Derzeit ist die SPS noch Eigentümerin von 33,33 % des Aktienkapitals der TWINT. Diese Aktien werden nicht auf die Worldline übertragen, sondern zurück an die SIX Group bzw. ihre Tochtergesellschaft Swisskey AG. Mit der Transaktion wird sich die Eigentümerstruktur von TWINT wie folgt verändern:

Aktionär	Vor Transaktion	Nach Transaktion
SIX Group	33,33 %	[...]
Postfinance	33,33 %	[...]
UBS	[...]	[...]
CS	[...]	[...]
ZKB	[...]	[...]
Raiffeisen	[...]	[...]
BCV	[...]	[...]
Worldline	0,00 %	20,00%

⁶ Beim Zensor handelt es sich um eine Person, die in beratender Funktion tätig sein soll.

⁷ Vgl. RPW 2016/4, 1062 ff., *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

	Atos Gruppe	SPS	Gemeinsam
Schweiz	> CHF 100 Mio.	> CHF 100 Mio.	> CHF 200 Mio.
Weltweit	CHF 14'107 Mio.	CHF [...] Mio.	> CHF 2000 Mio.

18. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG werden erreicht und somit ist das geplante Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

19. 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).

20. 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 Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen in der Schweiz

21. Worldline ist im Payment Sektor in der Schweiz in den folgenden Bereichen aktiv:

- eine marginale Tätigkeit im Markt für Visa und Mastercard Kreditkarten-Acquiring mit *E-Commerce-Transaktionen*;
- eine untergeordnete, standardisierte Dienstleistung als Teil der Wertschöpfungskette des Acquiring Processing für *ATM-Transaktionen* (Automated Teller Machine, Bankomat);
- eine untergeordnete und standardisierte Dienstleistung, welche zum Payment Scheme Connectivity Markt für [...] gehört; und
- die Bereitstellung von Point-of-Sale-Terminals (POS-Terminals) für Acquirer von Händlern.

22. Die SPS ist im Payment Sektor in der Schweiz in folgenden Segmenten tätig:

- Markt für das Kreditkarten-Acquiring von Visa und Mastercard;
- Markt für das Debitkarten-Acquiring von Maestro;
- Markt für Acquiring Processing von POS- sowie ATM-Transaktionen;
- Markt für Issuing Processing; und

B.3 Meldepflicht

17. Die Atos Gruppe und die SPS erzielten 2017 die folgenden Umsätze:

- Terminal Markt: Bereitstellung von ep2-zertifizierten POS-Terminals an Händler.

23. Zu einer Veränderung der Wettbewerbssituation kann es in folgenden Märkten kommen:

- Auf dem Markt für Visa und Mastercard Kreditkarten-Acquiring mit E-Commerce-Transaktionen aufgrund einer marginalen Überschneidung der Geschäftstätigkeit beider Unternehmen (Marktanteilsaddition).
- Auf den Märkten für POS-Terminals aufgrund einer vertikalen Beziehung zwischen Worldline – welche solche Terminals an Acquirer (wie SPS) liefert – und SPS, welche als Acquirer auf der nachgelagerten Stufe POS-Terminals den Händlern anbietet.

24. Im Rahmen der Fusionskontrolle gilt es weiter zu berücksichtigen, dass nicht nur Märkte, auf denen es zu Marktanteilsadditionen kommt und der gemeinsame Marktanteil der Unternehmen 20 % oder mehr beträgt, als betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU gelten, sondern auch solche, in denen eines der beteiligten Unternehmen alleine über einen Marktanteil von 30 % oder mehr verfügt. Die SPS verfügt als grösstes Unternehmen im Bereich des Zahlungsverkehrs in allen oben erwähnten Märkten über mehr als 30% Marktanteil, weshalb nachfolgend auf die einzelnen Märkte – wenn auch in der gebotenen Kürze bei keinerlei Veränderung der Marktverhältnisse – eingegangen wird.

B.4.1.2 Markt für das Kreditkartenacquiring von Visa und Mastercard

25. Die WEKO hat in mehreren Verfahren einen sachlich relevanten Markt für das Kreditkartenacquiring von Visa und Mastercard abgegrenzt.⁸ Es gibt keinen Grund im Rahmen des vorliegenden Verfahrens von einer anderen Marktangrenzung auszugehen.

26. Gemäss der Meldung hat die SPS im Jahr 2017 ein Transaktionsvolumen (Merchant Sales Volume; MSV) von CHF [...] Mio. erwirtschaftet. Die Worldline kommt mit Transaktionen, welche ausschliesslich im Bereich des E-Commerce erfolgten, auf ein MSV von CHF [...] Mio. Gemäss dem Datenportal der SNB beläuft sich das gesamte MSV für das Kreditkarten-Acquiring im Jahr 2017 auf CHF 30'282 Mio. Dies würde zu folgenden Marktanteilen führen: SPS [60–70] % und Worldline < 1 %.

⁸ Vgl. zuletzt RPW 2015/2, 177 Rz. 97, *KKDMIF II*.

27. Allerdings dürften die Marktanteile der SPS höher sein, denn die Zahlen der SNB beinhalten nicht nur Zahlungen mit Visa und Mastercard, sondern auch mit anderen Kreditkarten. Zudem werden nicht nur Zahlungen mit inländischen Kreditkarten, sondern auch mit ausländischen Karten in der Schweiz (auch 3-Parteien-Systeme wie Diners und American Express) mitberücksichtigt. Eine aufwändige Erhebung der aktuellen Marktdaten erscheint aber für das vorliegende Verfahren nicht erforderlich, denn auch wenn der Marktanteil der SPS noch höher sein sollte, ist die Marktanteilsaddition derart gering, dass keinerlei Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten sind.

28. Auch eine weitere Segmentierung, etwa eine Unterscheidung nach E-Commerce und POS-Transaktionen würde zu keiner anderen Beurteilung führen. Würde nur der POS-Bereich betrachtet, dann wären zwar die Marktanteile der SPS noch höher (die Meldung geht von [70–80] % aus), dafür ist Worldline in diesem Bereich gar nicht tätig. Würde ein Markt für das E-Commerce-Acquiring abgegrenzt, so würde sich der Marktanteil der SPS reduzieren (die Meldung geht von [30–40] % aus) und derjenige von Worldline erhöhen. Allerdings würde Worldline auch auf diesem Markt lediglich einen Marktanteil von < 1 % aufweisen.

29. Schliesslich stellt sich noch die Frage, ob mit dem Zusammenschlussvorhaben ein potenzieller Konkurrent von SPS (jedenfalls was den Bereich der POS-Transaktionen angeht) verloren geht. Diesbezüglich gilt es zu berücksichtigen, dass es für ausländische Marktteilnehmer im Bereich des Zahlungsverkehrs schwierig ist, anders als durch Akquisitionen in einen neuen geografischen Markt einzutreten. Am ehesten können dies Marktteilnehmer bewerkstelligen, welche dieselbe Sprache sprechen, wie dies die Beispiele der beiden Crossborder-Acquirer Concardis und B+S Payone (ehemals B+S Card Services) belegen, welche beide wichtige Acquirer in Deutschland sind. Worldline ist nur sehr beschränkt im deutschsprachigen Raum präsent, so dass ein eigenständiger Markteintritt auch mittelfristig nicht wahrscheinlich wäre.

30. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für das Kreditkartenacquiring von Visa und Mastercard eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Sollte SPS als marktbeherrschend betrachtet werden, so ist vom Zusammenschluss keine Verstärkung dieser Stellung zu erwarten.

B.4.1.3 Markt für das Debitkartenacquiring von Maestro

31. Die Wettbewerbsbehörden haben in der Vergangenheit mehrmals einen Markt für das Debitkartenacquiring von Maestro abgegrenzt. Dieser Markt unterscheidet sich vom Markt für das Acquiring von Kreditkarten. Zudem umfasst der Markt nicht die im 3-Parteien-System vertriebene Postfinance-Card.⁹

32. In der Meldung wird für das Jahr 2017, basierend auf den SNB-Zahlen der SNB für das Debitkarten-Acquiring, von einem Marktanteil der SPS von [60–70] % ausgegangen. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass die SNB-Zahlen zum Gesamtmarkt nicht nur die Transaktionen mit

Maestro umfassen, sondern auch diejenigen mit der Postfinance Card. Da diese – wie oben dargelegt – nicht zum selben relevanten Markt gehören, müssten sie herausgerechnet werden. Für eine Näherungsrechnung bieten sich die Zahlen des Verbands Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) an. Gemäss dessen öffentlich verfügbaren Zahlen erfolgten im Jahr 2016 447,9 Mio. Transaktionen mit der Maestro-Karte gegenüber 219 Mio. Transaktionen mit der Postfinance Card. Dies ergibt ungefähr ein Verhältnis von 2/3 zu 1/3. Dies lässt den Schluss zu, dass rund 1/3 des Gesamtmarktvolumens gemäss SNB-Zahlen auf die PostFinance Card entfallen. Reduziert man den Gesamtmarkt entsprechend, so würde der Marktanteil der SPS rund [90–100] % betragen. Ein solcher hoher Wert erscheint auch plausibel, wenn die Marktanalyse im Fall SIX/DCC berücksichtigt wird: damals verfügte die Vorgängerin der SPS über einen Marktanteil von 80–90 %, die Aduno (welche heute zur SPS gehört) wies einen Marktanteil von 0–10 % auf und die beiden Crossborder Acquirer Concardis sowie B+S waren „beinahe inexistent“.¹⁰

33. Auch wenn entsprechend den obigen Ausführungen die Marktstellung der SPS sehr stark sein dürfte (im Jahr 2011 wurde die damalige SIX Multipay als marktbeherrschend erachtet¹¹), so führt der Zusammenschluss zu keinerlei Veränderung auf diesem Markt, da Worldline auf diesem Markt in der Schweiz nicht tätig ist. Auch wäre nicht mit einem genuinen Markteintritt der Worldline zu rechnen gewesen.

B.4.1.4 Markt für das Acquiring Processing

34. Beim Acquiring Processing handelt es sich um die technische Abwicklung der Transaktionen zwischen dem Händler und dem Acquirer. Die WEKO hat bisher noch keinen Markt für das Acquiring Processing abgegrenzt, dies im Gegensatz zur EU-Kommission.¹² Nicht zum selben Markt gehören gemäss der EU-Kommission das Acquiring Processing für ATM-Transaktionen, diese werden als Teilsegment des Marktes für Retail-Bankleistungen betrachtet.¹³ Im vorliegenden Zusammenhang erfolgt im Sinne einer Arbeitshypothese eine möglichst enge Markt-abgrenzung, welche zwischen einem Markt für das Acquiring Processing von POS-Transaktionen und einem solchen für das Acquiring Processing für ATM-Transaktionen abgegrenzt.

⁹ Vgl. zuletzt RPW 2017/4, 548 f. Rz 55 ff., *Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

¹⁰ RPW 2011/1, 131 f. Rz 233 ff. (234), *SIX/DCC*.

¹¹ Aufgrund einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist dieser Entscheid nicht rechtskräftig.

¹² COMP/M.7873 – *Worldline/Equens/Paysquare*, Rz 33 mit Verweis auf COMP/M.7241 – *Advent International/Bain Capital Investors/Nets Holding*.

¹³ COMP/M.8553 – *Banco Santander SA/Banco Populär Group SA*, Rz 36 ff.; COMP/M.8414 – *DNB/Nordea/Luminor Group*, Rz 106.

35. Worldline bietet in der Schweiz kein *Acquiring Processing für POS-Transaktionen* an. Auf der anderen Seite ist die SPS im Markt für Acquiring Processing tätig und verarbeitet Transaktionen aus dem eigenen Acquiring-Geschäft mit Händlern, d.h. POS-Transaktionen. Daneben erbringt die SPS ausnahmsweise Acquiring Processing Dienstleistungen für Dritte (nur eine begrenzte Anzahl von Kunden und begrenzte Umsätze in der Schweiz). Die Marktposition der SPS spiegelt sich unmittelbar in der Marktposition der SPS auf dem Markt für Acquiring Dienstleistungen für Händler (vgl. hierzu die beiden oben dargestellten Märkte). Trotz der starken Marktstellung der SPS im Acquiring Processing für POS-Transaktionen führt das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse, da es weder zu einer horizontalen Überlappung kommt noch eine vertikale Beziehung besteht.

36. Die SPS bietet ein umfassendes *Acquiring Processing für ATM-Transaktionen* an. Worldline ist auf diesem Markt auch vertreten, erbringt aber nur eine Dienstleistung, welche einen kleinen Teil der Wertschöpfungskette des Acquiring Processing ausmacht, d.h. Switching und Clearing - beides sind standardisierte Dienstleistungen. Diese Dienstleistung wird nur gegenüber einem Kunden, und zwar der [...] erbracht und [...]. Worldline erzielte im Jahr 2017 in diesem spezifischen Markt einen Umsatz von nur EUR [...]. Dies bedeutet, dass die Tätigkeit der Worldline in diesem Bereich als marginal zu qualifizieren ist und das Zusammenschlussvorhaben zu keinerlei Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse führt.

B.4.1.5 Markt für das Issuing Processing

37. Beim Issuing Processing handelt es sich um die technische Abwicklung einer Transaktion auf Seiten der Issuer (Kartenherausgeber). Das Issuing Processing umfasst die Anfrage der Zahlungsautorisierung durch den Issuer, die Pflege und Verwaltung von Sperrlisten, die Überprüfung von Kartenlimiten, die Verwaltung von Kartenkonten, die Erstellung von Karteninhaberauszügen und die Rechnungsstellung.

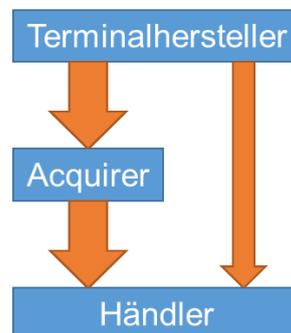
38. Die SPS verfügt mit einem Marktanteil von [60–70] % über eine starke Stellung auf dem Markt für das Issuing Processing. Demgegenüber ist Worldline im Markt für Issuing Processing nicht tätig. Worldline erbringt lediglich für [...] eine untergeordnete und standardisierte Dienstleistung, [...]. Mit dieser Tätigkeit generierte Worldline wiederkehrenden Einnahmen von ca. [...] EUR pro Jahr. Die Dienstleistung, welche Worldline für [...] erbringt, stellt allerdings gar keine Issuing-Tätigkeit dar, [...].

39. Das Zusammenschlussvorhaben führt auf dem Markt für das Issuing Processing zu keinerlei Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse.

B.4.1.6 Terminalmärkte

B.4.1.6.1. Übersicht

40. Bei den Terminalmärkten sind in vertikaler Hinsicht zwei Vertriebsstufen zu unterscheiden, wie die nachfolgende Grafik illustriert:



41. Wenn ein Händler Kartenzahlungen am POS annehmen will, benötigt er neben einem Acquiringvertrag auch ein Bezahlterminal. In den meisten Fällen bezieht er dieses Terminal gleich bei seinem Acquirer, wobei er das Gerät entweder kaufen oder mieten kann. Das Gerät, welches er vom Acquirer erhält, wird nicht durch diesen hergestellt, sondern der Acquirer bezieht die Hardware bei einem Terminalhersteller und versieht sie dann mit der eigenen Software. Der Händler muss aber den Terminal nicht bei seinem Acquirer beziehen, sondern er kann ihn auch direkt bei einem Terminalhersteller kaufen, in diesem Fall versehen mit einer Software des Terminalherstellers.

42. Aufgrund dieser zwei Stufen im Terminalvertrieb können, je nach Marktgegenseite, zwei Märkte abgegrenzt werden: (1) ein Markt für POS-Terminals für die Acquirer und (2) ein Markt für POS-Terminals für Händler. Nachfolgend wird auf diese beiden Märkte eingegangen und

danach auch geprüft, ob aufgrund der vertikalen Beziehung zwischen den beiden Märkten das Zusammenschlussvorhaben problematisch sein könnte.

B.4.1.6.2. Markt für POS-Terminals für Acquirer von Händlern

43. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis noch keinen Markt für die Herstellung und Bereitstellung von POS-Terminals für Acquirer von Händlern definiert. Entsprechend Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU ist für die sachliche Marktabgrenzung ausschlaggebend, welche Waren oder Leistungen von der Marktgegenseite, welche hier durch die Acquirer – und nicht durch die Händler – gebildet wird, als substituierbar erachtet werden. Die WEKO teilt die Auffassung der meldenden Parteien, dass der Markt die von Terminalherstellern hergestellte POS-Terminals umfasst, welche an Acquirer geliefert werden.

44. In den meisten Fällen wird der Acquirer seine eigene Software auf dem Gerät installieren. Er bezieht daher vom Terminalhersteller die Hardware, einschliesslich einer nicht angepassten Basis-Software (Non-Customised Software). Solche Terminals sind nicht länderspezifisch konfiguriert, sondern sind länderübergreifend identisch.¹⁴ Sie können daher von den Acquirern ohne Weiteres im Ausland bezogen werden. Der räumlich relevante Markt ist deshalb international abzugrenzen und ist zumindest europäisch, wenn nicht weltweit. Bei den grössten Terminalherstellern handelt es sich um international tätige Konzerne wie Verifone und Ingenico.

45. Worldline ist auf dem Markt für die Herstellung und Bereitstellung von POS-Terminals für Acquirer von Händlern tätig. Worldline verfügt über eine kleine Terminalfertigung, die weniger als [0–10] % der insgesamt in Europa verkauften POS-Terminals ausmacht.

46. SPS ist auf dem Markt für von POS-Terminals für Acquirer nicht als Herstellerin tätig. SPS produziert und vertreibt keine eigenen Terminals, sondern bezieht diese von Drittherstellern, wie z.B. Worldline, und vertreibt diese dann an die Händler. Das Zusammenschlussvorhaben führt demnach auf diesem Markt zu keiner Marktanteilsaddition und erscheint auch aufgrund der Internationalität des Marktes unbedenklich.

B.4.1.6.3. Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals für Händler

I. Marktabgrenzung

47. Mit der Abgrenzung des Terminalmarkts aus Sicht der Händler hat sich die WEKO in der Untersuchung SIX/DCC auseinandergesetzt. Grundsätzlich handelt es sich bei den Bezahlkartenterminals um Geräte, welche der elektronischen Bezahlung mittels Kredit- und Debitkarten dienen. In der Schweiz stellt der sogenannte ep2-Standard sicher, dass alle Terminals alle Karten verarbeiten können und kein Umtausch des Terminals erforderlich ist, falls der Händler den Acquirer wechseln möchte. Die WEKO hat daher festgehalten, der sachlich relevante Markt umfasse ep2-zertifizierte POS-Terminals. Eine Segmentierung nach unterschiedlichen Terminaltypen (stationär, mobil, kassenintegriert etc.) wurde nicht als erforderlich erachtet.¹⁵ Da es sich beim ep2-Standard um schweizerische Spezifikationen handelt, wurde der räumlich relevante Markt national abgegrenzt.¹⁶ Es gibt keinen Grund, im vorliegenden Fall von dieser Marktabgrenzung abzuweichen.

II. Marktstellung der beteiligten Unternehmen

48. Worldline verkauft in der Schweiz keine POS-Terminals direkt an Händler, sondern nur an Acquirer von Händlern, unter anderem an die SPS.

49. SPS ist im Markt für die Bereitstellung von ep2-zertifizierten POS-Terminals an Händler tätig und beliefert Schweizer Händler (meistens zusammen mit Acquiring-Dienstleistungen) mit derartigen Terminals. SPS produziert und vertreibt keine eigenen Terminals, sondern solche, die sie bei Drittherstellern (z.B. Worldline) bezogen hat.

50. Bereits im Jahr 2010 war die SIX Card Solutions als Vorgängerin der SPS Marktführerin auf dem Markt für ep2-Terminals mit Marktanteilen von 60–70 %. Die

WEKO schloss aufgrund der Marktdynamik mit zahlreichen Markteintritten und neuen Produkten dennoch gegen eine marktbeherrschende Stellung.¹⁷ In der Meldung wird von einem Marktanteil der SPS von [50–60] % ausgegangen und darauf hingewiesen, dass heutzutage die meisten Händler ihren Terminal beim Acquirer beziehen. Es ist folglich zumindest von einer sehr starken Marktstellung der SPS auszugehen.

51. Auf der anderen Seite sind nach wie vor zahlreiche Konkurrenten auf dem Markt aktiv. Bei der ep2-Zertifizierungsstelle¹⁸ haben folgende Hersteller Terminals zertifizieren lassen: SIX, ARS, CCV, ICP, Ingenico, Innocard, PayTec, VeriFone und Vibbek. Dabei sind internationale Grosskonzerne wie Ingenico und VeriFone sowie kleinere Anbieter wie PayTec und Vibbek. Nach wie vor kann der Markt als dynamisch bezeichnet werden, so ist Vibbek ein junges, Mitte 2012 gegründetes Start-Up-Unternehmen, welches seine eigene, Private-Cloud-basierte Zahlterminal-Software betreibt und gemäss eigenen Angaben bis Ende Juni 2016 bereits über 10'000-mal in der Schweiz installiert wurde.¹⁹

52. Die Terminalhersteller sind aber nicht die einzigen Bezugsquellen der Händler für Terminals. Folgende Kategorien von Unternehmen vertreiben Bezahlterminals:

- Traditionelle Acquirer (SIX, Concardis, BS Payone, PostFinance)
- Zusätzliche ep2-Acquirer / Verarbeiter (Accarda, CCC, Reka, FDI, Bambora etc.)
- Terminallieferanten (CCV, Ingenico, Verifone, PayTec, Bambora/Innocard)
- Neue Marktteilnehmer (Sumup, iZettle)

53. Die aufgeführten neuen Marktteilnehmer wie Sumup und iZettle sorgen ebenfalls dafür, dass der Markt als dynamisch betrachtet werden kann. Es handelt sich bei diesen Produkten zwar nicht um eigentliche Bezahlterminals, sondern um Kartenlesegeräte, die mit dem Smartphone oder Tablet verbunden werden können. Das Angebot richtet sich heute an Kleinsthändler („Micro-Merchants“), die ein bestehendes iOS- oder Android-Gerät mit einer Bezahlfunktion ausrüsten möchten. Diese Geräte sind nicht als Stand-Alone-Geräte einsetzbar und weichen daher auch von den Hardware-Spezifikationen von herkömmlichen Terminals ab. So verfügen sie beispielsweise im Gegensatz zu mobilen Terminals über keinen Drucker und die Batterie ist für deutlich weniger Zahlungen ausgerichtet. Die Kosten für diese Geräte sind deutlich tiefer und so werden sie auch den Händlern zu viel tieferen Preisen angeboten, als herkömmliche Terminals (Sumup verkauft das Kartenlesegerät für CHF 69, es fallen keine monatlichen Fixkosten an, dafür ist eine Gebühr von

¹⁴ Vgl. auch schon RPW 2011/1, 138 Rz 264, *SIX/DCC*.

¹⁵ RPW 2011/1, 135 ff. Rz 253 ff. (257/263), *SIX/DCC*.

¹⁶ RPW 2011/1, 135 Rz 257, *SIX/DCC*.

¹⁷ RPW 2011/1, 138 ff. Rz 269 ff., *SIX/DCC*.

¹⁸ Vgl. www.eftpos2000.ch/website/cms/front_content.php?idcat=12&lang=1 (9.8.18).

¹⁹ <https://www.vibbek.com/de/ueber-uns/> (9.8.18).

1,5 % pro Transaktion zu bezahlen²⁰). iZettle ist ein schwedisches Startup, welches ähnliche Kartenlesegeräte anbietet. iZettle ist heute in der Schweiz noch nicht aktiv, ein Markteintritt erscheint aber wahrscheinlich: einerseits ist iZettle bereits auf den deutschen Markt eingetreten und andererseits wurde das Unternehmen Ende Mai 2018 durch PayPal für USD 2.2 Mrd. übernommen.²¹ Es ist zwar unklar, ob diese Kartenlesegeräte demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind. Einerseits dürften sie für grosse Händler mit zahlreichen Terminals keine Alternative darstellen, andererseits dürften für viele Kleinsthändler herkömmliche Terminals aufgrund des viel höheren Anschaffungspreises (in einer Grössenordnung von mehr als CHF 1000) und der Servicekosten gar nicht in Frage kommen. Dennoch üben die neuen Produkte auch einen Wettbewerbsdruck auf den herkömmlichen Terminalmarkt und seine Akteure aus. So hat z.B. SPS mit mPrime im September 2017 ebenfalls ein Kartenlesegerät in sein Produktportfolio aufgenommen.²²

54. Aufgrund der zahlreichen Anbieter und der Marktdynamik ist es unklar, ob SPS – trotz hoher Marktanteile – über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Eine endgültige Beantwortung dieser Frage ist allerdings im vorliegenden Kontext nicht erforderlich. Das Zusammenschlussvorhaben führt in horizontaler Hinsicht zu keiner Marktanteilsaddition und ist unter diesem Aspekt unproblematisch. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, führt auch die vertikale Beziehung zwischen Worldline auf dem Terminalmarkt für Acquirer und SPS auf dem Terminalmarkt für Händler nicht zur Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem dieser beiden Märkte.

B.4.1.6.4. Vertikaler Zusammenschluss bezüglich der Terminalmärkte

I. Grundlagen

55. An einem vertikalen Zusammenschluss sind Unternehmen beteiligt, die auf verschiedenen Stufen derselben Lieferkette tätig sind. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich der Hersteller eines bestimmten Produkts (das „vorgelagerte Unternehmen“) mit einem Vertriebshändler seines Produkts (dem „nachgeordneten Unternehmen“) zusammenschliesst.²³ Im vorliegenden Fall kann daher von einem vertikalen Zusammenschluss gesprochen werden, welcher den Markt für Terminals für Acquirer sowie den Markt für Terminals für Händler betrifft.

56. Vertikale Zusammenschlüsse beinhalten ein Potenzial für Marktabschottung und Diskriminierung von Marktteilnehmern, welche wettbewerbsverzerrende Effekte bewirken können. Marktmächtige Zusammenschlussparteien können ihre Marktmacht auf dem Markt zur Einflussnahme auf den Wettbewerb in einem anderen (oft verwandten/nachgelagerten) Markt missbrauchen. Dieses Verhalten wird als „Foreclosure“ bzw. „Abschottung“ bezeichnet.²⁴

57. Eine solche Abschottung kommt nur dann in Frage, wenn die beteiligten Unternehmen auf mindestens einem der relevanten Märkte über Marktmacht verfügen (wobei Marktmacht nicht gleichbedeutend mit Marktbeherrschung sein muss).²⁵ Im vorliegenden Fall ist im Sinne einer Arbeitshypothese davon auszugehen, dass die SPS

über solche Marktmacht auf dem Markt für ep2-Terminals für Händler verfügt.

58. Es können zwei Formen der Abschottung unterschieden werden. Die erste Form liegt vor, wenn der Zusammenschluss bewirkt, dass die Kosten der nachgeordneten Wettbewerber erhöht werden, indem ihr Zugang zu wichtigen Einsatzmitteln (Input) beschränkt wird („Abschottung von den Einsatzmitteln“ bzw. „Input Foreclosure“). Die zweite Form liegt vor, wenn die Fusion geeignet ist, die vorgelagerten Wettbewerber durch die Beschränkung des Zugangs zu einem ausreichenden Kundenstamm abzuschotten („Abschottung von den Kunden“ bzw. „Customer Foreclosure“).²⁶

II. Input Foreclosure

59. Eine Abschottung bei den Einsatzmitteln (Input Foreclosure) wird dann angenommen, wenn das fusionierte Unternehmen nach der Fusion in die Lage ist, den Zugang zu solchen Produkten oder Dienstleistungen zu beschränken, die es ohne die Fusion geliefert hätte. Dies erhöht die Kosten der nachgeordneten Wettbewerber, indem es diesen erschwert wird, die Einsatzmittel zu ähnlichen Preisen und Bedingungen wie vor der Fusion zu beziehen.²⁷

60. Eine zentrale Voraussetzung für das Betreiben einer Input Foreclosure ist, dass sie einen wichtigen Input für die Produktion im nachgelagerten Markt bildet, d.h. wenn das fusionierte Unternehmen auf dem vorgelagerten Markt ein deutliches Mass an Marktmacht ausübt.²⁸

61. Worldline verfügt nur über geringe Marktanteile auf dem vorgelagerten Markt. Es bestehen zahlreiche grosse Konkurrenten wie Verifone oder Ingenico, bei denen Konkurrenten der SPS Terminals beziehen können, um sie dann (mit eigener Software versehen) an die Händler zu vertreiben. Eine Input Foreclosure kann deshalb im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden.

III. Customer Foreclosure

a) Grundlagen

62. Eine Abschottung von den Kunden (Customer Foreclosure) ist dann möglich, wenn das fusionierte Unternehmen den Zugang zu einer ausreichenden Anzahl von Kunden für ihre Wettbewerber auf dem vorgelagerten Markt abschotten können und damit deren Fähigkeit oder

²⁰ <https://ch-de.sumup.com/> (9.8.18).

²¹ <https://www.nzz.ch/wirtschaft/paypal-uebernimmt-schwedisches-finte-ch-startup-izettle-ld.1386881> (9.8.18).

²² <https://www.six-payment-services.com/financial-institutions/de/shared/newsletter/fis-newsletter-02-17/mprime.html> (9.8.18).

²³ Vgl. RPW 2007/4, 566 Rz 48, *SWX/SIS/Telekurs*; Leitlinien der EU zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 18.10.08 (2008/C 265/07), Rz 4.

²⁴ Vgl. RPW 2007/4, 567 Rz 55, *SWX/SIS/Telekurs*; Leitlinien der EU zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 23), Rz 18.

²⁵ Vgl. RPW 2007/4, 567 Rz 57 f., *SWX/SIS/Telekurs*; Leitlinien der EU zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 23), Rz 23.

²⁶ Vgl. Leitlinien der EU zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 23), Rz 30.

²⁷ Vgl. RPW 2007/4, 582 Rz 184 ff., *SWX/SIS/Telekurs*; Leitlinien der EU zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 20), Rz 31.

²⁸ Vgl. RPW 2007/4, 582 Rz 187, *SWX/SIS/Telekurs*; Leitlinien der EU zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 20), Rz 34 f.

66. In der Meldung wird zudem dargelegt, dass das Zusammenschlussvorhaben deshalb keine Möglichkeit zur Kundenabschottung eröffne, weil die Händler über eine starke Gegenmacht verfügten. Der Markt sei gekennzeichnet durch starke Händlerpräferenzen (Design und technische Eigenschaften). Händler wie [...] wählten ihre Terminals und die dazugehörige Ausrüstung und Software für ihre Kassen selbstständig aus und es sei nicht damit zu rechnen, dass sie einen durch SPS aufgedrängten Wechsel zu POS-Terminals von Worldline akzeptieren würden. Zudem gebe es bestimmte Marktsegmente, welche spezifische Anforderungen an die Terminalsoftware stellen würden (z.B. Gastronomie), [...]. Die Ausführungen in der Meldung erscheinen plausibel und werden durch mehrere Beispiele von Entwicklungen in vergleichbaren ausländischen Märkten gestützt, welche zeigen, dass auch andere vertikal integrierte Unternehmen sich nicht exklusiv auf den Vertrieb der eigenen Terminals beschränken.

67. Allenfalls könnte man sich noch die Frage stellen, welche Auswirkungen eine Abschottung gegenüber PayTec als kleinerer, Schweizer Terminalhersteller haben könnte. In diesem Zusammenhang weist die Meldung darauf hin, dass der aktuelle Kauf von [...] Worldline stellt ebenfalls unbeaufsichtigte Zahlungsterminals her, [...]. Zudem ist PayTec zwischenzeitlich auch ausserhalb der Schweiz aktiv und verkauft Geräte nach Deutschland und Österreich.

68. Schliesslich wird in der Meldung auch noch darauf hingewiesen, dass die Lebensdauer von POS-Terminals i.d.R. 5–6 Jahre beträgt. Die Entwicklung neuer Software und die Installation auf die Terminals kann bis zu 3 Jahre dauern. Dieser langsame Rhythmus gibt sowohl konkurrierenden Herstellern von POS-Terminals auf dem vorgelagerten Markt als auch den Händlern auf dem nachgelagerten Markt genügend Zeit, um SPS beim Verkauf bzw. Bezug von Terminals zu umgehen.

69. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Wahrscheinlichkeit einer vertikalen Marktabschottung als nicht sehr hoch erscheint, weil SPS trotz marktmächtiger Stellung die Fähigkeit fehlen dürfte, die Konkurrenten von Worldline auf dem vorgelagerten Markt durch eine Kundenabschottung derart zu beeinträchtigen, dass diese Probleme mit dem Absatz ihrer Produkte bekommen würden und es zu Preiserhöhungen kommen könnte. Da die

Händler dank des ep2-Standards ihre Terminals auch jederzeit bei einem anderen Anbieter als ihrem Acquirer beziehen können, namentlich auch direkt beim Terminalhersteller, erscheint es auch nicht wahrscheinlich, dass SPS ihnen gegenüber teurere Terminals durchsetzen könnte.

70. Da bereits die Fähigkeit zur Kundenabschottung nicht gegeben erscheint, erübrigt es sich weiter zu prüfen, ob Anreize für eine Abschottung bestehen und ob eine Solche nachteilige Auswirkung auf die Kunden auf dem nachgelagerten Markt hätte (auch wenn der zweite Aspekt teilweise bereits angesprochen wurde und im vorliegenden Fall aufgrund der Gegenmacht der Händler bereits im vorliegenden Prüfpunkt berücksichtigt wurde).

71. Es kann abschliessend festgehalten werden, dass die vertikalen Elemente des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht dazu führen, dass wegen ihnen von einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen wäre, welche Anlass zu einer vertieften Prüfung geben würde. Dass das Zusammenschlussvorhaben als unproblematisch erachtet wird bedeutet aber nicht, dass im Einzelfall eine allfällige marktverschliessende Handlungsweise des fusionierten Unternehmens nicht unter dem Tatbestand des Art. 7 KG geprüft werden könnte.

B.4.2 Ergebnis

72. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft diverse Märkte, auf denen eine der beteiligten Parteien (SPS) über eine zumindest marktmächtige Stellung verfügt. Allerdings sind nur marginale Überlappungen der Tätigkeiten der beiden Unternehmen vorhanden, so dass in horizontaler Hinsicht keine Bedenken vorliegen. Auf den Terminalmärkten kommt es zu einem vertikalen Zusammenschluss. Die Wahrscheinlichkeit, dass es deswegen zu einer Marktabschottung kommt, erscheint jedoch als gering, weshalb auch die vertikalen Effekte keinen Anlass zu einer vertieften Prüfung geben.

73. 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

5. Ringier/Bärtschi Media AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2018

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Dezember 2018

1. Am 3. Dezember 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft die Erlangung der alleinigen Kontrolle an der Bärtschi Media AG (nachfolgend: Bärtschi) durch die Ringier AG.

2. Die Ringier AG ist eine Tochtergesellschaft der Ringier Holding AG. Ringier AG ist die Muttergesellschaft der Verlags- und Medienaktivitäten von Ringier und ist in den Bereichen Publishing, Digital und Entertainment tätig. Publishing steht für das klassische Stammgeschäft der Informationsvermittlung in Zeitungen und Zeitschriften, erweitert um digitale und mobile Informations-Plattformen und -Applikationen. Dazu gehören auch die in mehreren Ländern betriebenen Druckereien. Im Bereich Digital werden insbesondere die Schweizer Online Marktplätze und E-Commerce-Portale zusammengefasst. Der Bereich Entertainment umfasst Aktivitäten rund um Fernsehen, Radio, Events und Unterhaltungs-Service (z.B. Ticketing). Im Bereich Publishing ist die Ringier AG Herausgeberin der folgenden schweizerischen Zeitschriften und der damit verbundenen Onlineaktivitäten: Blick, Blick am Abend, SonntagsBlick und DOMO.

3. Der restliche Bereich Publishing in der Schweiz wurde in das Gemeinschaftsunternehmen RASCH überführt. RASCH ist ein Gemeinschaftsunternehmen¹ der Ringier AG und der Axel Springer Schweiz AG und gibt folgende Titel heraus: Beobachter, Bilanz, Bolero, gaultmillau.ch, GlücksPost, Guider, Handelszeitung, L'illustré, Montres Passion, Online-Kiosk.ch, PME Magazin, Schweizer Bank, Schweizer Illustrierte, Schweizer LandLiebe, Schweizer Versicherung, Style, Tele, TV2, TV8, TVstar, TVvier, TVtäglich und TV Land & Lüt. Ferner hält RASCH eine 92.46 % Beteiligung an der Le Temps SA, der Herausgeberin der französischsprachigen Tageszeitung Le Temps.

4. Zudem ist die Ringier Holding AG zusammen mit der Swisscom AG am Vermarktungs- Unternehmen Admeira AG beteiligt.²

5. Der Ringier-Konzern als Ganzes (nachfolgend: Ringier) ist vorliegend das kontrollierlangende Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG³ bzw. Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU⁴.

6. Bärtschi ist eine Medienagentur mit sechs journalistischen Mitarbeitern, welche Text-, Bild- und Videoprodukte im Bereich Automobil und Mobilität produziert. Erstellt werden primär rein redaktionelle Text-, Bild- und Videoprodukte für Print- und Online-Medien sowie Publireportagen. Dabei handelt es sich um einzelne Beiträge, aber auch um ganze Beilagen oder Magazine. Inhaltlich handelt es sich bei den Produkten um Fahr- und Testberichte, Portraits, Interviews, Eventberichte, Reportagen, Ratgeber-Beiträge sowie wissenschaftliche und technische Beiträge zu Themen rund um Automobil und Mobilität.

7. Die Aktien von Bärtschi sind derzeit vollständig im Besitz von Urs Bärtschi. [...] Die Aufträge von Ringier trugen im Jahr 2017 zu rund [...] % des Umsatzes von Bärtschi bei. Ringier lässt ihren Bedarf an Text-, Bild- und Videoprodukte im Bereich Automobil und Mobilität für ihre Deutschschweizer Titel weitestgehend durch Bärtschi produzieren. Daher hat sich Ringier dazu entschlossen, [...] Bärtschi zu übernehmen.

8. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG werden vorliegend nicht erreicht. Ringier macht geltend, es liege auch keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG vor. Dem kann nicht beigespflichtet werden. In ihrer ständigen Praxis geht die WEKO von einem weiten Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 4 KG aus.⁵ Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA auf dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat.⁶ Auch wenn Bärtschi keine Produkte in französischer Sprache anbietet, kann nicht ausgeschlossen werden, dass auf dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz tätige Anbieter die Produkte von Bärtschi nachfragen. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass Bärtschi auf einem oder mehreren Märkten tätig ist, die dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz vorgelagert sind. Dementsprechend erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG als meldepflichtig.

¹ Vgl. RPW 2015/3, 430 ff., *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

² Vgl. RPW 2016/1, 299 ff., *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG*.

³ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁴ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

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

⁶ Vgl. RPW 1998/1, 60 Dispositiv Ziff. 1, *Le Temps*.

9. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

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

11. Die Produktion von Videos kann dem im Entscheid SDA/Keystone abgegrenzten nationalen Markt für eigenproduzierte Videos für Schweizer und internationale Kunden zugeordnet werden.⁷ Gemäss Angaben der Meldung ergeben sich für Ringier Marktanteile von [0 – 10 %] und für Bärtschi Marktanteile von [0 – 10 %]. Die gemachten Angaben erscheinen insgesamt als nachvollziehbar und plausibel.

12. Die Erstellung von Text- und Bildprodukten in Form von redaktionellen Beiträgen sowie Publireportagen durch Bärtschi wird in der Meldung einem nach Sprachen abgegrenzten Markt für die Bereitstellung redaktioneller Beiträge und Publireportagen zugeordnet. Dabei wird insbesondere ausgeführt, dass es sich bei den Produkten von Bärtschi um Fertig-Produkte handle, welche unverändert publiziert würden, und somit den eigenen, durch interne Journalisten der Medienunternehmen produzierte Beiträge und Publireportagen gleichzustellen seien. Dies im Gegensatz zu den Halbfertig-Produkten der Nachrichtenagenturen.⁸ Die Abgrenzung eines eigenständigen Marktes für die Bereitstellung von redaktionellen Beiträgen und Publireportagen für den Bereich Automobil und Mobilität sei nicht sachgerecht. Es sei indes auch für nicht spezialisierte Medienagenturen, freie Journalisten sowie für interne Journalisten von Medienunternehmen ohne spezifische Kenntnisse durchaus möglich, solche Produkte zu erstellen. Das notwendige Know-How im Bereich Automobil und Mobilität sei ohnehin bei vielen Journalisten vorhanden und könne auch ohne grossen Aufwand angeeignet werden. Für die Marktgegenseite sei es entsprechend nicht unabdingbar, dass die Produkte in diesem Bereich von spezialisierten Journalisten erstellt würden. Dies zeige auch der Umstand, dass verschiedene Medienunternehmen entsprechende Beiträge durch interne, angestellte Journalisten produzieren liessen.

13. In der Meldung wird das Gesamtmarktvolumen für den Markt für die Bereitstellung von deutschsprachigen redaktionellen Beiträgen und Publireportagen auf mindestens 50 Millionen Franken geschätzt. Ringier produziere redaktionelle Beiträge und Publireportagen grundsätzlich nur für den eigenen Gebrauch und verkaufe diese nicht an Dritte, weshalb Ringier auf dem Markt nicht tätig sei. Bärtschi weise einen geschätzten Marktanteil von [0 – 10 %] auf.

14. Im nationalen Markt für eigenproduzierte Videos für Schweizer und internationale Kunden werden die Schwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreicht. Die vorgenommene Marktabgrenzung für die Erstellung von Text- und Bildprodukten in Form von redaktionellen Beiträgen sowie Publireportagen durch Bärtschi erscheint als nachvollziehbar und plausibel; jedenfalls drängt sich keine engere Marktabgrenzung auf. Ungeachtet der konkreten Marktabgrenzung liegen daher keine, die Schwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU überschreitenden Marktanteile vor. Das Zusammenschlussvorhaben wird zudem in diesem Bereich zu keinen Marktanteilsadditionen führen.

15. Das Zusammenschlussvorhaben führt damit unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung zu keinen betroffenen Märkten. Die vorläufige Prüfung ergibt somit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁷ Vgl. RPW 2018/2, 379 Rz 44, SDA/Keystone.

⁸ Vgl. zu den Agenturmärkten RPW 2018/2, 378 f. Rz 42 ff., SDA/Keystone; RPW 2014/4, 676 ff. Rz 60 ff., Preispolitik SDA.

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 30. Januar 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. Februar 2019

A Sachverhalt

1. Am 4. Januar 2019 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung der Tamedia AG und der Zattoo International AG über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt Tamedia den Erwerb der alleinigen Kontrolle über Zattoo International AG.

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 Tamedia

2. Gemäss Meldung ist die Tamedia AG ein Medienunternehmen, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe (nachfolgend: Tamedia) sei Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Zudem sei Tamedia seit der Übernahme von Goldbach auch als Vermittlerin/Vermarkterin von TV- und Radio-Werbung tätig. Die Tamedia-Gruppe sei schwerkem in der Schweiz tätig.

A.1.2 Zattoo

3. Gemäss Meldung ist Zattoo International AG die Muttergesellschaft der Zattoo-Gruppe (nachfolgend: Zattoo). Zattoo betreibe eine sogenannte Over-the-top-TV-Plattform (nachfolgend: OTT bzw. OTT-TV-Plattform), die es den Nutzern erlaube, Live-TV über das Internet (sogenanntes IPTV) zu konsumieren. Zudem stelle Zattoo den Nutzern ein nicht-lineares Video-on-Demand-Angebot (nachfolgend: VoD) zur Verfügung. Die Angebote seien in einer kostenlosen („Zattoo Free“) und einer kostenpflichtigen Variante („Zattoo Premium“) verfügbar. Im Unterschied zur kostenpflichtigen Variante seien bei der kostenlosen Variante weniger TV-Sender/Videos on Demand verfügbar. Zudem werde bei der kostenlosen Variante beim Kanal-/Video-Wechsel jeweils Online-Werbung eingeblendet.

4. Zusätzlich stelle Zattoo ihre Technologie auch Unternehmen im Business-to-Business-Bereich (B2B-Bereich) zur Verfügung. Gemäss Meldung können Unternehmen die OTT-TV- und VoD-Plattform von Zattoo als White-Label-Produkt in ihre eigenen Produkte integrieren, ohne dafür Investitionen in eigene Infrastruktur tätigen zu müssen („TV-as-a-service“). Die Kunden von Zattoo können damit ein IPTV-Angebot realisieren oder ihr bestehendes TV-Angebot (z.B. über Kabel) durch ein ergänzendes TV-

Angebot für Tablets und andere mobile Geräte ergänzen. Grösstenteils stelle Zattoo dabei nur die Technologie zur Verfügung und sei nicht für die Übertragungsrechte verantwortlich. Davon bestünden einzelne Ausnahmen, die aber nur Deutschland betreffen. Typische Kunden seien z.B. lokale Kabelnetzbetreiber.

5. Gemäss Meldung gehören zu Zattoo die Zattoo Europa AG mit Sitz in Zürich, über die das operative Geschäft in der Schweiz abgewickelt wird, sowie zwei ausländische Gesellschaften, die Zattoo Deutschland GmbH und die in den USA angesiedelte Zattoo Inc.

A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

6. Gemäss Meldung hält Tamedia heute 28.9 % der Aktien der Zattoo International AG. Kein Aktionär der Zattoo International AG verfüge über eine Mehrheitsbeteiligung. Zattoo sei daher heute im kartellrechtlichen Sinne ein nicht kontrolliertes Unternehmen.

7. Tamedia beabsichtigt den Erwerb der Aktienmehrheit. [...] soll Tamedia mindestens 50 % plus eine Aktie der Zattoo International AG halten. Damit werde Tamedia Zattoo inskünftig alleine kontrollieren. [...].

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhaben

8. Gemäss Meldung stehe Zattoo im Bereich der TV-Übertragung in intensivem Wettbewerb mit der Swisscom-Gruppe (nachfolgend: Swisscom) und der Liberty Global- bzw. UPC-Gruppe (nachfolgend: UPC) sowie im Bereich VoD ebenfalls mit Swisscom und UPC sowie mit den grossen internationalen Anbietern wie Apple TV, YouTube (Google) oder Netflix. Beide Bereiche seien Wachstumsmärkte. Auch in Deutschland, wo Zattoo neben der Schweiz hauptgewichtig tätig sei, stehe Zattoo im intensiven Wettbewerb mit den übrigen nationalen und internationalen Anbietern. Zattoo wolle seine Marktstellung im In- und vor allem im Ausland ausbauen und seine Dienstleistungen sowohl im B2C- als auch im B2B-Bereich in verschiedenen Ländern anbieten. [...]

9. [...] Der Erwerb der Kontrolle über Zattoo erlaube es Tamedia, in den Bereich der Übertragung von Digital-TV und von Video on Demand einzusteigen, in denen Tamedia bisher nicht tätig sei.

A.4 Das Verfahren

10. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2018 wurde beim Sekretariat ein erster Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eingereicht. Am 2. November 2018 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung. Mit Schreiben vom 30. November 2018 wurde beim Sekretariat ein zweiter, überarbeiteter Meldungsentwurf eingereicht, welchen das Sekretariat mit Schreiben vom 12. Dezember 2018 beurteilte.

11. Am 4. Januar 2019 ging die (erleichterte) Meldung beim Sekretariat ein. Mit Schreiben vom 8. Januar 2019 teilte das Sekretariat Tamedia mit, dass die Meldung vollständig sei.

12. Mit Schreiben vom 29. Januar 2019 teilte Tamedia mit, dass Zattoo per 28. Januar 2019 das Endkundengeschäft von Magine TV Germany übernommen habe. Da lediglich Nutzer in Deutschland übernommen würden, habe diese Transaktion keinen Einfluss auf die Schweiz.

13. Die Übernahme des Endkundengeschäfts von Magine TV Germany durch Zattoo stellt grundsätzlich eine Veränderung des Gegenstandes des Zusammenschlussvorhabens und damit eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 21 VKU¹ dar. Da gemäss Angaben des meldenden Unternehmens, worauf dieses zu behaften ist (Art. 38 Abs. 1 Bst. a KG²), jedoch einzig Kunden in Deutschland übernommen werden und die Übernahme keinen Einfluss auf die Schweiz hat, ist nicht davon auszugehen, dass diese Änderungen Auswirkungen auf die Beurteilung auf die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens haben. Entsprechend wird darauf verzichtet, die Frist nach Art. 20 Abs. 1 VKU neu beginnen zu lassen (Art. 23 VKU).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

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

B.1.1 Unternehmen

16. 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

17. 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).

18. 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 Berechtigungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.³

19. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia, die alleinige Kontrolle über Zattoo zu erwerben (vgl. Rz 7). 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

20. 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 in der Meldung auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

21. 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.

22. 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).

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

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2017 (in Mio. CHF)

	Tamedia	Zattoo	insgesamt
Schweiz	<974	[...]	[...]
Weltweit	974	[...]	[...]

¹ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

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

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

24. 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.

25. 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

26. 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.

27. Gemäss Meldung betrifft das vorliegende Zusammenschlussvorhaben unter anderem die Märkte für die Bereitstellung sowie die Vermittlung / Vermarktung von statischer und dynamischer Online-Werbung. Es stellt sich vorliegend somit namentlich die Frage, ob diese Märkte dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne benachbart sind.

28. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO gilt ein Markt als einem anderen Markt benachbart, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.⁷ Es werden dabei sowohl sachlich als auch räumlich benachbarte Märkte erfasst.⁸ Es ist dabei nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar benachbart sind. Entscheidend ist, dass sie soweit benachbart sind, dass zwischen den Märkten Wettbewerbseffekte nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Es soll verhindert werden, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben auf einen anderen Markt übertragen kann.

29. Tageszeitungen richten sich nicht nur mit Informationen bzw. News, sondern auch mit Werbung an die Leser.⁹ Bestandteil des Werberaums einer Tageszeitung bildet

insbesondere die an die Leserschaft gerichtete Print-Firmenwerbung. Dabei ist zu beachten, dass Leser- und Werbemärkte offenkundig so eng miteinander verknüpft sind, dass grundsätzlich auch von einem zweiseitigen Markt gesprochen werden kann. Eine Tageszeitung ist für Werbetreibende in der Regel umso interessanter, je mehr Leserreichweite diese aufweist. Somit ist der Markt für Printwerbung in der französischsprachigen Schweiz bzw. in den Regionen Genf und Lausanne untrennbar mit dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verknüpft.¹⁰

30. Gemäss Praxis der WEKO stellen Print- sowie Online-Werbung je eigene sachlich relevante Märkte dar. Auch wenn es durch die zunehmende Digitalisierung zu einer zunehmenden Konvergenz der einzelnen Medien kommt, geht die WEKO in ihrer Praxis davon aus, dass die einzelnen Werbeformen, welche auf den einzelnen Werbeträgern möglich sind, noch nicht vollständig austauschbar sind. Allerdings stellt sie fest, dass es gewisse Wechselwirkungen zwischen einzelnen Werbeträgern geben kann.¹¹ Dementsprechend können auch vorliegend Wettbewerbseffekte zwischen dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne und den vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten für die Vermittlung und Vermarktung von statischer und dynamischer Online-Werbung nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es besteht mithin eine Benachbarkeit dieser Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.

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

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

32. 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).

33. 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.

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

⁸ Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 KG N 310 ff.

⁹ Vgl. in diese Sinne auch RPW 1998/1, 45 Rz 30, *Le Temps*.

¹⁰ RPW 2017/3, 507 Rz 28, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*.

¹¹ Vgl. RPW 2016/1, 311 Rz 135 f., *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG*.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

34. 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.4.1.1.1 Markt für die Übertragung von Digital-TV über eine OTT-Plattform

35. Gemäss Meldung sei von einem einheitlichen Markt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV auszugehen. Der Markt umfasse – in Abgrenzung zur terrestrischen und satellitengestützten Übertragung – sämtliche leitungsgebundenen Übertragungsarten, also CATV (Cable Television), IPTV (Internet Protocol Television) und OTT-TV.

36. Für die Marktabgrenzung ist vorliegend von OTT-TV als Ausgangsprodukt auszugehen. Die von Zattoo in diesem Bereich erbrachte Dienstleistung stellt eine Plattform dar, welche Programmveranstalter auf der einen Seite mit Zuschauern auf der anderen Seite in Verbindung bringt. Beim vorliegend relevanten Markt handelt es sich daher grundsätzlich um einen zweiseitigen Markt.¹² Auf der Seite der Programmveranstalter besteht nach Angaben der Meldung allerdings kaum eine Nachfrage nach der Dienstleistung von Zattoo. [...]

37. Grundsätzlich ist es im Bereich Free-TV üblich, dass weder die TV-Plattformanbieter den Programmveranstaltern für die Aufschaltung der Programme noch die Programmveranstalter den TV-Plattformanbietern für die Übertragung der Programme etwas bezahlen. Für die Übertragung der Fernsehprogramme fällt aus Sicht der TV-Plattformanbieter nur die Urheberrechtsabgabe an.¹³ Dies bedeutet allerdings nicht, dass keine oder kaum eine Nachfrage nach Dienstleistungen des OTT-Plattform-Betreibers (z.B. Zattoo) besteht.

38. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann sich allerdings die Betrachtung auf die Zuschauerseite der Plattform beschränken. Auf dieser Seite stehen sich die TV-Plattformen als Anbieter von Übertragungsdienstleistungen für Fernsehprogramme den TV-Zuschauern gegenüber, welche diese Übertragungsdienstleistungen nachfragen um sich die von ihnen gewünschten TV-Programme anschauen zu können.

39. Es ist in der Folge die Frage zu beantworten, ob für die hier relevante Marktgegenseite von Zattoo, d. h. die Zuschauer, CATV und IPTV als Substitut für OTT-TV angesehen werden. Nicht entscheidend dabei ist, ob andererseits die Nutzer von CATV und IPTV das OTT-Angebot von Zattoo als Substitut ansehen.

40. Über CATV und IPTV steht den Endkunden Digital-TV in der Regel nur gegen Entrichtung einer Abonnementsgebühr zur Verfügung. Bei den beiden grössten Anbietern, Swisscom via IPTV sowie UPC via CATV, betragen die Abonnementskosten mindestens 70 Franken pro Monat¹⁴ bzw. 89 Franken pro Monat¹⁵. Der Bezug des OTT-TV-Angebots von Zattoo setzt lediglich eine Internetverbindung voraus. Dies aber unabhängig vom Internet-Provider und der Übertragungsart (leitungsgebunden, W-

LAN oder Mobilfunk). Leitungsgebundene Internetangebote gibt es in der Schweiz bereits ab einem Preis von 25 Franken pro Monat.¹⁶

41. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass über CATV und IPTV der Bezug von Digital-TV ortsgebunden ist. Demgegenüber kann OTT-TV auch mobil genutzt werden. An der Immobilität der CATV- und IPTV-Angebote ändert nichts, wenn die CATV- bzw. IPTV-basierten Provider ihrerseits auch OTT-Lösungen anbieten. Letztere stellen aber ihrerseits allenfalls Substitute zum Angebot von Zattoo dar.

42. Abgesehen von Preis und Mobilität dürften inhaltlich die OTT-TV, CATV und IPTV ohne weiteres vergleichbar sein, insbesondere was die Anzahl der Programme sowie Zusatzfunktionen wie Replay-TV anbelangt.

43. Es erscheint dennoch als eher fraglich, ob die Nutzer von Zattoo im Falle einer hypothetischen Preissteigerung um 5 bis 10 %¹⁷ auf die wesentlich teureren, grundsätzlich stationären CATV- oder IPTV-Angebote wechseln würden.

44. Im Rahmen der Untersuchung „Sport im Pay TV“ hat die WEKO zudem festgehalten, dass eine Marktbefragung ergeben habe, dass Anbieter von internetbasierten Übertragungsplattformen praktisch ausschliesslich Anbieter anderer internetbasierter Übertragungsplattformen als Hauptkonkurrenten sehen. Die internetbasierten Übertragungsplattformen könnten zum heutigen Zeitpunkt (noch) nicht demselben relevanten Markt zugeordnet werden wie die digitalen TV-Plattformen.¹⁸

45. Insgesamt spricht einiges dafür, einen eigenen Markt für OTT-TV abzugrenzen, der sich vom Markt für die klassische, leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV unterscheidet. Relevant wären in diesem Fall nur Anbieter von OTT-TV, welche für Nutzung ihres OTT-Angebots nicht den Abschluss eines anderen Abonnements (insb. Internet oder Mobilfunk) voraussetzen.¹⁹

46. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens kann eine definitive Marktabgrenzung jedoch offengelassen werden, da selbst bei einer auf OTT-TV-Angebote beschränkten Abgrenzung kein betroffener Markt vorliegt (vgl. nachfolgend Rz 80).

¹² Vgl. RPW 2016/4, 965 ff. Rz 373 ff., *Sport im Pay-TV*.

¹³ Vgl. RPW 2016/4, 966 Rz 377, *Sport im Pay-TV*.

¹⁴ „Swisscom TV S“, inkl. zwingend vorausgesetztem Internetanschluss, vgl. <<https://www.swisscom.ch/de/privatkunden/internet-fernsehen-festnetz/digital-tv.html#angebote>> (14.01.2019).

¹⁵ „Happy Home 50“, ohne Festnetzanschluss, vgl. <https://www.upc.ch/de/kombi-angebote/tv-internet-kaufen/?intcmp=learnhaho_sticky-bar_de_haho> (14.01.2019).

¹⁶ Vgl. <<https://www.dschungelkompas.ch/festnetz/ausgabe.xhtml>> (14.01.2019).

¹⁷ Im Sinne des sog. SSNIP-Tests («Small but Significant Non-transitory Increase in Price»), vgl. RPW 2013/3, 296 Rz 117, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*.

¹⁸ Vgl. RPW 2016/4, 980 Rz 480, *Sport im Pay-TV*.

¹⁹ So bietet etwa auch UPC ein OTT-TV-Angebot an, welches jedoch ein Internet-, TV- oder Mobilfunk-Abonnement voraussetzt, vgl. <<https://www.upc.ch/de/fernsehen/infos-zu-tv/upc-tv-app/>> (14.01.2019).

B.4.1.1.2. Markt für die Übertragung von VoD-Angeboten mit Nicht-Premium-Content

47. Zattoo bietet auch VoD an, weshalb in der Meldung auch ein Markt für die Übertragung von Video on Demand abgegrenzt wird. Im Wesentlichen bestehe das VoD-Angebot von Zattoo aus der Replay-Funktion, die es den Premium- und Ultimate-Nutzern ermögliche, auf das gesamte TV-Programm der letzten sieben Tage zuzugreifen. Daneben umfasse das VoD-Angebot auch einige wenige Filme, Serien und Dokumentationen. [...] Das gesamte VoD-Angebot von Zattoo diene [...] einem einheitlichen Zweck: den zeitlich unabhängigen Konsum von Sendungen des frei empfangbaren Fernsehens zu ermöglichen. Deshalb seien die verschiedenen Inhalte des VoD-Angebots substituierbar.

48. Premium-Inhalte (aktuelle Spielfilme oder Serien oder besondere Sportübertragungen, wie z.B. Champions-League-Spiele) biete Zattoo dagegen nicht an.

49. Das VoD-Angebot sei kein eigenständiges Angebot, sondern fester Teil des TV-Angebots. Es könne nicht separat bestellt werden und sei für die TV-Nutzer auch nicht mit Zusatzkosten verbunden.

50. Der Umfang des verfügbaren VoD-Angebots hänge vom TV-Abonnement des Nutzers ab: „Replay“ stehe nur den Kunden mit „Zattoo Premium“ oder „Zattoo Ultimate“ zur Verfügung. „Recording“ stehe allen Kunden zur Verfügung, wobei die Anzahl möglicher Aufnahmen je nach Abonnement unterschiedlich sei. Der übrige Inhalt des VoD-Angebots (weitere Filme, Serien und Dokumentationen) stehe allen Nutzern zur Verfügung, wobei vor oder während der Wiedergabe Online-Werbung ausgestrahlt werde, deren Umfang vom TV-Abonnement des Nutzers abhängen. Umfang, Inhalt und Aktualität der verfügbaren Videos seien bei allen TV-Abonnements grundsätzlich identisch. Nur ausnahmsweise stünden einzelne Videos nur den Kunden mit „Zattoo Premium“ oder „Zattoo Ultimate“ zur Verfügung.

51. Auf dem Markt für die Übertragung von VoD-Angeboten stehen sich TV- bzw. VoD-Plattformen anbieterseitig den Zuschauern nachfrageseitig gegenüber. Grundsätzlich kann auch dieser Markt als zweiseitig qualifiziert werden, unter Einbezug der VoD-Content-Lieferanten. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann allerdings wiederum (vgl. Rz 37) auf die Betrachtung des Verhältnisses zwischen Plattform und Content-Lieferanten verzichtet werden.

52. VoD ermöglicht den Bezug eines bestimmten Videoinhalts zu einem beliebigen Zeitpunkt. Demgegenüber handelt es sich bei linearem Fernsehen um eine Folge von Sendungen, die im Rahmen einer festen Programmstruktur angeboten werden und zeitlich angesetzt sind.²⁰ Eine allgemeingültige Definition bzw. eine klare Grenze zwischen VoD und linearem Fernsehen besteht allerdings nicht. So dürfte etwa unbestritten sein, dass eine im Rahmen einer festen Programmstruktur vom Nutzer gestartete Sendung nicht zu VoD wird, wenn er sie zwischenzeitlich mittels der bei Digital-TV in der Regel zur Verfügung stehenden Pause-Funktion anhält und danach zeitversetzt zum ursprünglichen Programm raster laufen lässt. Denkbar wäre daher eine Abgrenzung anhand des Starts der Sendung, d. h. ob der Start der Sendung im

Rahmen einer Programmstruktur erfolgt oder unabhängig davon.

53. Nun sind allerdings sogenannte „Replay“-Angebote (auch „time shift“ oder „catch up“ genannt) auch nicht gänzlich unabhängig von einer festen Programmstruktur. Die Sendungen können zwar grundsätzlich zu einem beliebigen Zeitpunkt nach der Erstausstrahlung in der ursprünglichen Programmstruktur gestartet werden. Allerdings nur in einem limitierten Zeitfenster von bis zu 7 Tagen.²¹ Auch bewerben die TV-Provider „Replay“ in der Regel als Zusatzfunktion zum „klassischen“ TV, abgegrenzt vom eigentlichen VoD.²² Als Zusatzfunktion zum linearen TV steht „Replay“ zudem im Fokus der Politik.²³

54. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens das „Replay“-Angebot von Zattoo als Zusatzfunktion zu linearem Fernsehen und nicht als Teil des VoD-Angebots zu qualifizieren.

55. Weiter ist beim Markt für die Übertragung von VoD-Angeboten zwischen Premium- und Nicht-Premium-Content zu unterscheiden.²⁴ Premium-Content-Anbieter wie Apple TV und Netflix sowie die meisten leitungsgebundenen TV-Plattformen sind dem Markt für die Übertragung von VoD-Angeboten von Premium-Content zuzurechnen.

56. Aus Sicht der Marktgegenseite von Zattoo dürfte zudem die Sprache des VoD-Angebots relevant sein. Soweit ersichtlich handelt es sich bei den VoD-Angeboten von Zattoo praktisch ausschliesslich um deutschsprachige Angebote.²⁵

57. Damit umfasst dieser Markt Anbieter von VoD-Angeboten im Nicht-Premium-Segment, welche zumindest auch deutschsprachigen Content anbieten. Ob hierzu, wie in der Meldung vorgebracht, auch die Mediatheken der einzelnen Programmveranstalter wie ARD oder ZDF zählen, erscheint fraglich, da deren VoD-Angebote in der Regel auf ihre eigenen Produktionen beschränkt sind. Die Frage kann aber offengelassen werden, da so oder anders kein betroffener Markt vorliegt (vgl. nachfolgend Rz 80).

²⁰ Vgl. RPW 2016/4, 928 Rz 72, *Sport im Pay-TV*.

²¹ Vgl. bspw. <<https://support.zattoo.com/hc/de/articles/200279758-Replay-in-der-Schweiz>> (15.01.2019), <<https://www.wilmaa.com/de/premium/>> (15.01.2019), <<https://www.teleboy.ch/tv/>> (15.01.2019), <<https://www.sunrise.ch/de/privatkunden/internet-tv/smart-tv.html>> (15.01.2019), <<https://www.quickline.ch/fernsehen/>> (15.01.2019), <<https://www.swisscom.ch/de/privatkunden/hilfe/swisscom-tv/swisscom-tv-funktionen.html>> (15.01.2019), <<https://www.upc.ch/de/fernsehen/infos-zu-tv/tv/>> (15.01.2019).

²² Vgl. bspw. <<https://www.swisscom.ch/de/privatkunden/internet-fernsehen-festnetz/digital-tv.html>> (15.01.2019), <<https://www.sunrise.ch/de/privatkunden/internet-tv/smart-tv.html>> (15.01.2019), <<https://www.upc.ch/de/fernsehen/infos-zu-tv/tv/>> (15.01.2019), <<https://www.quickline.ch/fernsehen/>> (15.01.2019).

²³ Vgl. bspw. <<https://www.nzz.ch/schweiz/replay-tv-erreicht-die-politik-id.1400558>> (15.01.2019).

²⁴ Vgl. RPW 2016/4, 964 Rz 369, *Sport im Pay-TV*; Body of European Regulators for Electronic Communications, BEREC report on the impact of premium content on ECS markets and the effect of devices on the open use of the Internet, BoR (18) 35, S. 5 ff.; EU-Kommission, Comp/M.7000 vom 30.5.2018, Rz 74, *Liberty Global/Ziggo*.

²⁵ Vgl. <<https://zattoo.com/ch/on-demand/>> (15.01.2019).

58. Ebenfalls offengelassen werden kann, ob die VoD-Märkte weiter anhand der Bezahlmodelle (bspw. Subscription-VoD, Transactions-VoD bzw. Pay-per-View oder Advertising-VoD) zu unterteilen sind. VoD-Angebote im Nicht-Premium-Segment werden in der Regel kostenlos bzw. als Advertising-VoD, d. h. unter Aufschaltung von Werbung, angeboten. Beim VoD-Angebot von Zattoo handelt es sich im Wesentlichen um Advertising-VoD.

B.4.1.1.3. Märkte für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische und dynamische Werbeformen

59. Gemäss Praxis der WEKO ist zwischen Märkten für die *Vermittlung* von Online-Werbeflächen und Märkten für die *Bereitstellung* von Online-Werbeflächen zu unterscheiden. Bei beiden Märkten wird wiederum zwischen Märkten für die Bereitstellung von statischen sowie von dynamischen Online-Werbeflächen resp. Märkten für die Vermittlung von statischen sowie von dynamischen Online-Werbeflächen unterschieden.²⁶

60. Bei der statischen Werbeform definiert der Werbetreibende nur den Ort, an welchem er seine Werbung geschaltet haben will. D. h., die Aufschaltung seiner Werbung hängt lediglich davon ab, dass ein Internetnutzer die fragliche Website besucht. Das Aufschalten ist oft an keinerlei sonstige Bedingungen gebunden, mit anderen Worten findet eine unbedingte Aufschaltung statt.²⁷ Bei dynamischen Werbeformen hängt demgegenüber die Aufschaltung der Werbung vom Nutzer ab (bspw. Herkunft des Besuchers anhand seiner IP-Adresse, Eingabe eines bestimmten Suchworts bzw. „Key Words“, in der Vergangenheit besuchte Websites oder anhand sonstiger Nutzerprofile).²⁸ Dynamische Werbeformen beinhalten insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung.²⁹

61. Gemäss Praxis der WEKO besteht die Angebotsseite der Märkte für die Vermittlung von Online-Werbeflächen aus Vermittlern von Online-Werbeflächen, deren Dienstleistungen darauf abzielen, Betreiber von Webseiten und Werbetreibende miteinander ins Geschäft zu bringen. Die Nachfrageseite besteht einerseits aus Betreibern von Webseiten, die Dienstleistungen der Vermittler in Anspruch nehmen, um ihre Online-Werbeflächen an Werbetreibende zu verkaufen, und andererseits aus Werbetreibenden, die Dienstleistungen der Vermittler in Anspruch nehmen, um Online-Werbeflächen über Vermittler zu kaufen.³⁰ Entsprechend handelt es sich auch hier um einen zweiseitigen Markt, welcher grundsätzlich in die beiden Teilmärkte „Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Werbetreibenden“ und „Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Betreibern von Websites“ unterteilt werden kann.³¹ Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens kann aber auf eine separate Betrachtung dieser Teilmärkte verzichtet werden.

B.4.1.1.4. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen

62. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Website Bannerwerbung direkt an Werbetreibende

verkaufen wollen, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber.³²

B.4.1.1.5. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen

63. 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.³³

B.4.1.1.6. Markt für OTT-TV- und VoD-Plattformen als B2B-White-Label-Produkt

64. Gemäss Meldung stellt Zattoo ihre Technologie Unternehmen zur Verfügung, welche die OTT-TV- und VoD-Plattform von Zattoo als White-Label-Produkt beziehen und in ihre eigenen Produkte integrieren wollen. Die Kunden von Zattoo könnten damit ein eigenes IPTV-Angebot realisieren. Grösstenteils stelle die Zattoo dabei nur die Technologie zur Verfügung und sei nicht gleichzeitig für die Übertragungsrechte verantwortlich. [...] Auf diesem Markt stehe Zattoo im Wettbewerb mit zahlreichen internationalen Anbietern, wie z.B. Huawei, Netstream, Ocilion, Accenture oder Bamtech. Typische Kunden seien lokale Kabelnetzbetreiber.

65. Im Einzelnen biete Zattoo in diesem Bereich folgende Produkte an: TV-Lösung für den Fernsehbildschirm (Hauptbildschirm); TV-Lösung für mobile und stationäre Endgeräte (sog. „2nd Screens“); Multiscreen TV-Lösung (Kombination „Hauptbildschirm“ und „2nd Screen“); Backend-Lösung als modulares System (modular wählbare Dienstleistungen aus dem Backend-Bereich von „Hauptbildschirm“ und „2nd Screen“).

66. Auf dem Markt für OTT-TV- und VoD-Plattformen als B2B-White-Label-Produkt stehen sich anbieterseitig Produzenten, welche entsprechende TV-Plattform-Lösungen bereitstellen, und nachfrageseitig TV-Provider wie Kabelnetzunternehmen gegenüber.

67. Aufgrund der Angaben in der Meldung besteht keine Veranlassung, den Markt enger abzugrenzen als in der Meldung. Ob der Markt allenfalls weiter abzugrenzen ist, kann offengelassen werden, da ohnehin kein betroffener Markt vorliegt (vgl. nachfolgend Rz 80).

²⁶ RPW 2016/1 287 Rz. 28, *Tamedia/Adextra*; RPW 2014/3, 523 Rz 61 ff., *Swisscom/Publigroupe*; RPW 2012/1, 153 Rz 89 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

²⁷ RPW 2018/3, 648 Rz 256, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

²⁸ Vgl. RPW 2012/1, 154 Rz 96 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

²⁹ RPW 2017/4, 584 Rz 56, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

³⁰ RPW 2016/1, 287 Rz 29, *Tamedia/Adextra*.

³¹ RPW 2016/1 323 Rz 221, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2014/3 523 Rz 61, *Swisscom/Publigroupe*.

³² RPW 2018/3, 648 Rz 256, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

³³ RPW 2017/4, 584 Rz 56, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.1.2.1. Markt für die Übertragung von Digital-TV über eine OTT-Plattform

69. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO bezüglich CATV-Anbietern den Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV räumlich anhand des Gebiets des vom jeweiligen Plattformanbieter genutzten Leitungsnetzes abgegrenzt. Bei den IPTV-Anbietern entspricht dies der Ausdehnung des VDSL-Netzes von Swisscom beziehungsweise der Glasfasernetze, welche den IPTV-Anbietern zur Verfügung stehen.³⁴

70. Da die Übertragung von Digital-TV über eine OTT-Plattform grundsätzlich nicht von einem Leitungsnetz abhängt, sondern ausschliesslich von einem Internetzugang, besteht diesbezüglich keine räumliche Begrenzung. Es sind auch keine inhaltlichen Unterschiede des OTT-Angebots zwischen den verschiedenen Sprachregionen in der Schweiz ersichtlich. Möglicherweise bestehen aufgrund lizenz- bzw. urheberrechtlicher Schranken Unterschiede zum Ausland. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ist aber von einem zumindest schweizweit abzugrenzenden Markt auszugehen.

B.4.1.2.2. Markt für die Übertragung von VoD-Angeboten mit Nicht-Premium-Content

71. Analog zum Markt für die Übertragung von Digital-TV über eine OTT-Plattform die hier relevanten VoD-Angebote in der Regel unabhängig von einem Leitungsnetz über das Internet verfügbar. Auch sind keine lizenz- bzw. urheberrechtliche Gründe ersichtlich, den Markt enger als schweizweit abzugrenzen. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann daher ebenfalls von einem zumindest schweizweit abzugrenzenden Markt ausgegangen werden.

B.4.1.2.3. Märkte für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische und dynamische Werbeformen

72. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO die Märkte für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische und dynamische Werbeformen räumlich jeweils schweizweit oder auch regional abgegrenzt.³⁵

73. Weil für Zattoo aufgrund der Angaben in der Meldung von einem schweizweiten Werbeinventar auszugehen ist, erweisen sich für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben schweizweite Märkte für die Vermittlung und Vermarktung von statischer und dynamischer Online-Werbung als relevant.

B.4.1.2.4. Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen

74. Gemäss Praxis der WEKO erfolgt die räumliche Marktabgrenzung für die Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen nach Sprachregionen.³⁶

B.4.1.2.5. Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen

75. Die Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen wurden sprachregional oder auch schweizweit abgegrenzt.³⁷ Für das vorliegende Zusammenschlussverfahren ist gestützt auf die Meldung von einer sprachregionalen Abgrenzung auszugehen.

B.4.1.2.6. Markt für OTT-TV- und VoD-Plattformen als B2B-White-Label-Produkt

76. Wie dies bei IT-Märkten typisch ist, handelt es sich gemäss Meldung um einen internationalen Markt. Dies beweise einerseits der Umstand, dass die Zattoo-Gruppe in diesem Bereich im Wettbewerb mit internationalen Anbietern stehe und andererseits die Tatsache, dass Zattoo über Kunden in der Schweiz, Deutschland, Österreich, Luxemburg, Malta und den USA verfüge.

77. Angesichts der geringen Marktanteile von Zattoo kann eine definitive Marktabgrenzung offenbleiben. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann die in der Meldung gemachte räumliche Marktabgrenzung übernommen werden.

B.4.1.3 Zusammenfassung relevante Märkte

78. Tabelle 2 enthält eine Zusammenfassung der relevanten Märkte, die für dieses Zusammenschlussvorhaben von Bedeutung sind.

³⁴ Vgl. RPW 2016/4, 982 Rz 494, *Sport im Pay-TV*.

³⁵ RPW 2016/1, 288 Rz 34, *Tamedia/Adextra*; Beschlussbegründung vom 13. August 2018 in Sachen Zusammenschlussvorhaben 41-0854: *Tamedia/Goldbach*, Rz 194.

³⁶ RPW 2018/3, 649 Rz 257, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

³⁷ RPW 2017/4, 584 Rz 62, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

Tabelle 2: Übersicht relevante Märkte

Beschreibung
Nationaler Markt für die Übertragung von Digital-TV über eine OTT-Plattform
Nationaler Markt für die Übertragung von VoD-Angeboten mit Nicht-Premium-Content
Nationaler Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen
Nationaler Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für OTT-TV- und VoD-Plattformen als B2B-White-Label-Produkt

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

79. 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

80. Für die relevanten Märkte, die für dieses Zusammenschlussvorhaben von Bedeutung sind, macht die Meldung die in Tabelle 3 enthaltenen Angaben.

Tabelle 3: Angaben Marktanteile für das Geschäftsjahr 2017

Relevanter Markt	Marktanteile			betroffen
	Tamedia	Zattoo	gemeinsam	
Nationaler Markt für die Übertragung von Digital-TV über eine OTT-Plattform	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	nein
Nationaler Markt für die Übertragung von VoD-Angeboten mit Nicht-Premium-Content	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
Nationaler Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	nein
Nationaler Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja

Relevanter Markt	Marktanteile			betroffen
	Tamedia	Zattoo	gemeinsam	
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] 0 %	nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
Markt für OTT-TV- und VoD-Plattformen als B2B-White-Label-Produkt	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein

81. Aus Tabelle 3 geht hervor, dass es sich einzig bei den drei sprachregionalen Märkten für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt. Diese betroffenen Märkte werden im Rahmen der aktuellen Konkurrenz einer weiteren Analyse unterzogen (vgl. Rz 82 ff.).

B.4.2.2 Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz

B.4.2.2.1. Aktueller Wettbewerb

82. Tabelle 4 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 4: Marktanteile und Umsätze im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz

Jahr	Wert	Gesamtmarkt	Tamedia	Zattoo	Wettbewerber		
					Facebook	Ringier	Google
2017	Umsatz*	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	In %	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %
2016	Umsatz*	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	In %	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %
2015	Umsatz*	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	In %	100 %	[30-40] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %

* in Tsd. CHF

83. Tabelle 4 zeigt, dass der Umsatz von Tamedia in diesem Markt in den letzten drei Jahren rückläufig ist, trotz steigendem Gesamtmarktvolumen. Entsprechend nahm auch der Marktanteil von Tamedia ab. Demgegenüber konnten die drei grössten Wettbewerber im Markt ihren jeweiligen Marktanteil steigern. 2017 hat Facebook Tamedia als grössten Marktteilnehmer ([20-30] %) abgelöst, dies selbst unter Hinzurechnung der Marktanteile von Zattoo ([20-30] %).

84. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass auch nach Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wirksamer aktueller Wettbewerb auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz bestehen

wird. Es ist nicht zu befürchten, dass das Zusammenschlussvorhaben auf diesem Markt zu einer marktbeherrschenden Stellung von Tamedia führen bzw. eine solche verstärken wird.

85. Aufgrund des vorliegenden aktuellen Wettbewerbs erübrigt sich eine Prüfung des potentiellen Wettbewerbs.

B.4.2.2.2. Zwischenergebnis

86. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz begründet oder verstärkt.

B.4.2.3 Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz

B.4.2.3.1. Aktueller Wettbewerb

87. Tabelle 5 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 5: Marktanteile und Umsätze im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz

Jahr	Wert	Gesamtmarkt	Tamedia	Zattoo	Wettbewerber		
					Facebook	Google	Ringier
2017	Umsatz*	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	In %	100 %	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %
2016	Umsatz*	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	In %	100 %	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	[0-10] %	[0-10] %
2015	Umsatz*	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	In %	100 %	[40-50] %	[0-10] %	[30-40] %	[0-10] %	[0-10] %

* in Tsd. CHF

88. Tabelle 5 zeigt, dass der Umsatz und der Marktanteil von Tamedia auch in der französischsprachigen Schweiz in den letzten drei Jahren abgenommen hat, bei wachsendem Gesamtmarkt. Gleichzeitig hat der Marktanteil der anderen drei Wettbewerber Facebook, Google und Ringier zugenommen. Insbesondere weist Facebook im Jahr 2017 einen höheren Marktanteil von [30-40] % auf als Tamedia und Zattoo zusammen mit [30-40] %.

89. Aufgrund des vorliegenden aktuellen Wettbewerbs erübrigt sich eine Prüfung des potentiellen Wettbewerbs.

B.4.2.3.2. Zwischenergebnis

90. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz begründet oder verstärkt.

B.4.2.4 Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

B.4.2.4.1. Aktueller Wettbewerb

91. Tabelle 6 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 6: Marktanteile und Umsätze im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

Jahr	Wert	Gesamtmarkt	Tamedia	Zattoo	Wettbewerber		
					Facebook	Google	Timedia
2017	Umsatz*	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	In %	100 %	[30-40] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %
2016	Umsatz*	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	In %	100 %	[30-40] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %
2015	Umsatz*	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	In %	100 %	[30-40] %	[0-10] %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %

* in Tsd. CHF

92. Tabelle 6 zeigt, dass Tamedia ihren Marktanteil in der italienischsprachigen Schweiz im Gegensatz zur Roman- die und zur Deutschschweiz leicht ausbauen konnte. Dies trifft allerdings auch für die drei grössten Wettbewerber zu. Die Marktanteilsdifferenz zwischen Tamedia mit Zattoo im Vergleich zum zweitgrössten Wettbewerber Facebook beträgt [0-10] %.

93. Aufgrund der vorliegenden Informationen zeichnet sich auch auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz nicht die Gefahr ab, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Marktbeherrschung von Tamedia begründet oder verstärkt.

94. Aufgrund des vorliegenden aktuellen Wettbewerbs erübrigt sich eine Prüfung des potentiellen Wettbewerbs.

B.4.2.4.2. Zwischenergebnis

95. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz begründet oder verstärkt.

B.4.3 Ergebnis

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

B 2.3

7. Embassy Jewel AG/Nolacas Holding AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Dezember 2018

1. Am 29. November 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Embassy Jewel AG (nachfolgend: Embassy) die Mehrheit der Aktien der Nolacas Holding AG (nachfolgend: Nolacas) zu erwerben.

2. Embassy mit Sitz in Luzern ist ein Unternehmen, das im Verkauf von und Handel mit Uhren und Schmuck tätig ist. Ihre Geschäfte (Boutiquen) befinden sich in Luzern (fünf Standorte) und St. Moritz (ein Standort)¹.

3. Die Anteile an Embassy werden mehrheitlich von Bregal Unternehmerkapital LP (nachfolgend: Bregal) gehalten. Bregal wird von dem Schweizer Unternehmen COFRA Holding AG (nachfolgend: COFRA) kontrolliert. Die derzeit von COFRA kontrollierten Portfolio-Unternehmen sind in Europa, Nord- und Südamerika sowie Asien in den Bereichen Einzelhandel, Immobilien und Investmentgeschäft tätig.

4. Nolacas mit Sitz in Sachseln (OW) hält 100 % der Aktien der Kirchhofer Holdings AG ebenfalls mit Sitz in Sachseln (OW), einer Holdinggesellschaft, welche mehrere Gesellschaften² der Familie Kirchhofer hält. Die Gesellschaften der Familie Kirchhofer (nachfolgend: Kirchhofer-Gruppe) verkaufen vor allem Uhren sowie zu einem geringen Anteil Schmuck, Lederwaren, Kosmetikprodukte und Souvenirs in zehn Geschäften (Boutiquen) in Interlaken, Grindelwald, Jungfrauojoch und Luzern.

5. Angesichts der Grösse und der Struktur der Kirchhofer-Gruppe sei es nicht mehr optimal, die Kirchhofer-Gruppe weiterhin als Familienunternehmen zu führen. Seitens der Embassy ermögliche die Transaktion, ihr Netz von Geschäften für den Verkauf von Uhren und Schmuck über Luzern und St. Moritz hinaus mit Geschäften in bedeutenden Schweizer Tourismusdestinationen im Berner Oberland zu ergänzen.

6. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG³ und Art. 1 VKU⁴. Die in Art. 9 Abs. 1 KG genannten Umsatzschwellen sind gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien erreicht und somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

7. Die Kirchhofer-Gruppe ist vornehmlich im Verkauf von Uhren im Hochpreissegment tätig. Der Verkauf von Uhren macht insgesamt [...] % des Umsatzes aus. Der auf den Verkauf von Schmuck entfallende Umsatzanteil liegt deutlich unter [...] %. Embassy ist ebenfalls vornehmlich im

Verkauf von Uhren im Hochpreissegment tätig. Bezogen auf den Umsatz beträgt der Anteil für den Verkauf von Uhren im Hochpreissegment [...] %, im Tiefpreissegment [...] %. Der Umsatzanteil für den Verkauf von Schmuck liegt unter [...] %. Aufgrund der marginalen Bedeutung des Schmuckverkaufs beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf den Uhrenbereich.⁵

8. Die Marktgegenseite bilden vorliegend die Abnehmer von Uhren, namentlich die Konsumenten.⁶ Es handelt sich dabei um in- und ausländische Konsumenten. Gemäss dem Vontobel Luxury Goods Report vom 23. Februar 2018 werden die Hälfte der Uhren in der Schweiz von ausländischen Touristen gekauft. In Touristendestinationen wie Luzern und Interlaken könnte der Anteil sogar 90 % erreichen.⁷

9. Mit der Marktabgrenzung im Bereich Uhren hat sich die WEKO in der Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp* befasst. Sie ist davon ausgegangen, dass eine Segmentierung des Uhrenmarktes in verschiedene Preissegmente naheliegend scheint, ohne eine abschliessende Marktabgrenzung vorgenommen zu haben. Die WEKO ging für ihre damalige Analyse von einem unteren Segment mit Uhren mit einem Preis bis zu ca. CHF 2'000–3'000 und einem oberen Segment mit Uhren mit einem Preis ab ca. CHF 2'000–3'000 aus.⁸

10. Die Zusammenschlussparteien schlagen als Grenze zwischen Tief- und Hochpreissegment einen Verkaufspreis von CHF 5'000 vor. Da bei vorliegendem Zusammenschlussvorhaben selbst bei einer engen sachlichen Marktabgrenzung keine betroffenen Märkte im Bereich Uhren resultieren, kann die Definition der sachlich relevanten Märkte, mithin auch die Festlegung der Grenze zwischen dem Hoch- und dem Tiefpreissegment, aber letztlich offen bleiben.

¹ <https://www.embassy.ch/boutiquen/> (11.12.2018).

² Kirchhofer AG, Kirchhofer Handels AG, R. Ruckli & Co. AG sowie Kirchhofer Service + Management AG.

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

⁴ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁵ COFRA (über die kontrollierten Portfolio-Unternehmen) wie auch Embassy sind neben dem Verkauf von Uhren und Schmuck in zahlreichen anderen Bereichen tätig. Die Zusammenschlussparteien bestätigen, dass die in Ziff. IV der Mitteilung des Sekretariats „Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen“ vom 25.3.2009 (Version 3.3 vom 28.2.2018) genannten Kriterien nicht erfüllt sind. Somit wurde auf die Einreichung von detaillierten Angaben gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d, e und f VKU zu diesen Aktivitäten verzichtet.

⁶ RPW 2014/1, 230 Rz 141, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁷ Vontobel Luxury Goods Report vom 23.2.18, 38.

⁸ RPW 2014/1, 231 Rz 145 ff., *Swatch Group Lieferstopp*; vgl. auch RPW 2013/1, 101 Rz 16, *Swatch/Harry Winston*.

11. In Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung wurde in der Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp* festgehalten, dass der räumlich relevante Markt – ohne dies untersucht zu haben und abschliessend zu beurteilen – international abzugrenzen sei, weil Uhren, insbesondere „Swiss Made“ Uhren, weltweit beworben und nachgefragt würden.⁹ Gemäss dem meldenden Unternehmen seien Embassy und die Kirchhofer-Gruppe überwiegend auf Touristen verschiedenster Herkunft ausgerichtet. Sie stünden damit im Wettbewerb mit Anbietern in anderen Touristendestinationen wie namentlich Paris, Mailand, Venedig und London im Wettbewerb.

12. Im Unterschied zu der Herstellung von Uhren kann der Verkauf von Uhren an Konsumenten eine höhere Marktnähe aufweisen, da hochpreisige Uhren in der Regel eine aufwändige Beratung vor dem Kauf erfordern. Embassy und die Kirchhofer-Gruppe sind hauptsächlich¹⁰ in der Schweiz in gewissen Touristendestinationen tätig und stehen in erster Linie mit anderen Anbietern in diesen Touristendestinationen im Wettbewerb. Zudem werden die Preise von Uhren im Hochpreissegment massgeblich von allfälligen nationalen Luxussteuern und Zolltarifen (z.B. Luxussteuer auf Uhren in China)¹¹ beeinflusst. Diese Aspekte können auf lokale Märkte bzw. auf einen Schweizer Markt für den Verkauf von Uhren hindeuten. Vorliegend muss der räumlich relevante Markt aber nicht abschliessend abgegrenzt werden, da selbst bei einer engst möglichen räumlichen Abgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

13. Im weltweiten Markt für den Verkauf von Uhren (nicht differenziert nach Hoch- und Tiefpreissegment) liegt der kombinierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien im Jahr 2017 unter [0-5] %.¹² Bei einer Segmentierung des Marktes nach Preisen ergibt sich ein kombinierter Marktanteil für das Jahr 2017 von unter [0-5] % im Hochpreissegment und von unter [0-5] ‰ im Tiefpreissegment. Gemäss dem Vontobel Luxury Goods Report vom 23. Februar 2018 seien Hengdeli und Bucherer AG (nachfolgend: Bucherer) mit Verkäufen von (geschätzt) CHF 1.518 Mrd. bzw. CHF 950 Mio. mit Abstand die global umsatzstärksten Marktteilnehmer im Jahr 2016.¹³ Die Kirchhofer-Gruppe mit CHF [...] Umsatz wird im Bericht für das Jahr 2016 auf dem zehnten Platz aufgeführt. Der Umsatz von Embassy beträgt ungefähr [...] CHF.

14. Auf einem hypothetischen Schweizer Markt für den Verkauf von Uhren wird der kombinierte Marktanteil von den Zusammenschlussparteien auf ca. [10-20] % im Hochpreissegment ([0-10] % für Embassy und [10-20] % für die Kirchhofer-Gruppe) und auf ca. [0-10] % im Tiefpreissegment ([0-10] % für Embassy und [0-10] % für die Kirchhofer-Gruppe) geschätzt. Marktführerin auf dem Schweizer Markt für den Verkauf von Uhren ist mit Abstand Bucherer mit einem geschätzten Marktanteil von [40-50] %. Weitere wichtige Konkurrenten in der Schweiz seien Christ (vor allem im Tiefpreissegment), Gübelin, Cartier und les Ambassadeurs.

15. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben entsteht nur eine einzige geographische Überlappung, nämlich im Raum Luzern. Auf diesem hypothetischen lokalen Markt betreibt die Kirchhofer-Gruppe nur einen ein-

zigen Standort. Im Jahr 2017 verfügte sie in diesem lokalen Markt für den Verkauf von Uhren im Hochpreissegment über einen geschätzten Marktanteil von [0-10] %. Embassy, die im Raum Luzern fünf Boutiquen betreibt, verfügte 2017 über einen Marktanteil von [10-20] %. Ähnlich sieht das Bild im hypothetischen lokalen Markt (Raum Luzern) für den Verkauf von Uhren im Tiefpreissegment aus. Demzufolge führt der Zusammenschluss auf diesem hypothetischen lokalen Markt nur zu einer geringen Marktanteilsaddition. Auch in diesem hypothetischen lokalen Markt Raum Luzern sei Bucherer 2017 Marktführerin (mit einem Marktanteil von über [50-60] %), gefolgt von Gübelin (mit [10-20] %), les Ambassadeurs (mit [0-10] %) und weiteren Anbietern (mit [0-10] %).¹⁴

16. Aus den eben genannten Gründen ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind daher nicht erfüllt.

⁹ RPW 2014/1, 232 Rz 157, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁰ Embassy betreibt drei „Offices“ in China: <https://www.embassy.ch/boutiquen/embassy-offices-china/> (11.12.2018).

¹¹ <https://www.handelszeitung.ch/unternehmen/uhrenhandel-china-macht-mit-schweizer-uhren-kasse> (11.12.2018).

¹² Der weltweite Markt wird auf CHF 74 Mrd. geschätzt.

¹³ Bucherer AG hat im Jahr 2017 the Watch Gallery (UK) und den führenden US-Uhrenhändler Tourneau übernommen und sollte der weltweit umsatzstärkste Uhrenhändler sein, vgl. Vontobel Luxury Goods Report vom 23.2.18, 31.

¹⁴ Schätzung der Parteien. Vgl. auch <https://www.luzernerzeitung.ch/wirtschaft/luzern-der-streit-der-uhren-koenige-ld.86782>. Die Luzerner Zeitung nennt auch im Raum Luzern Bucherer als Marktführerin gefolgt von Gübelin (11.12.2018).

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 5. Oktober 2018

1. Am 6. September 2018 erhielt die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Dieses betraf die Zusammenlegung des Mobilitätsgeschäftes der Siemens AG und der Alstom S.A. (nachfolgend gemeinsam: die Parteien). Die Parteien beabsichtigten, dass Siemens ihr Mobilitätsgeschäft in Alstom einbringt und Siemens dafür neu ausgegebene Aktien von Alstom erhält.

2. Die Siemens AG (nachfolgend: Siemens) ist eine deutsche Aktiengesellschaft mit Sitz in Berlin und München. Sie ist die Konzernobergesellschaft des Siemens-Konzerns, welcher international tätig ist. Siemens ist in mehr als 200 Ländern aktiv und beschäftigt weltweit rund 377'000 Mitarbeiter (rund 5'300 davon in der Schweiz).

3. Alstom SA (nachfolgend: Alstom) ist als *société anonyme* unter französischem Recht inkorporiert und hat den Sitz in Saint-Ouen in Frankreich. Alstom ist ein international tätiger Konzern, welcher in mehr als 60 Ländern vertreten ist und rund 32'800 Mitarbeiter beschäftigt, davon rund 30 in der Schweiz.

4. Bekundetes Ziel des Zusammenschlussvorhabens war, zwei weltweit tätige Unternehmen der Bahnindustrie zusammenzulegen, um Synergien zu generieren. Diese sollten die langfristige globale Wettbewerbsfähigkeit des neu formierten Unternehmens angesichts des zunehmenden Wettbewerbs sichern.

5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 8. Juni 2018 auch bei der Europäischen Kommission gemeldet.³ Von Beginn an standen die Wettbewerbsbehörden mit der Europäischen Kommission in Kontakt und tauschten gestützt auf Art. 7 Abs. 2 des Kooperationsabkommens mit der Europäischen Union⁴ Informationen aus.

6. Die Parteien verpflichteten sich am 24. September 2018 gegenüber der WEKO, Verpflichtungszusagen, die sie allenfalls gegenüber der Europäischen Kommission gestützt auf Art. 8 Abs. 2 der EU-Fusionskontrollverordnung⁵ mit Bezug auf das Zusammenschlussvorhaben machen würden, auch in der Schweiz einzuhalten, sofern diese auch die Schweiz betreffen würden und für Siemens und/oder Alstom jeweils individuell rechtskräftig seien.

7. Gestützt auf diese Verpflichtungszusagen entschied die WEKO, auf eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens gemäss Art. 33 KG und umfangreiche eigene Abklärungen zu verzichten. Dieses Vorgehen wählte die WEKO bereits in anderen Zusammenschlussvorhaben mit grosser internationaler Tragweite.⁶

8. Am 6. Februar 2019 untersagte die Europäische Kommission die von Siemens angestrebte Übernahme von Alstom. Nach Ansicht der Europäischen Kommission hätte diese den Wettbewerb auf den Märkten für Eisenbahn-Signalanlagen und Höchstgeschwindigkeitszüge beeinträchtigt. Die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Abhilfemassnahmen reichten nicht aus, um die Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen.⁷ Aufgrund dieses Beschlusses der Europäischen Kommission wird der Zusammenschluss nicht vollzogen.

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

² Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³ Case COMP M.8677, 6.2.2019, *Siemens/Alstom*.

⁴ Abkommen vom 17.5.2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1).

⁵ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EU-Fusionskontrollverordnung).

⁶ RPW 2016/1, 237 Rz 174 – *General Electric Company/ALSTOM Energy*.

⁷ Case COMP M.8677, 6.2.2019, *Siemens/Alstom*.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Revision des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung der Netzregulierung) – Vernehmlassung

Einleitende Bemerkungen

Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt im Vernehmlassungsverfahren Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen.¹ Ihren gesetzesmässigen Auftrag wahrnehmend beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Gesetzesbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

Bei der Änderung von Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen orientiert sich die WEKO an der Prämisse, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass regulatorische Eingriffe nicht ohne zwingende Erfordernisse Marktteilnehmer begünstigen oder benachteiligen sollten. Der Gesetzesentwurf enthält diverse Bestimmungen, die aus wettbewerblicher Sicht von zentraler Bedeutung sind, etwa die beabsichtigten Liberalisierungen in den Bereichen der Stromversorgung und des Messwesens, die Einführung einer fixen Speicherreserve oder die regulatorischen Vorgaben in Bezug auf die Flexibilitätsmärkte.

Ad Art. 4a StromVG

Antrag:

Art. 4a StromVG sei zu streichen. Stattdessen sei hinsichtlich der Behandlung von Speichern, die Energie aus dem Netz beziehen, eine neue Bestimmung im StromVG zu schaffen, die sicherstellt, dass keine bestimmte Speichertechnologie gegenüber anderen Speichern sowie den übrigen Flexibilitäten aus systembedingt nicht rechtfertigbaren Gründen privilegiert wird. Der gewählte Lösungsansatz sei auch in Bezug auf die Flexibilitäten im Eisenbahnnetz auf Gesetzesstufe zu verankern.

Zudem beantragt die WEKO, im Erläuternden Bericht zur Revision StromVG auf die mit der bisherigen Praxis hinsichtlich der Behandlung von Speichern einhergehenden Implikationen für die Flexibilitätsmärkte einzugehen. Weiter ersuchen wir Sie, im Erläuternden Bericht die Vor- und Nachteile der in Frage kommenden alternativen Lösungsansätze für die Behandlung von Speichern aufzuzeigen.

Begründung:

Art. 4a Abs. 1 StromVG statuiert im Einleitungssatz den Grundsatz, wonach das mit der Frequenz von 16,7 Hz betriebene Eisenbahnnetz beim Elektrizitätsbezug aus dem 50-Hz-Netz als Endverbraucher gilt. In Bst. a und b sind Ausnahmen von diesem Grundsatz enthalten: Dies betrifft einerseits den Elektrizitätsbezug aus dem 50-Hz-Netz für den Eigenbedarf eines Kraftwerks oder den Antrieb von Pumpen in einem Pumpspeicherkraftwerk (Bst. a). Andererseits sollen für die Konstellation des sog. „Wassertauchs“ spezifische Regeln gelten: Wird aufgrund des Elektrizitätsbezugs aus dem 50-Hz-Netz innerhalb eines Pumpspeicherkraftwerks verhindert, dass das betreffende Kraftwerk gleichzeitig pumpen und turbinieren muss, soll für die Durchleitung über das 50-Hz-Netz kein Netznutzungsentgelt erhoben werden (Bst. b).

Im geltenden Recht ist auf Verordnungsstufe vorgesehen, dass das Eisenbahnnetz als Endverbraucher im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG und der StromVV zu behandeln ist.² Dies trifft auch auf die Ausnahme von diesem Grundsatz in Bezug auf den Eigenbedarf eines Kraftwerks und den Antrieb von Pumpen in Pumpspeicherkraftwerken zu.³ Diese Bestimmungen sollen in der Revision des StromVG auf Gesetzesstufe gehoben werden. Im Interesse der Gleichstellung der mit 16,7 Hz betriebenen Kraftwerke mit den übrigen Kraftwerken soll damit geklärt werden, dass es sich beim Elektrizitätsbezug aus dem 50-Hz-Netz nicht um Endverbrauch handelt. Hingegen ist die Konstellation des Wassertauchs bislang nicht geregelt.

¹ Art. 46 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Vgl. Art. 1 Abs. 3 StromVV.

³ Vgl. Art. 1 Abs. 3 Bst. b StromVV.

Aufgrund der „Strategie Stromnetze“⁴, die voraussichtlich Mitte 2019 in Kraft treten wird, sind diverse Teilrevisionen von Verordnungen im Strombereich vorgesehen. Unter anderem soll die bisherige Praxis hinsichtlich der Behandlung von Speichern im Kontext mit dem Netznutzungsentgelt ausdrücklich in der StromVV verankert werden.⁵ Der Begriff des Endverbrauchers ist heute in Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG definiert. Gemäss dieser Bestimmung handelt es sich bei Endverbraucherinnen und Endverbrauchern um Kunden, welche Elektrizität *für den eigenen Verbrauch* kaufen. Ausgenommen hiervon ist der Elektrizitätsbezug für den Eigenbedarf eines Kraftwerkes sowie für den Antrieb von Pumpen in Pumpspeicherkraftwerken. Gemäss dem betreffenden Erläuternden Bericht komme man schon heute *mittels Auslegung* von Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG zum Schluss, dass Speicher mit Ausnahme von Pumpspeicherkraftwerken als Endverbraucher zu qualifizieren seien, sofern sie mit Energie aus dem Netz gefüllt würden. Im Zeitpunkt der Redaktion der ersten Fassung des Gesetzestextes des StromVG (2002-2007) habe es abgesehen von Pumpspeicherkraftwerken noch keine marktreifen Speicher gegeben. Aus diesem Grund sei keine spezifische Regelung, die sich auf Speicher beziehen würde, in das StromVG aufgenommen worden. Zur Klärung solle nun diese sich aus den technologischen Entwicklungen ergebende Lücke gestützt auf Art. 4 Abs. 2 StromVG auf Verordnungsstufe explizit geschlossen werden.⁶

Das geltende Recht enthält aufgrund dieser Auslegung eine Ungleichbehandlung, da Pumpspeicherkraftwerke im Gegensatz zu anderen Speichern von der Entrichtung des Netznutzungsentgelts befreit sind.⁷ Dieser Lösungsansatz ist jedoch nicht die einzig mögliche Konzeption, welche für die Behandlung der Speicher in Frage kommt. Denkbar wären etwa folgende alternativen Lösungsansätze: Befreiung aller Speicher von der Entrichtung des Netznutzungsentgelts (1), Belastung aller Speicher mit dem Netznutzungsentgelt (2), verursachergerechter Ansatz (3).

Im Erläuternden Bericht zur Teilrevision der StromVV aufgrund der Strategie Stromnetze wird ausgeführt, dass das Privileg der Pumpspeicherkraftwerke, wonach diese nicht als Endverbraucher im Sinne des StromVG gelten würden und daher von der Entrichtung des Netznutzungsentgelts ausgenommen seien, sachgerecht sei. Dieses Privileg sei insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil Pumpspeicherkraftwerke aufgrund der hohen Korrelation zwischen vertikaler Netzlast und Grosshandelspreisen einen Anreiz hätten, sich system- und netzdienlich zu verhalten. Pumpspeicherkraftwerke würden dann Strom aus dem Netz beziehen, wenn die Netzlast tief sei und dann ins Netz einspeisen, wenn die Netzlast hoch sei. In diesem Punkt würden sie sich von den neuen Speichertechnologien unterscheiden.⁸

Nach Ansicht der WEKO ist fraglich, ob in Bezug auf Pumpspeicherkraftwerke tatsächlich eine hohe Korrelation zwischen der vertikalen Netzlast und den Grosshandelspreisen besteht. Die im Stromhandel tätigen Betreiber von Pumpspeicherkraftwerken kaufen, wenn immer möglich, dann Strom zur Zwischenspeicherung ein, wenn die Grosshandelspreise besonders tief sind. Aus wirtschaftlicher Sicht haben sie ein Interesse, den Strom zu einem

späteren Zeitpunkt zu einem möglichst hohen Preis zurück ins Netz zu speisen. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn die Nachfrage (und damit tendenziell auch die Netzauslastung) bei gleichbleibendem Angebot hoch ist. Entscheidend für das Verhalten der Betreiber von Pumpspeicherkraftwerken ist demnach in erster Linie der Grosshandelspreis, der sich nach Angebot und Nachfrage richtet, und *nicht die Auslastung des Netzes*. Für die Betreiber von Pumpspeicherkraftwerken besteht aus wirtschaftlicher Sicht somit insbesondere ein Anreiz, sich marktdienlich zu verhalten. Hingegen besteht für sie nur beschränkt ein Anreiz, sich netzdienlich zu verhalten; der Anreiz, sich marktdienlich zu verhalten, wird aufgrund der Tatsache, dass Pumpspeicherkraftwerke für den Antrieb der Pumpen kein Netznutzungsentgelt bezahlen müssen, noch verstärkt. Die Netzauslastung spielt lediglich dahingehend eine Rolle, dass nicht mehr Strom durchgeleitet werden kann, als Netzkapazität vorhanden ist. Im Weiteren ist nicht ersichtlich, weshalb sich die Betreiber von Pumpspeicherkraftwerken netzdienlicher verhalten sollten als die Betreiber anderer Speichertechnologien, welche Strom aus dem Netz ausspeisen (z.B. stationäre Batteriespeicher).

Aus Sicht der WEKO erscheint für die grundsätzliche Behandlung von Speichern, die Strom aus dem Netz beziehen, eine Verankerung auf Gesetzes- und nicht lediglich auf Verordnungsstufe geboten. Konzeptionell ist für uns nicht nachvollziehbar, weshalb für die grundsätzliche Behandlung von Speichern eine Verordnungsgrundlage geschaffen werden soll und lediglich für *Sonderkonstellationen* betreffend an das Eisenbahnnetz angeschlossene Kraftwerke Regelungen auf Gesetzesstufe angedacht sind.

Die Vor- und Nachteile des gewählten Lösungsansatzes wurden auch nicht im Rahmen der Strategie Stromnetze diskutiert.⁹ Sollten die beabsichtigten Änderungen aufgrund der Strategie Stromnetze und der Revision StromVG, die zu einer Privilegierung der Pumpspeicherkraftwerke führen, verabschiedet werden, wird in der Stromversorgungsgesetzgebung eine Lösung zementiert, welche nicht technologieneutral ist und zu Wettbewerbsverzerrungen im Bereich des Stromhandels führt, ohne dass hierzu im Gesetzgebungsverfahren eine Grundsatzdebatte geführt worden wäre und die möglichen alternativen Lösungsansätze aufgezeigt worden wären.

⁴ Bundesgesetz vom 15. Dezember 2017 über den Um- und Ausbau der Stromnetze (Schlussabstimmungstext: BBl 2017 7909).

⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 3 StromVV in der Fassung der Vernehmlassungsvorlage zur Teilrevision der StromVV aufgrund der Strategie Stromnetze.

⁶ BFE, Revision des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung der Netzregulierung), Entwurf des Erläuternden Berichts zur Vernehmlassungsvorlage vom Oktober 2018 (nachfolgend: Erläuternder Bericht), S. 6.

⁷ Art. 14 Abs. 2 i.V. mit Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG.

⁸ Erläuternder Bericht Teilrevision StromVV aufgrund Strategie Stromnetze in der Fassung der Vernehmlassung vom Juni 2018, S. 7.

⁹ Das Sekretariat hat sich in den Ämterkonsultationen zur Teilrevision der StromVV aufgrund der Strategie Stromnetze gegen die Zementierung des Status quo ausgesprochen und beantragt, dass die Grundsatzfrage, wie Speicher im Kontext mit dem Netznutzungsentgelt zu behandeln sind, in der Revision des StromVG hinterfragt und auf Gesetzesstufe verankert werden soll. Vgl. Stellungnahme des Sekretariats der WEKO vom 28. März 2018 in der Ämterkonsultation zur Teilrevision der StromVV aufgrund der Strategie Stromnetze, S. 2 ff.

Grundsätzlich ist im Sinne eines effizienten Wettbewerbs ein möglichst verursachergerechter Ansatz anzustreben. Bei einem solchen Ansatz wäre eine Befreiung vom Netznutzungsentgelt allenfalls denkbar, wenn die Netznutzung zur Erbringung von systemstützenden Funktionen eingesetzt wird. Eine Netznutzung, welche der Erläuterung dient und zu einer Belastung der Netze führt, sollte hingegen entgeltpflichtig sein. Sollte eine verursachergerechte Netzentgeltregelung aus zwingend systembedingten Gründen nicht umsetzbar sein, ist gemäss der Auffassung der WEKO im Sinne der Diskriminierungsfreiheit bzw. Gleichbehandlung eine Belastung sämtlicher Speicher (inkl. der Pumpspeicherkraftwerke) mit dem Netznutzungsentgelt dem Status Quo vorzuziehen, der eine Bevorzugung der Pumpspeicherkraftwerke vorsieht.

Anlässlich der Ämterkonsultation hat das Sekretariat beantragt, im Erläuternden Bericht die mit der Privilegierung von Pumpspeicherkraftwerken einhergehenden wettbewerbsrelevanten Implikationen auf die Flexibilitätsmärkte näher zu beschreiben sowie die möglichen Alternativen für die Behandlung der Speicher im Kontext mit dem Netznutzungsentgelt und deren Vor- und Nachteile zu diskutieren. Dem Antrag wurde nicht stattgegeben. Mit einer Offenlegung der Diskussionspunkte wäre sichergestellt worden, dass die interessierten Kreise im Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung die vorgeschlagene Ergänzung in Art. 4a StromVG in Kenntnis aller Fakten beurteilen können.

Ad Art. 5 Abs. 2 StromVG

Antrag:

Art. 5 Abs. 2 StromVG sei dahingehend zu präzisieren, dass die Netzbetreiber neben dem Netzbetrieb auch für die Grundversorgung verantwortlich sind, soweit eine Grundversorgung aufgrund der aktuellen Marktsituation erforderlich ist.

Begründung:

Die Absicherung mittels einer Grundversorgung, welche Endverbraucherinnen und Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh die Belieferung von Strom durch den lokal zuständigen Verteilnetzbetreiber zu angemessenen Tarifen garantiert, ist nach Auffassung der WEKO lediglich dann erforderlich, wenn die begründete Gefahr besteht, dass Endverbraucherinnen und Endverbrauchern aufgrund der momentanen Marktsituation kein Angebot im freien Markt unterbreitet werden könnte.¹⁰

Ad Art. 6 StromVG

Antrag:

Die WEKO beantragt, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 StromVG dahingehend zu ergänzen, dass Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh mit der Grundversorgung abgesichert werden, falls dies aufgrund der aktuellen Marktsituation erforderlich ist.

Art. 6 Abs. 2 StromVG sei zu streichen.

Die Vorgabe in Art. 6 Abs. 3 StromVG, dass Elektrizitätstarife für ein Jahr fest und für Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik gleich sein sollen, sei zu

streichen. Stattdessen sei vorzusehen, dass die Elektrizitätstarife für Endverbraucher mit gleichartigem Bezugsprofil gleich sein sollen.

Art. 6 Abs. 4 Bst. b StromVG sei zu streichen.

Begründung:

Die WEKO begrüsst die beabsichtigte vollständige Strommarktöffnung, wodurch künftig Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit einem jährlichen Verbrauch von unter 100 MWh ein Recht auf Netzzugang haben werden. Aus wettbewerblicher Sicht empfehlen wir dabei die Berücksichtigung der nachfolgenden Änderungsvorschläge, die nach Auffassung der WEKO für einen funktionierenden Wettbewerb erforderlich sind.

Ad Bedarfsnachweis für Grundversorgung:

In der Stellungnahme zum Aussprachepapier zur Ausgestaltung des Strommarktes beantragte das Sekretariat, dass in den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf die Daseinsberechtigung eines Grundversorgungsmodells mit regulatorischen Vorgaben bei einer vollständigen Marktöffnung zu begründen sei.¹¹ Im Erläuternden Bericht wird darauf hingewiesen, dass diese dem Wahlrecht gemäss dem sog. WAS-Modell im heutigen Art. 7 StromVG entspreche. Eine grundsätzliche Rechtfertigung des Bedarfs einer solchen Alternative für Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von unter 100 MWh findet sich in den Erläuterungen nicht.

Ein Bedarf für eine längerfristige abgesicherte Versorgung ist nach Auffassung der WEKO nur dann gegeben, wenn aufgrund der Marktsituation die begründete Gefahr bestehen sollte, dass kleineren Haushalts- und Gewerbekunden kein Angebot auf dem freien Markt unterbreitet wird. Aus unserer Sicht könnte bei einer vollständigen Marktöffnung auf eine Grundversorgung mit staatlich administrierten Preisen zum heutigen Zeitpunkt verzichtet werden. Soweit ersichtlich sind aktuell ausreichend Kraftwerkskapazitäten vorhanden, um die Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Schweiz mit Elektrizität zu beliefern. Insbesondere Verteilnetzbetreiber mit bedeutender Eigenproduktion sowie Stromlieferanten mit diversen grösseren inländischen erneuerbaren Stromerzeugungsanlagen in ihrem Portfolio werden bei einer vollständigen Marktöffnung ein Interesse daran haben, Endverbraucherinnen und Endverbraucher als Kundinnen und Kunden hinzuzugewinnen. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass sämtlichen Endverbraucherinnen und Endverbrauchern vom für sie zuständigen Netzbetreiber ein Angebot unterbreitet würde, der sie heute als Monopolist in der Grundversorgung beliefert. Sollten es die Endverbraucherinnen und Endverbraucher verpassen, rechtzeitig einen neuen Elektrizitätsliefervertrag abzuschliessen oder ihr Versorger kurzfristig ausfallen, käme Art. 7 StromVG zur Anwendung.

¹⁰ Vgl. auch die nachfolgenden Ausführungen der WEKO zu Art. 6 StromVG betreffend Bedarfsnachweis für die Grundversorgung.

¹¹ Vgl. Stellungnahme des Sekretariats zum Aussprachepapier des BFE zur Ausgestaltung des Strommarktes vom 28. März 2018 (Aussprachepapier), S. 2.

Daher beantragt die WEKO, die Formulierung in Art. 6 Abs. 1 StromVG in diesem Sinne anzupassen und mit derjenigen in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 StromVG zu koordinieren.

Ad Vorgaben an das Standardelektrizitätsprodukt in der Grundversorgung:

Gemäss Art. 6 Abs. 2 StromVG sollen die Verteilnetzbetreiber in ihrer Rolle als Grundversorger verpflichtet werden, als Standard ein Elektrizitätsprodukt anzubieten, das auf der Nutzung einheimischer sowie überwiegend oder ausschliesslich erneuerbarer Energie beruht. Den Mindestanteil der erneuerbaren Energien am Standardprodukt soll der Bundesrat festsetzen.¹²

Es stellt sich die Frage, ob die Unterstützung bestimmter Technologien mittels einer entsprechend ausgestalteten Grundversorgungsregulierung mit dem Grundgedanken einer Marktöffnung vereinbar ist, welche das Ziel wirksamen Wettbewerbs verfolgt. Eine solche Vorgabe würde den Grundsatz der Technologieneutralität missachten und zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Namentlich Verteilnetzbetreiber mit eigenen Kraftwerken, die erneuerbare Energien produzieren, sowie reine Produzenten von erneuerbaren Energien würden durch eine solche Vorgabe gegenüber anderen Produzenten und Energielieferanten bevorteilt.

Es ist unbestritten, dass die grundversorgungsberechtigten Endverbraucherinnen und Endverbraucher aufgrund der angedachten Konzeption die Freiheit hätten, ein Elektrizitätsprodukt auf dem freien Markt zu wählen und somit den Bezug des Standardprodukts ihres Verteilnetzbetreibers zu umgehen. Sie könnten sich allenfalls auch ein alternatives Produkt in der Grundversorgung aussuchen, falls ein solches angeboten würde. Dadurch kann die Tragweite der neuen Bestimmungen *theoretisch* minimiert werden. In Anbetracht der – wohl zumindest anfänglichen – Trägheit der Konsumenten¹³ ist jedoch davon auszugehen, dass die Mehrheit der grundversorgungsberechtigten Endverbraucherinnen und Endverbraucher nicht aktiv ein anderes Produkt als das Standardprodukt wählen wird. Durch eine solche Vorgabe würden somit die inländischen erneuerbaren Energien auch nach dem Auslaufen der Marktprämie für die Grosswasserkraft Ende Dezember 2022 und der Übergangsregelung in Art. 6 Abs. 5^{bis} StromVG über die bestehenden Subventionssysteme in der Energiegesetzgebung hinaus gefördert. Die angedachte Vorgabe hinsichtlich der Ausgestaltung des Standardprodukts würde dazu beitragen, dass soweit möglich primär die kleineren Haushalts- und Gewerbetunden für die Kosten der inländischen erneuerbaren Energien aufzukommen hätten. Verteilnetzbetreiber, welche den administrativ festgelegten Mindestanteil an neuen erneuerbaren Energien nicht erfüllen würden, *müssten* solche tendenziell teureren Energiequellen zulasten der Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit Grundversorgung zusätzlich einkaufen. Dadurch würden auf dem Stromhandelsmarkt zusätzliche Wettbewerbsverzerrungen zugunsten von Produzenten von Strom aus einheimischen erneuerbaren Energien entstehen. Es sollte den Verteilnetzbetreibern überlassen bleiben, welche Elektrizitätsprodukte sie den Endverbraucherinnen und Endverbrauchern in ihrem Versorgungsgebiet stan-

dardmässig anbieten möchten. Aus finanzieller Sicht haben Verteilnetzbetreiber mit eigenen Kraftwerken, die erneuerbare Energien produzieren, ohnehin den Anreiz, den verhältnismässig teureren Strom den kleineren Kundinnen und Kunden zu verkaufen. Regulierungsvorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung des Standardprodukts erscheinen auch aus diesem Grund nicht nötig.

Eine Grundversorgung soll dazu dienen, den Bevölkerungskreisen in allen Landesteilen die *grundlegenden* Infrastrukturdienstleistungen mittels eines *Basisangebots* zu erschwinglichen Konditionen zugänglich zu machen.¹⁴ Im Bereich der Stromversorgung sollte die Grundversorgung aus Sicht der WEKO sicherstellen, dass die Endverbraucherinnen und Endverbraucher jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der *erforderlichen* Qualität und zu angemessenen Tarifen geliefert erhalten.¹⁵ Aufgrund des Sinns und Zwecks der Grundversorgung erscheint es nicht zweckdienlich, wenn in diesem Rahmen staatliche Vorgaben gemacht werden, die in der Konsequenz dazu führen, dass die abgesicherten Endverbraucherinnen und Endverbraucher nicht nur Strom in der erforderlichen Qualität, sondern *zusätzlich* einen *ökologischen Mehrwert* geliefert erhalten. Eine Grundversorgungsregulierung eignet sich nicht, um bestimmte Technologien zum Nachteil anderer zusätzlich zu fördern. Vom Gesetzgeber gewollte Förderungsmassnahmen für bestimmte Technologien sollten aus Sicht der WEKO zumindest so ausgestaltet werden, dass sie möglichst von *sämtlichen* Endverbraucherinnen Endverbrauchern mitfinanziert werden. Werden hingegen Anreize gesetzt, dass nur die Gruppe der Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit Grundversorgung mit zusätzlichen Kosten belastet wird, führt dies aufgrund der zu erwartenden geringen Wechselrate zu Wettbewerbsverzerrungen in Märkten, in denen sowohl solche als auch drittbelieferte Endverbraucherinnen und Endverbraucher tätig sind.

Aus diesen Gründen beantragt die WEKO, auf die angedachten Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung des Standardelektrizitätsprodukts in der Grundversorgung zu verzichten. Sollte diesem Antrag entsprochen werden, sind Art. 6 Abs. 2 StromVG und Art. 6 Abs. 4 Bst. b StromVG konsequenterweise ebenfalls zu streichen.

Ad Kriterium Verbrauchscharakteristik:

Gemäss Art. 6 Abs. 3 StromVG soll für die Beurteilung der Angemessenheit der Elektrizitätstarife wie nach geltendem Recht auf die Verbrauchscharakteristik abgestellt werden: Elektrizitätstarife müssen für Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik einheitlich sein.

¹² Art. 6 Abs. 4 Bst. b StromVG in der Fassung des Vernehmlassungsentwurfs vom Oktober 2018.

¹³ Vgl. dazu auch die Wechselraten im tieferen einstelligen Bereich in den umliegenden Staaten nach Einführung der vollständigen Marktöffnung.

¹⁴ Vgl. z.B. Art. 1 Abs. 2 Bst. a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

¹⁵ So die derzeitigen Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung der Grundversorgung in Art. 6 Abs. 1 StromVG.

Mit Inkrafttreten des ersten Massnahmenpakets der ES 2050 per 1. Januar 2018 wurde Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG dahingehend ergänzt, dass sich das Netznutzungsentgelt am *Bezugsprofil* zu orientieren hat. Gemäss der Botschaft sollte damit insbesondere verdeutlicht werden, dass das Bezugsprofil und *nicht die Verbrauchscharakteristik* bei der Kalkulation der Netznutzungstarife relevant sein soll.¹⁶

Das Bezugsprofil einer Endverbraucherin oder eines Endverbrauchers kann sich von der Verbrauchscharakteristik unterscheiden.¹⁷ Während die Verbrauchscharakteristik den zeitlichen Verlauf der *verbrauchten* Energie ausweist, zeigt das Bezugsprofil den zeitlichen Verlauf der *aus dem Netz bezogenen* Energie auf. Die Eigenverbrauchsregelung räumt den Produzenten von fossilen und erneuerbaren Energien, die gleichzeitig Endverbraucher sind (sog. „Prosumer“), ein Wahlrecht ein. Sie dürfen selbst bestimmen, ob sie die gesamte produzierte Energie oder nur die überschüssige Energie nach Abzug des zeitgleichen Eigenverbrauchs ins Netz einspeisen wollen.¹⁸ Entscheidet sich ein Prosumer für die Eigenverbrauchsregelung, verringert sich bei diesem die aus dem Netz bezogene Energie, da er sich vorab mit selbst produzierter Energie versorgt. Bei Prosumern mit Eigenverbrauch ändert sich das Bezugsprofil. *Auf die Verbrauchscharakteristik hat der Eigenverbrauch hingegen keinen Einfluss.* Ein Abstellen auf das Bezugsprofil würde es den Verteilnetzbetreibern ermöglichen, bei der Bildung der Kundengruppen im Bereich der Elektrizitätstarife Elemente wie Bezugsspitzen oder die Anschlussleistung zu berücksichtigen.

Aus Sicht des Wettbewerbs erscheint es zweifelhaft, ob in Art. 6 Abs. 3 StromVG ein Abstellen auf die Verbrauchscharakteristik statt wie beim Netz auf das Bezugsprofil sachgerecht ist. Die damit einhergehende Privilegierung der Eigenverbraucherinnen und Eigenverbraucher könnte unter Umständen dazu führen, dass für diese Akteure die Tarife in der Grundversorgung vorteilhafter sind als die Angebote im freien Markt, womit für die Eigenverbraucherinnen und Eigenverbraucher der Anreiz für den Wechsel in den Markt wegfallen könnte. Darüber hinaus würde es zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten von Endverbraucherinnen und Endverbrauchern ohne Eigenverbrauchsregelung kommen, wenn Unternehmen mit Eigenverbrauch und gleicher Verbrauchscharakteristik, die in demselben Markt tätig sind, aufgrund einer staatlicher Regulierung günstigere Konditionen für die Stromlieferung erhielten.

Ad Art. 7 StromVG

Antrag:

Die WEKO beantragt, Art. 7 Satz 2 StromVG zu streichen. Stattdessen sei gesetzlich vorzusehen, dass Endverbraucher in der Ersatzversorgung mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh nicht zu höheren Preisen als in der Grundversorgung beliefert werden dürfen.

Zudem seien auf Gesetzesstufe die notwendigen Grundlagen zu schaffen, die es einem Endverbraucher ermöglichen, vorab oder ad hoc aus der Ersatzversorgung zurück in den freien Markt zu wechseln.

Begründung:

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Belieferung von Endverbraucherinnen und Endverbrauchern in der Ersatzversorgung gesetzlich verankert werden soll. Gemäss dem Erläuternden Bericht komme es zur Ersatzversorgung zum einen dann, wenn Endverbraucherinnen und Endverbraucher nach Beendigung ihres Elektrizitätslieferverhältnisses, sei es infolge Kündigung oder aufgrund einer anfänglichen Befristung, nicht rechtzeitig einen neuen Liefervertrag abgeschlossen hätten. Zum anderen werde die Ersatzversorgung dann aktuell, wenn der gewählte Elektrizitätslieferant ausfällt, er also seine vertragliche Lieferpflicht nicht mehr gehörig erfülle (z.B. im Konkursfall).¹⁹

In Art. 7 Satz 2 StromVG ist vorgesehen, dass der lokal zuständige Netzbetreiber Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Ersatzversorgung nicht zu angemessenen Tarifen (Konditionen der Grundversorgung) beliefern muss.

Für die WEKO ist nicht plausibel, wieso in Bezug auf Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit einem jährlichen Konsum von weniger als 100 MWh für die Ersatzversorgung andere Regulierungsvorgaben gelten sollen als für die Grundversorgung. Grundversorgungsberechtigte Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Ersatzversorgung sollen nicht zu höheren Preisen beliefert werden dürfen als die Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit Grundversorgung. Die Konstellation, dass es eine Endverbraucherin oder ein Endverbraucher unterlässt, nach Auslaufen eines befristeten Elektrizitätsliefervertrags einen neuen Anbieter zu suchen, wird wohl eher die Ausnahme sein. Es ist damit zu rechnen, dass der bisherige Stromlieferant seinen Kundinnen und Kunden rechtzeitig vor dem Auslaufen des Vertrages ein neues Angebot unterbreiten wird. Falls der Stromlieferant unerwartet ausfällt – etwa im Konkursfall –, kann dies nicht der Endverbraucherin oder dem Endverbraucher angelastet werden. Insofern erscheint es nicht gerechtfertigt, dass eine Endverbraucherin oder ein Endverbraucher in einer solchen Situation durch einen höheren Preis *pönalisiert* wird. Ein solcher Ansatz würde für einen funktionierenden Wettbewerb falsche Anreize setzen und könnte kleinere Kundinnen und Kunden mit geringem Kosteneinsparpotential von einem Wechsel aus der Grundversorgung abhalten.

¹⁶ Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative „Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)“ vom 4. September 2013, BBl 2013 7714.

¹⁷ Erläuternder Bericht zur Änderung der StromVV vom November 2017 aufgrund des ersten Massnahmenpakets der ES 2050 (Erläuternder Bericht StromVV aufgrund ES 2050), S. 16.

¹⁸ Art. 16 Abs. 1 EnG; vgl. Erläuternder Bericht StromVV aufgrund ES 2050, S. 16.

¹⁹ Erläuternder Bericht, S. 55 f.

Beispielsweise auch in Deutschland²⁰ und Österreich²¹ dürfen Haushaltskunden in der Ersatzversorgung nicht zu schlechteren Konditionen als jenen der Grundversorgung beliefert werden.

Im Erläuternden Bericht wird zudem ausgeführt, dass die Ersatzversorgung als „ultima ratio“ nicht zwingend statfinde; es bleibe den Endverbraucherinnen und Endverbrauchern unbenommen, vorab oder ad hoc eine andere (vertragliche) Lösung zu treffen.²² Die Möglichkeit, vorab oder ad hoc einen neuen Elektrizitätsliefervertrag einzugehen, um die Ersatzversorgung zu vermeiden, ist aus Sicht des Wettbewerbs begrüssenswert. Diese Möglichkeit sollte explizit im StromVG verankert werden. Aus dem vorliegenden Gesetzesentwurf ergibt sie sich nicht. Um Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, sollte möglichst präzise geregelt werden, bis zu welchem Zeitpunkt der Vertragsschluss nach dem Ausfall des ursprünglichen Stromversorgers zu erfolgen hat, damit die Ersatzversorgung so gleich wieder verlassen werden kann.

Ad Art. 8a StromVG

Antrag:

Die WEKO beantragt, dass Art. 8a StromVG gestrichen und auf die Einführung einer fixen Speicherreserve verzichtet wird.

Begründung:

Gemäss dem Erläuternden Bericht zeigen die Analysen zur System Adequacy, dass die Versorgungssicherheit als unkritisch einzustufen ist, solange die Schweiz im europäischen Strommarkt integriert ist. Bis zum Jahr 2035 gebe es kein signifikantes Versorgungssicherheitsproblem in der Schweiz. Bis einschliesslich 2025 würden keinerlei Lastverluste, 2030 praktisch keine und 2035 mit bis maximal einer Woche moderate Lastverluste in der Schweiz auftreten. Lastverluste in diesem Ausmass stellen noch kein Problem dar, sie könnten durch operative Massnahmen der Swissgrid AG aufgefangen werden. Die maximale Kapazitätsauslastung im Schweizer System werde im Winter erreicht. In den Wintermonaten seien nach Deckung der Last weiterhin nicht eingesetzte Erzeugungskapazitäten vorhanden. Eine aktuelle Studie der El-Com zur Versorgungssicherheit bis zum Jahre 2025 zeige ebenfalls, dass es in der Schweiz in einem wahrscheinlichen Szenario keine Versorgungssicherheitsprobleme gebe.²³ Die Versorgungssicherheit könne primär durch die Anbindung an die benachbarten Strommärkte und marktbasierend sichergestellt werden. Mit der Speicherreserve solle für unvorhersehbare ausserordentliche Ereignisse (wie sehr extreme und andauernde Wetterlagen) als zusätzliche Absicherung im Sinne eines volkswirtschaftlich angemessenen Versicherungsansatzes Elektrizität vorgehalten werden.²⁴ Primär werde die Versorgung durch reine Marktmechanismen gewährleistet; erst wenn diese Mechanismen versagten, komme die Speicherreserve zum Einsatz. Sie solle als festes Element für die Versorgungssicherheit die bestehenden Instrumente ergänzen.²⁵

Im Rahmen der in Art. 8a StromVG angedachten fixen Speicherreserve soll Elektrizität vorgehalten werden; dies jährlich im Sinne einer Versicherung ohne konkreten Bedarfsnachweis. Die Kraftwerksbetreiber, welche nach den

jeweiligen Ausschreibungen den Zuschlag erhalten, sollen über das Netznutzungsentgelt der Netzebene 1 zulasten der Endverbraucherinnen und Endverbraucher entschädigt werden.²⁶

Kann die Spitzenlastdeckung auch alternativ erfolgen, ohne dass regulatorisch in das Gefüge von Angebot und Nachfrage eingegriffen werden muss, ist dies aus Sicht eines freien und funktionierenden Wettbewerbs vorzuziehen. Die aktuellen Analysen zur Versorgungssicherheit zeigen, dass zusätzliche Massnahmen zur mittel- und langfristigen Gewährleistung der Versorgungssicherheit zum heutigen Zeitpunkt nicht notwendig sind. Um die Spitzenlastdeckung und damit auch die Versorgungssicherheit in der Schweiz gewährleisten zu können, scheinen die heutigen regulatorischen Instrumente zu genügen. Durch eine – aus Sicht des Wettbewerbs zu begrüssende – internationale Koordination und gegenseitige Koppelung sowie die mit der vorliegenden StromVG-Revision angestrebte Öffnung der Stromversorgungsmärkte dürfte der Bedarf für eine Speicherreserve ohnehin minimiert werden. Im Falle des Abschlusses eines Stromabkommens mit der EU bestünde zudem das Risiko, dass die Einführung einer fixen Speicherreserve als unzulässige staatliche Beihilfe beurteilt werden könnte.

Die gesetzliche Verankerung eines Automatismus ohne Bedarfsnachweis erscheint nicht erforderlich, um die Versorgungssicherheit sicherzustellen, sondern würde zu neuen Wettbewerbsverzerrungen in den Bereichen des Stromhandels und der Stromversorgung führen. Die El-Com ist nach geltendem Recht befugt, dem Bundesrat aufgrund einer entsprechend ausfallenden Bedarfsanalyse die Einführung einer Speicherreserve im erforderlichen Ausmass zu beantragen (Art. 22 Abs. 4 i.V.m. Art. 9 StromVG). Im Unterschied zum in Art. 8a StromVG vorgesehenen Instrument ist im Rahmen von Art. 9 StromVG ohne eine sich abzeichnende Gefährdungslage keine Elektrizität vorzuhalten. Die WEKO beantragt deshalb, von der Einführung einer fixen Speicherreserve ohne Bedarfsnachweis abzusehen.

²⁰ § 38 Abs. 1 i.V.m. § 36 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG).

²¹ § 77a Abs. 5 des Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetzes 2010 (EIWOG 2010): „Der neue Lieferant hat die zugeordneten Kunden zu angemessenen Preisen zu versorgen, wobei Haushaltskunden nicht zu höheren Preisen versorgt werden dürfen als die Kunden, die zu den Haushaltstarifen des jeweiligen Lieferanten versorgt werden.“

²² Vgl. Erläuternder Bericht, S. 56.

²³ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 7 f.

²⁴ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 2 und 26. Eine Studie der ETH und der Universität Basel vom September 2017, welche vom BFE in Auftrag gegeben wurde, kommt ebenfalls zum Schluss, dass unter der Annahme einer auch künftig in den europäischen Strommarkt integrierten Schweiz ab 2030 nur unter äusserst besonderen Bedingungen versorgungskritische Situationen zu erwarten seien; Modellierung der System Adequacy in der Schweiz im Bereich Strom; vgl. Schlussbericht vom 26. Oktober 2017, S. 69.

²⁵ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 29.

²⁶ Vgl. Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVG in der Fassung der Vernehmlassungsvorlage vom Oktober 2018.

Ad Art. 13a StromVG

Antrag:

Die WEKO beantragt, dass die Möglichkeit der Endverbraucher, unterjährig den Lieferanten zu wechseln, auf Gesetzesstufe verankert wird. Art. 13a Abs. 1 StromVG sei entsprechend umzuformulieren.

Art. 13a Abs. 1 Bst. d StromVG sei zu streichen. Zudem sei auf Gesetzesebene sicherzustellen, dass der Lieferantenwechsel unter Einhaltung einer kurzen, aus systembedingten Gründen gebotenen Frist erfolgen kann.

Begründung:

Bei Art. 13a StromVG handelt es sich um eine reine Delegationsnorm, die dem Bundesrat betreffend die Wechselprozesse im Bereich der Stromversorgung lediglich Rechtsetzungsbefugnisse überträgt, ohne inhaltliche Vorgaben aufzustellen. Im Erläuternden Bericht finden sich allerdings diverse konkrete Vorschläge hinsichtlich der Ausgestaltung der zu erlassenden Verordnungsbestimmungen. Die betreffenden Ausführungen werden voraussichtlich in die Botschaft übernommen werden. Zudem ist davon auszugehen, dass sich der Ordnungsgeber im Rahmen der Ausübung seiner Befugnisse aller Voraussicht nach an den Vorgehensvorschlägen in der Botschaft orientieren und nicht ohne Not hiervon abweichen wird. Aus diesem Grund beschränkt sich die WEKO vorliegend nicht nur darauf, sich zu Art. 13a StromVG zu äussern, sondern nimmt soweit aus Sicht des Wettbewerbs geboten auch Bezug auf die im Erläuternden Bericht vorgeschlagenen Handlungsempfehlungen an den Bundesrat Stellung.

Aus Sicht der WEKO behindern übermässig lange Fristen der Verteilnetzbetreiber für die Vornahme von Wechselprozessen sowie übermässig lange Kündigungsfristen bei einem Lieferantenwechsel, die systembedingt nicht zwingend erforderlich sind, einen funktionierenden Wettbewerb.

Ad Fristen für Ein-, Aus- und Wiedereintritte in Bezug auf die Grundversorgung:

Gemäss der angedachten Gesetzesbestimmung hat der Bundesrat insbesondere die Termine und die einzuhaltenden Fristen für Ein-, Aus- und Wiedereintritte in Bezug auf die Grundversorgung zu regeln. Gemäss dem Erläuternden Bericht erscheine es sinnvoll, die Möglichkeit zum Ein- und Austritt *einmal jährlich – sinnvollerweise auf Ende Jahr hin* – zu eröffnen. Hierdurch erhielten Kleinverbraucher mit einem Jahresverbrauch von unter 100 MWh die Möglichkeit, regelmässig zu wechseln, ohne dass dadurch die Elektrizitätstarife aufgrund fehlender Planbarkeit unverhältnismässig in die Höhe getrieben würden; allzu häufige Wechsel würden den Grundversorger zu kurzfristigen und entsprechend teuren Beschaffungen zwingen.²⁷

Die im Erläuternden Bericht angedachte Regelung, wonach ein Wechsel in die oder aus der Grundversorgung nur einmal jährlich – wohl per Ende des Kalenderjahres – erfolgen kann, würde in unnötiger Weise den Wettbewerb einschränken. Eine Regulierung, welche für alle denkbaren Konstellationen einen einzigen zulässigen Zeitpunkt

pro Kalenderjahr für einen Lieferantenwechsel vorschreibt, erscheint aus systembedingten Gründen nicht erforderlich.

Grössere Endverbraucherinnen und Endverbraucher, deren kurzfristiger Wegfall wesentliche Kosten verursachen könnte, haben in aller Regel bereits heute auf dem freien Markt individualisierte Elektrizitätslieferverträge mit fixen Kündigungsterminen abgeschlossen. Somit haben Verteilnetzbetreiber und Stromlieferanten auslaufende Verträge bei der Planung der Beschaffung bereits heute zu berücksichtigen. Im Falle eines Lieferantenwechsels muss auch der neue Anbieter den zusätzlichen Strom nach Vertragsschluss auf dem Markt beschaffen und dies bei seinen Handelstätigkeiten berücksichtigen. Insofern ist zu vermuten, dass Elektrizitätslieferverträge mit grösseren Endverbraucherinnen und Endverbrauchern in aller Regel mit einer gewissen Vorlaufzeit abgeschlossen würden. Der neue Elektrizitätslieferant würde sich vernünftigerweise kaum auf die rasche Umsetzung der vereinbarten Lieferbedingungen einlassen, wenn er zur Versorgung des neuen Kunden kurzfristig teure Strombezüge tätigen müsste. Im Falle einer Vorlaufzeit von einigen Wochen oder Monaten hätte der bisherige Grundversorger zudem die Möglichkeit, neue Abnehmer für allfällige vorderhand nicht mehr absetzbare Elektrizität zu finden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass insbesondere in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten der vollständigen Marktöffnung wohl auch in der Schweiz mit ähnlich tiefen Wechselraten wie beispielsweise in Österreich oder Deutschland zu rechnen sein wird. Abweichungen der Plan-Kosten gegenüber den Ist-Kosten dürften sich daher in verhältnismässig geringfügigem Umfang bewegen.

Mit der gesetzlichen Verankerung der Zulässigkeit eines unterjährigen Lieferantenwechsels wäre überdies sichergestellt, dass Endverbraucherinnen und Endverbraucher, die erstmalig aus der Grundversorgung in den freien Markt wechseln, gegenüber Endverbraucherinnen und Endverbrauchern mit einem jährlichen Verbrauch von mindestens 100 MWh, die sich bereits im freien Markt befinden, nicht schlechter gestellt werden. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass diverse EU-Mitgliedsstaaten, welche trotz der vollständigen Marktöffnung weiterhin eine Grundversorgung vorsehen, unterjährige Lieferantenwechsel ebenfalls zulassen. In Deutschland beispielsweise ist der Lieferantenwechsel unterjährig möglich, ohne dass dabei ein bestimmter Kündigungsstermin eingehalten werden müsste. Die Kündigungsfrist bei einem Wechsel aus der Grundversorgung in den freien Markt beträgt zwei Wochen.²⁸ Entsprechende Vorgaben gelten auch in Österreich, wobei die Dauer des für den Lieferantenwechsel massgeblichen Verfahrens nach Kenntnisnahme des Wechsels durch den bisherigen Grundversorger höchstens drei Wochen betragen darf.²⁹

²⁷ Erläuternder Bericht, S. 61.

²⁸ § 20 Abs. 1 der Stromgrundversorgungsverordnung (StromGVV).

²⁹ § 76 Abs. 1 und 2 EIWOG 2010.

Ad Kündigungsmöglichkeiten von grundversorgungsberechtigten Endverbrauchern bei im freien Markt abgeschlossenen Elektrizitätslieferverträgen:

Der Bundesrat soll in die Befugnis erhalten, Kündigungsmöglichkeiten für grundversorgungsberechtigte Endverbraucher vorzusehen, die im freien Markt einen Elektrizitätsliefervertrag abgeschlossen haben (Art. 13a Abs. 1 Bst. d StromVG).

Im Erläuternden Bericht wird diese Delegationsnorm wie folgt begründet: Was die von Kleinverbrauchern abgeschlossenen Elektrizitätslieferverträge anbelange, werde der Bundesrat mindestens vorsehen müssen, dass diese unter Einhaltung einer bestimmten Frist auf Ende eines jeden Jahres hin kündbar sind; ansonsten könnte die Rückkehr in die Grundversorgung nicht, so wie dies angedacht sei, auf Anfang eines jeden Kalenderjahres hin stattfinden. Darüber hinaus stehe es dem Bundesrat aufgrund dieser Delegationsnorm offen, generell gewisse Kündigungsmöglichkeiten im Verordnungsrecht vorzusehen, sollte dies für den funktionstüchtigen Wettbewerb im freien Markt notwendig sein. Ausserdem könne der Bundesrat den beteiligten Akteuren auch Aufgaben zuweisen, die zur Abwicklung der Wechselprozesse notwendig seien.³⁰

Aus Sicht des Wettbewerbs erscheinen die angedachten staatlichen Eingriffe auf Verordnungsstufe nicht geboten; einem sich im Entstehenden befindenden Wettbewerb könnten sich solche Regulierungsvorgaben als hinderlich erweisen. Die WEKO spricht sich dafür aus, dass die Grundversorgung nur im Falle der begründeten Gefahr, dass kleinere Haushalts- und Gewerbetunden keinen Lieferanten finden, zur Anwendung kommen soll.³¹ In einer solchen Konstellation sollten nach Auffassung der WEKO auch unterjährige Lieferantenwechsel möglich sein. Unter diesen konzeptionellen Voraussetzungen sind regulatorische Vorgaben, welche auf Ende des Kalenderjahres die Rückkehr in die Grundversorgung ermöglichen wollen, ohnehin nicht notwendig.

Ebenso wenig hätte eine solche Delegationsnorm einen Mehrwert, wenn dem betreffenden Antrag der WEKO nicht entsprochen werden sollte. Gesetzlich zugesicherte maximale Vertragsdauern respektive *einseitige* Kündigungsmöglichkeiten sind dem Wettbewerb nicht dienlich und schränken den Handlungsspielraum der verschiedenen Akteure bei der Vertragsausgestaltung unnötig ein. Eine regulatorische Vorgabe, die grundversorgungsberechtigten Endverbraucherinnen und Endverbrauchern die Möglichkeit eröffnet, bei günstiger Entwicklung des Marktpreises verglichen mit den vertraglich vereinbarten Preiskonditionen zurück in die Grundversorgung zu wechseln, setzt falsche Anreize. Es würde zudem verhindert, dass den grundversorgungsberechtigten Endverbraucherinnen und Endverbrauchern längerfristige Elektrizitätslieferverträge zu allenfalls günstigeren Konditionen als jene in Einjahresverträgen angeboten würden. Dies hätte einen negativen Einfluss auf die Diversität der Angebote auf dem Markt.

Die WEKO beantragt daher, dass Art. 13 Abs. 1 Bst. d StromVG gestrichen wird.

Ad Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVG

Antrag:

In Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVG sei darauf zu verzichten, Kosten für die Speicherreserve als anrechenbare Betriebskosten vorzusehen.

Begründung:

Sollte dem Antrag der WEKO zu Art. 8a StromVG entsprochen werden, wonach auf die Einführung einer fixen Speicherreserve zu verzichten ist, ist die angedachte Ergänzung in Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVG konsequenterweise ebenfalls zu streichen.

Ad Art. 17a StromVG

Antrag:

Die WEKO beantragt, in Art. 17a Abs. 2 StromVG eine vollständige Marktöffnung im Bereich der Verrechnungsmessung für sämtliche an das Verteilnetz angeschlossenen Endverbraucher und Produzenten vorzusehen. Zudem beantragt die WEKO, Art. 17a Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 StromVG zu streichen.

Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 StromVG seien – unter Berücksichtigung der vollständigen Marktöffnung im Bereich der Verrechnungsmessung – umzuformulieren.

Begründung:

Im Gesetzesentwurf ist eine Teilmarktöffnung für den Bereich der Verrechnungsmessung (Messstellenbetrieb und Messdienstleistung) vorgesehen. Grössere Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh und grössere Produzenten mit einer Anschlussleistung von mehr als 30 kVA sollen das Recht erhalten, einen Anbieter ihrer Wahl mit diesen Tätigkeiten zu beauftragen. Demgegenüber soll die Verrechnungsmessung bei kleineren Messkunden monopolisiert werden und bei den lokalen Verteilnetzbetreibern verbleiben.³²

Die WEKO begrüsst es ausdrücklich, dass mit der vorliegenden Revision angestrebt wird, den Bereich der Verrechnungsmessung mittels einer gesetzlichen Regelung zu liberalisieren. In einem Urteil vom Sommer 2017 hat das Bundesgericht gestützt auf das geltende Recht entschieden, dass Produzenten mit einer Anschlussleistung von über 30 kVA den Messdienstleister wählen dürfen und der betreffende Bereich liberalisiert ist. Zur Frage, ob auch feste oder freie Endverbraucherinnen und Endverbraucher sowie Produzenten mit kleineren Anlagen bereits gestützt auf die heutigen gesetzlichen Grundlagen den Messdienstleister frei wählen können, hat sich das Bundesgericht aufgrund der konkreten Umstände des Streitfalls nicht geäussert.³³ Dies ist jedoch nicht auszuschliessen.

³⁰ Erläuternder Bericht, S. 58.

³¹ Vgl. die vorstehenden Bemerkungen der WEKO zu Art. 5 und Art. 6 StromVG.

³² Erläuternder Bericht, S. 63.

³³ Urteil 2C_1142/2016 des Bundesgerichts vom 14. Juli 2017.

Beim Messwesen handelt es sich anders als bei einem Stromnetz nicht um ein natürliches Monopol. Zwar hängen der Netzbetrieb und das Messwesen eng zusammen, jedoch ist eine Trennung der beiden Bereiche bzw. die Ausführung der Aufgaben im Messwesen durch einen Dritten technisch problemlos möglich.³⁴ Mit der Revision des StromVG wird beabsichtigt, die vollständige Marktöffnung im Bereich der Stromversorgung herzustellen. Insofern wäre es folgerichtig, wenn auch hinsichtlich der Verrechnungsmessung der Markt vollständig geöffnet würde. Dadurch erhielten die Energieversorgungsunternehmen die nötigen Anreize, um sich definitiv von der Monopolwelt zu verabschieden, sich umfassend auf Wettbewerb einzustellen und ihre Businessmodelle entsprechend neu zu gestalten.

Aus Sicht der WEKO ist die gesetzliche Verankerung einer vollständigen Marktöffnung eine notwendige Voraussetzung, damit sich im Bereich der Verrechnungsmessung ein funktionierender Wettbewerb etablieren kann. Von den insgesamt 5.4 Millionen Messpunkten in der Schweiz fallen 91 Prozent auf Endverbraucher und Prosumer mit einem Verbrauch bis maximal 50 MWh pro Jahr.³⁵ Gemäss dem Erläuternden Bericht wären mit dem vorgesehenen Schwellenwert von 100 MWh oder einer Anlagenleistung > 30 kVA nur 55 000 Messpunkte³⁶ marktzugangsberechtigt. Die Messkosten machen lediglich einen geringfügigen Teil der Stromkosten eines Verteilnetzbetreibers aus. Gemäss einem aktuellen Bericht der EICom zu den Kosten im Messwesen liegen die gesamten jährlichen Messkosten pro Messpunkt bei den meisten Verteilnetzbetreibern zwischen 20 und 100 Franken. Der Median beträgt 48 Franken. Im Vergleich mit den gesamten Netzkosten betragen die gesamten Messkosten im Median 4.1 Prozent (sowie 6 Prozent bei den Netzkosten ohne Vorliegerkosten und SDL).³⁷ Bei grossen Endverbraucherinnen und Endverbrauchern sowie Produzenten fallen die Messkosten proportional zu den gesamten Stromkosten deutlich geringfügiger ins Gewicht als bei kleineren Haushalts- und Gewerbekunden. Insofern werden aus finanziellen Gesichtspunkten bei Grosskunden nur sehr beschränkt Anreize vorhanden sein, den Verrechnungsmessungsdienstleister zu wechseln. Um einen Anreiz bei den Verteilnetzbetreibern zu effizienten und kostengünstigen Dienstleistungen im Bereich des Messwesens zu schaffen, sollte die Nachfrage im betreffenden Markt auf *sämtliche* Endverbraucher und Produzenten ausgedehnt werden.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass namentlich die Erfahrungen mit der Teilliberalisierung im Bereich der Stromversorgung nicht positiv ausgefallen sind. Seit dem Inkrafttreten des StromVG bis zum heutigen Zeitpunkt hat die teilweise Marktöffnung zu stetig zunehmenden Wettbewerbsverzerrungen geführt.³⁸ Die Tatsache, dass es den Endverbraucherinnen und Endverbrauchern mit Grundversorgung in einem teilliberalisierten System verunmöglicht wird, den Anbieter zu wechseln, setzt einen Anreiz für wettbewerbsschädigende Quersubventionen. Die Monopolisten könnten versucht sein, die Grundversorgung mit überhöhten Kosten zu belasten, um dadurch eine grössere Rendite zu erzielen sowie mehr Spielraum im Wettbewerb um Kunden mit Marktzugang zu erhalten.³⁹ Nach der vollständigen Marktöffnung im Bereich der

Stromversorgung besteht kein Anlass, an den betreffenden Schwellenwerten von 100 MWh respektive 30 kVA nach geltendem Recht für Verrechnungsmessungsdienstleistungen festzuhalten.

Eine Untersuchung der EICom hat gezeigt, dass heute grosse Unterschiede zwischen den von Verteilnetzbetreibern für die Verrechnungsmessung in Rechnung gestellten Kosten bestehen. Ein beträchtlicher Teil der Kosten für Lastgangmessungen bewegt sich im Bereich der von der EICom gesetzten Preisobergrenze von 600 Franken.⁴⁰ Die durch die vollständige Marktöffnung induzierte Wettbewerbssituation würde bei Verteilnetzbetreibern mit überdurchschnittlich hohen Kosten und/oder Gewinnmargen den Anreiz setzen, ihre Erträge aus dem Messstellenbetrieb sowie den erforderlichen Messdienstleistungen zu reduzieren, um konkurrenzfähig zu bleiben. Hingegen bestünde im Falle einer Gestehungskostenregulierung die Gefahr, dass sich die der Grundversorgung in Rechnung gestellten Kosten angleichen und tendenziell auf dem maximal von der EICom akzeptierten Preisniveau oder knapp unterhalb dieser Schwelle bewegen würden. Effizientere Verteilnetzbetreiber hätten bei derartigen Regulierungsvorgaben den Anreiz, bis zur zulässigen Umsatzgrenze ihre Gewinnmarge zu erhöhen. Die Kosten der Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit

³⁴ Urteil 2C_1142/2016 des Bundesgerichts vom 14. Juli 2017, E. 5.1.3; Verfügung 233-00056 der EICom vom 15. Oktober 2015, Rz 43.

³⁵ EICom, Messkosten in der Schweiz, Bericht zur Auswertung der Messkostenerhebung 2017 vom 27.06.2018 (nachfolgend: Bericht Messkosten EICom), S. 5; abrufbar unter: www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Berichte und Studien, zuletzt besucht am 06.08.2018.

³⁶ Erläuternder Bericht, S. 37.

³⁷ Bericht Messkosten EICom, S. 5 und 16.

³⁸ Vgl. etwa Art. 31 Abs. 3 StromVG, der im Rahmen des ersten Massnahmepakets der ES 2050 eingeführt wurde. Diese am 01.01.2018 in Kraft getretene Bestimmung ermöglicht es Verteilnetzbetreibern, die einen Anspruch auf eine Marktprämie haben (Art. 30 EnG), die Kosten für erneuerbare Energien in ihrem Portfolio primär durch die Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit Grundversorgung tragen zu lassen. Art. 6 Abs. 5^{bis} StromVG, der mittels der „Strategie Stromnetze“ in das Gesetz aufgenommen wurde und bis zum Auslaufen der Marktprämie Ende 2022 befristet ist, weitet diese Optimierungsmöglichkeit zulasten der gebundenen Kunden auf sämtliche Verteilnetzbetreiber in ihrer Rolle als Grundversorger aus, unabhängig davon, ob diese aufgrund von nicht gedeckten Energiebeschaffungskosten berechtigt wären, die Marktprämie geltend zu machen; vgl. auch Erläuternder Bericht, S. 28, worin festgehalten wird, dass mit der vollständigen Marktöffnung im Bereich der Energieversorgung die bestehenden Marktverzerrungen beseitigt werden sollen.

³⁹ Im Bereich der Stromversorgung zeigte sich dies etwa wie folgt: Spätestens ab dem Jahr 2014, als die Grosshandelspreise unter die Gestehungskosten der inländischen Energieerzeugungsanlagen fielen, wiesen diverse Verteilnetzbetreiber entgegen den Vorgaben in Art. 6 Abs. 5 StromVG die Kosten der Eigenproduktion primär der Grundversorgung zu, wodurch einzig die freien Kunden von den auf dem Markt erzielten Preisvorteilen und somit günstigeren Strompreisen profitieren konnten; vgl. Newsletter 06/2016 und 07/2016 der EICom sowie Mitteilung der EICom vom 22.12.2016; abrufbar unter: www.elcom.admin.ch > Dokumentation, zuletzt besucht am 06.08.2018.

⁴⁰ Die grosse Mehrheit der Verteilnetzbetreiber, welche Daten eingereicht haben, weist hinsichtlich der Lastgangmessung Kosten unter 1000 Franken aus, im Median liegen die Kosten bei 660 Franken. Eine kleine Minderheit deklariert Kosten über 2000 Franken; vgl. Bericht Messkosten EICom, S. 23 f.

Grundversorgung würden sich dadurch kaum verändern.⁴¹ Für einen funktionierenden Wettbewerb würde sich dies als kontraproduktiv erweisen. Verteilnetzbetreiber könnten die auf diese Weise optimierten Renditen etwa verwenden, um ihre Marktanteile im liberalisierten Bereich zu erhöhen.

Ad Art. 17a^{bis} StromVG

Antrag:

Art. 17a^{bis} StromVG sei zu streichen.

Begründung:

Sollte dem Antrag der WEKO zu Art. 17a StromVG entsprochen und eine vollständige Marktöffnung im Bereich der Verrechnungsmessung vorgesehen werden, sind keine regulatorischen Vorgaben zum Messentgelt und den Messtarifen für gebunden Endverbraucherinnen und Endverbraucher mehr erforderlich.

Ad Art. 17b^{bis} StromVG

Antrag:

In Art. 17b^{bis} Abs. 2 StromVG sei auf die Anforderung der einheitlichen Vertragsausgestaltung für Flexibilitäten ohne grosse Netzdienlichkeit zu verzichten.

Zudem beantragt die WEKO, dass darauf zu verzichten sei, den Akteuren in den Flexibilitätsmärkten Vorgaben hinsichtlich der Höhe des Preises für die Flexibilitätsnutzung zu machen, was explizit auf Gesetzesstufe zu verankern ist. Im Erläuternden Bericht sei auf die Ausführungen zu verzichten, wonach die Verteilnetzbetreiber von den vertraglich zugesicherten Nutzungsberechtigungen möglichst ausgewogen über ihre Vertragspartner hinweg Gebrauch zu machen hätten, ausser wenn grössere Netzprobleme so gelagert seien, dass sie mit gleichmässigen Flexibilitätszugriffen nicht gelöst werden könnten.

Weiter beantragt die WEKO, dass sich die Möglichkeit der Verteilnetzbetreiber, auch ohne Vertrag garantierte Flexibilitäten netzdienlich zu nutzen, auf unmittelbare erhebliche Gefährdungen des sicheren Netzbetriebs beschränken soll, die nicht anders abgewendet werden können. Solche Nutzung haben gegen ein kostendeckendes Entgelt zugunsten des Flexibilitätsinhabers zu erfolgen. Art. 17b^{bis} Abs. 4 Bst. c StromVG sei in diesem Sinne umzuformulieren. Art. 17b^{bis} Abs. 4 Bst. a und b StromVG seien zu streichen. Falls Art. 17b^{bis} Abs. 4 Bst. a StromVG gestrichen wird, ist konsequenterweise auch Abs. 5 Satz 1 zu streichen.

Begründung:

Der einheitliche, liberalisierte Strommarkt soll einen diskriminierungsfreien und liquiden Zugang für alle Marktakteure bieten. Eine Regulierung hinsichtlich der Flexibilitäten sollte klare Regeln für eine diskriminierungsfreie Nutzung des Netzes enthalten mit dem Ziel, die Flexibilitäten dem Markt zur Verfügung zu stellen. Vor diesem Hintergrund begrüsst es die WEKO grundsätzlich, dass die Behandlung von Flexibilitäten sowie die Koordination zur Verhinderung von Nutzungskonflikten aufgrund der Vielzahl der potentiell involvierten Akteure im StromVG verankert werden soll. Aus Sicht des Wettbewerbs sollte in diesem Bereich nur aus zwingenden systembedingten Gründen in den Markt eingegriffen werden. Im Falle der

Beibehaltung der angedachten Regulierung hinsichtlich der einheitlichen Vertragsausgestaltung für Flexibilitäten ohne „grossen“ Netznutzen (Abs. 2) sowie den diversen Möglichkeiten der Verteilnetzbetreiber, Flexibilitäten auch ohne Vertrag mit den Inhabern für sich zu beanspruchen und dem Markt zu entziehen (Abs. 4) wird sich im Bereich der Flexibilitäten nach Auffassung der WEKO kein funktionierender Wettbewerb entwickeln. Insofern würde durch diese neuen regulatorischen Vorgaben aus Sicht des Wettbewerbs eine Verschlechterung gegenüber dem heutigen Zustand drohen.

Ad Abs. 1 und 2:

In Abs. 1 werden mit den Erzeugern, den Endverbrauchern und den Speichern alle aus heutiger Sicht möglichen Flexibilitätsinhaber aufgeführt. Dadurch wird klargestellt, dass nebst den Verteilnetzbetreibern auch weitere Akteure Flexibilitäten zu anderen als netzdienlichen Zwecken erwerben und einsetzen können, was aus Sicht des Wettbewerbs positiv zu bewerten ist. Die Vorgaben in Abs. 1 und 2 basieren auf der Prämisse, dass die Nutzung von Flexibilitäten durch Verteilnetzbetreiber und Dritte *grundsätzlich* mittels Verträgen zwischen den Akteuren *ausgehandelt* werden soll, was einem funktionierenden Wettbewerb dienlich ist.

Zudem begrüsst es die WEKO, dass in Bezug auf vertraglich begründete Flexibilitätsnutzungen gemäss dem Erläuternden Bericht sowohl im StromVG als auch auf Verordnungsstufe keine Regeln hinsichtlich der Höhe der Vergütung angedacht sind.⁴² Solche Vorgaben würden den sich im Entstehen befindenden Wettbewerb im Bereich der Flexibilitäten wesentlich beeinträchtigen. Die Höhe der *auszuhandelnden* Preise soll, eine entsprechende Nachfrage vorausgesetzt, Anreize setzen, Flexibilitäten auszubauen und anzubieten, bzw. aus Sicht der Verteilnetzbetreiber sowie der weiteren potentiellen Nachfrager ebensolche zu beschaffen.

Abs. 2 auferlegt den Verteilnetzbetreibern die Pflicht, den Flexibilitätsinhabern für die erzeugungs- und die verbrauchsseitige Flexibilität je *einheitliche Vertragskonditionen* anzubieten. Gemäss dem Erläuternden Bericht sind die Verteilnetzbetreiber verpflichtet, bei der Ausarbeitung

⁴¹ Als konkretes Beispiel kann auf die bis vor Kurzem geltende sog. „95-Franken-Regel“ der ECom verwiesen werden. Diese Regel wurde zur Bestimmung der anrechenbaren Verwaltungs- und Vertriebskosten inklusive Gewinn als Teil der Kosten der Elektrizitätstarife herangezogen. Aufgrund der in der Anfangszeit nach dem Inkrafttreten des StromVG vorliegenden Informationen stellte die ECom fest, dass sich die Verwaltungs- und Vertriebskosten inklusive Gewinn der Verteilnetzbetreiber im Median bei 74 Franken pro Rechnungsempfänger bewegten. In Anbetracht der ersten Jahre der Datenerhebung und des recht einfachen Verfahrens wurde diese Schwelle auf 95 Franken erhöht. In Tarifprüfungen hinterfragte die ECom deklarierte Kosten inkl. Gewinn unterhalb der Schwelle vom 95 Franken nicht. Im Laufe der Zeit senkten die Verteilnetzbetreiber zwar grösstenteils ihre Kosten, erhöhten aber gleichzeitig aufgrund dieser Vorgabe ihre Gewinne erheblich; vgl. Mitteilung 05/2018 der ECom vom 5. Juli 2018 betreffend die „75-Franken-Regel“; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Weisungen, zuletzt besucht am 06.08.2018.

⁴² Vgl. Erläuternder Bericht, S. 63; Dass der Bundesrat keine Rechtsetzungskompetenz in diesem Bereich erhalten soll, ergibt sich e contrario aus Art. 17b^{bis} Abs. 5 Bst. c StromVG, worin in Zusammenhang mit Preisvorgaben lediglich „Vergütungen für garantierte Nutzungen“ gemäss Abs. 4 aufgeführt werden.

der Verträge zwischen diesen beiden Arten von Flexibilität zu unterscheiden, wobei die Konditionen für beiden Arten je einheitlich sein müssen. Lediglich hinsichtlich der Nutzung von Flexibilität mit „grosser“ Netzdienlichkeit sollen die Verteilnetzbetreiber den Flexibilitätseinhabern individualisierte Verträge anbieten dürfen.⁴³

Die regulatorische Vorgabe hinsichtlich der Ausgestaltung der Verträge führt zu einer Ungleichbehandlung der Flexibilitätseinhaber, indem auf das Kriterium der „grossen“ Netzdienlichkeit abgestellt werden soll. Gemäss dem Erläuternden Bericht erhofft sich das BFE mit dieser Vorgabe, die Flexibilitätseinhaber vor Verteilnetzbetreibern, die sich in einer starken Position befinden, zu schützen.⁴⁴ Durch solche Standardisierungsvorgaben werden jedoch nicht nur potentiell die Verteilnetzbetreiber eingeschränkt, sondern auch die Anbieter bei der Vermarktung ihrer Flexibilität. Es ist im Einzelnen unklar, hinsichtlich welcher Konditionen der Bundesrat bei Flexibilität mit weniger grosser Netzdienlichkeit berechtigt sein soll, Standardisierungsvorgaben für die Ausgestaltung der Verträge zu machen. Der Erläuternde Bericht äussert sich hierzu nicht. Insofern kann nicht nachvollzogen werden, inwiefern Flexibilitätseinhaber dadurch vor sich potentiell (je nach Entwicklung des Wettbewerbs) in einer stärkeren Position befindenden Verteilnetzbetreibern geschützt werden sollen. Aus wettbewerblicher Sicht ist, wenn immer möglich, auf solche Standardisierungsvorgaben, welche die Akteure bei der Vertragsgestaltung einschränken, zu verzichten. Insbesondere erscheint es aus Sicht des funktionierenden Wettbewerbs erforderlich, dass auf regulatorische Vorgaben hinsichtlich der Preisfestsetzung verzichtet wird. Die WEKO beantragt, diesen zentralen Grundsatz für die Gewährleistung des Wettbewerbs explizit auf Gesetzesstufe zu verankern.

Im Erläuternden Bericht wird zudem ausgeführt, das Kriterium der Einheitlichkeit für die vorstehend erwähnten Flexibilitätarten „impliziere“, dass die Verteilnetzbetreiber von den vertraglich zugesicherten Nutzungsberechtigungen *möglichst ausgewogen über ihre Vertragspartner hinweg* Gebrauch zu machen hätten, ausser wenn grössere Netzprobleme so gelagert seien, dass sie mit *gleichmässigen* Flexibilität zugriffen nicht gelöst werden könnten.⁴⁵ Die WEKO beantragt, auf diese Formulierung im Erläuternden Bericht zu verzichten. Diese Vorgabe, die sich nicht aus dem Wortlaut von Art. 17b^{bis} StromVG ableiten lässt, ist insbesondere hinsichtlich der Flexibilitätanbieter nicht wettbewerbsneutral ausgestaltet und würde die Etablierung eines funktionierenden Wettbewerbs behindern, ohne dass dies aus systembedingten Gründen geboten erscheint. Verteilnetzbetreiber sollen diejenigen Flexibilität netzdienlich nutzen, welche die Netzstabilität mit den geringsten Kosten gewährleisten können. Massgeblich für den netzdienlichen Abruf von Flexibilität sollte insofern das jeweilige Kosten-/Nutzen-Verhältnis sein. Im Übrigen sollten die Verteilnetzbetreiber aus Sicht des Wettbewerbs nicht ohne Not mehr netzdienliche Nutzungsberechtigungen vertraglich erwerben, als für die Gewährleistung des sicheren Netzbetriebs erforderlich ist. Ob die Verteilnetzbetreiber berechtigt sind, die Kosten für Flexibilität über die Netznutzungstarife von ihren Endverbraucherinnen und Endverbrauchern einzuholen, richtet sich nach den Vorgaben in Art. 15 Abs. 1 und 2 StromVG.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass in Abs. 5 Bst. b StromVV die Möglichkeit des Bundesrats vorgesehen ist, Schutzbestimmungen zugunsten von Flexibilitätseinhabern bei Verträgen nach Abs. 2 zu erlassen. Insofern könnte der Bundesrat, falls es bei Flexibilitätsnutzungen im Anwendungsbereich von Abs. 2 *tatsächlich* zu Missbräuchen der Verteilnetzbetreiber kommen sollte, welche einem funktionierenden Wettbewerb hinderlich sind, die notwendigen Massnahmen treffen. Zum heutigen Zeitpunkt ist ein solcher regulatorischer Markteingriff, wie er in Abs. 2 vorgesehen ist, mangels konkreter Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten der Verteilnetzbetreiber in den Flexibilitätsmärkten auch aus diesem Grund nicht erforderlich.

Aus diesen Gründen beantragt die WEKO, auf die Anforderung der einheitlichen Vertragsausgestaltung in Bezug auf bestimmte Flexibilitätanbieter zu verzichten.

Ad Abs. 4:

In Abs. 4 werden drei Konstellationen aufgeführt, bei denen die Verteilnetzbetreiber zur *garantierten* Nutzung von Flexibilität auch ohne Vertrag *berechtigt* werden sollen, selbst wenn Nutzungsrechte Dritter oder des Flexibilitätseinhabers entgegenstehen. Die Höhe der Vergütung bei solchen garantierten Nutzungen soll durch den Bundesrat festgelegt werden.⁴⁶

Eine Voraussetzung, dass sich ein Wettbewerb um die Flexibilität und eine effiziente Allokation der Flexibilität entwickeln kann, ist, dass der Anbieter der Flexibilität grundsätzlich selber über deren Nutzung entscheiden kann; d.h. wem er diese in welchem Zeitraum zu welchen Konditionen anbieten will. Ein funktionierender Wettbewerb setzt weiter voraus, dass in genügendem Ausmass Angebot und Nachfrage im Markt vorhanden sind und diese nicht unnötig durch regulatorische Vorgaben eingeschränkt werden. Insofern sind garantierte Nutzungen mit staatlich administrierten Preisen aus Sicht des Wettbewerbs nur unter der Voraussetzung zuzulassen, dass sie aus systembedingten Gründen *zwingend* notwendig sind. Im Übrigen stellt sich aus Sicht der WEKO die grundsätzliche Frage, wie technisch sichergestellt werden könnte, dass ein Verteilnetzbetreiber einseitig auf eine Flexibilität zugreifen kann, wenn ein Dritter die Nutzungsberechtigung vorgängig vertraglich erworben hat und bereits von dieser Gebrauch macht.

⁴³ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 67.

⁴⁴ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 67.

⁴⁵ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 67.

⁴⁶ Art. 17b^{bis} Abs. 5 Bst. c StromVG.

Ad Abregelungen oder Steuerungen von erzeugungsseitigen Flexibilitäten:

Gemäss Bst. a sollen die Verteilnetzbetreiber bei erzeugungsseitigen Flexibilitäten zur Abregelung oder anderen Steuerung eines bestimmten Anteils der Einspeisung berechtigt werden. Im erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass der Bundesrat den massgeblichen Anteil *pro Produktionstechnologie* festlegen werde.⁴⁷ Das Zugriffsrecht in dieser Konstellation begründe sich wirtschaftlich dadurch, dass eine erzeugungsseitige Begrenzung für den Netzbetreiber ein sehr effizientes und einfaches Mittel sei, um einen durch Einspeisespitzen bedingten Netzausbau zu vermeiden. Netzbetreiber sollen deshalb auf dieses Mittel zugreifen können, ohne dies individuell mit jedem Erzeuger zu verhandeln.⁴⁸

Die Abregelung etwa von Erneuerbaren-Energien-Anlagen (nachfolgend: EE-Anlagen) ist eine von mehreren möglichen Flexibilitätsoptionen zur Gewährleistung der Netzstabilität. Die Verteilnetzbetreiber sollten bei Netzengpässen mittels Vertrag und nicht gestützt auf einen einseitigen Eingriff von einer solchen Möglichkeit Gebrauch machen. Auf Verteilnetzebene stellt sich das Auftreten von Netzengpässen je nach Spannungsebene, EE-Zubau und Lastsituation sehr heterogen dar. Einheitliche Vorgaben betreffend für Verteilnetzbetreiber *reservierte* Flexibilitäten, die je nachdem effektiv gar nicht genutzt werden, sind insofern kontraproduktiv. Dadurch wird das Angebot auf dem Flexibilitätsmarkt begrenzt, was einem funktionierenden Wettbewerb hinderlich ist.

Hinzu kommt, dass eine staatliche Preisvorgabe hinsichtlich des Entgelts für garantierte Nutzungen zu Marktverzerrungen zum Nachteil der von solchen Nutzungen konkret betroffenen Flexibilitätsinhaber führen würde. Falls das Ausmass der von den Verteilnetzbetreibern abregel- und steuerbaren Einspeisung sich je nach Produktionstechnologie unterscheiden sollte, was gemäss dem Erläuternden Bericht offenbar beabsichtigt ist⁴⁹, würde dies zu weiteren Ungleichbehandlungen führen, die aus wettbewerblicher Sicht nicht vorteilhaft wären.

Flexibilitäten für die Abregelung oder Steuerung eines bestimmten Anteils der Einspeisung können bereits gestützt auf Abs. 1 und 2 auf dem Markt *vertraglich* erworben werden. Auch mangels einer zeitlichen Dinglichkeit ist der betreffende Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Flexibilitätsinhaber nicht erforderlich. Die WEKO beantragt daher, dass Art. 17b^{bis} Abs. 4 Bst. a StromVG gestrichen wird.

Ad Überbrückungsweise Nutzung von Flexibilitäten:

Weiter sollen Verteilnetzbetreiber gestützt auf Bst. b ohne Vertrag *zur überbrückungsweise* Nutzung von Flexibilitäten berechtigt sein, wenn andere, bereits eingeleitete netzseitige Massnahmen noch nicht greifen.

Gegen die einseitige Nutzungsberechtigung des Verteilnetzbetreibers in einer solchen Situation sprechen sämtliche der zu Bst. a vorgebrachten Argumente. Hinzu kommt, dass die Anforderungen, die an die Ausübung dieser garantierten Nutzung gestellt werden, derart unbestimmt formuliert sind, dass das damit einhergehende Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Bereich der Flexibilitätsmärkte zum heutigen Zeitpunkt nicht abgeschätzt werden kann. Zu den Anforderungen an die Massnahmen zur Problembeseitigung und zur Frage,

wann diese als eingeleitet gelten sollen (Projektlanierung, Gesuchseinreichung, Bewilligung, Baubeginn etc.), finden sich weder im Gesetzesentwurf noch im Erläuternden Bericht Ausführungen. Neuerdings wird im Erläuternden Bericht sogar gänzlich darauf verzichtet, den Sinn und Zweck sowie den Anwendungsbereich von Bst. b näher zu erläutern, obwohl das Sekretariat in der Ämterkonsultation auf den fehlenden Konkretisierungsgrad dieser Bestimmung aufmerksam gemacht hat.⁵⁰ Es wird nun einzig darauf hingewiesen, dass sich der Anwendungsbereich von Bst. b nur schwerlich von jenem nach Bst. c abgrenzen lasse.⁵¹ Mit der vorgesehenen offenen Formulierung würden die Verteilnetzbetreiber einen sehr grossen Handlungsspielraum erhalten, um von garantierten Nutzungen Gebrauch zu machen. Dadurch würden sämtliche Flexibilitätsnachfrager, die nicht Verteilnetzbetreiber sind, benachteiligt, ohne dass dies zur Gewährleistung des sicheren Netzbetriebs zwingend erforderlich ist.

Vor diesem Hintergrund beantragt die WEKO, dass auf die Möglichkeit zur garantierten Nutzung gemäss Art. 17b^{bis} Abs. 4 Bst. b StromVG verzichtet wird.

Ad unmittelbare Gefährdung des sicheren Netzbetriebs:

Eine Berechtigung zur garantierten Nutzung von Flexibilitäten kommt aus Sicht der WEKO einzig in Betracht, falls dadurch eine *unmittelbare* Gefährdung des sicheren Netzbetriebs abgewendet werden könnte (Bst. c). In einer solchen Konstellation sollte der Verteilnetzbetreiber dem betroffenen Flexibilitätsinhaber allerdings in jedem Fall ein Entgelt entrichten.

Aufgrund eines solchen Eingriffs des Verteilnetzbetreibers in die Stromflüsse entsteht dem Flexibilitätsinhaber ein Schaden; und zwar unabhängig davon, ob der Verteilnetzbetreiber die unmittelbare Gefährdungslage auf andere Weise hätte abwenden können. Zumindest dieser finanzielle Schaden sollte dem Flexibilitätsinhaber vom Verteilnetzbetreiber als Entgelt erstattet werden. Andernfalls wird der Flexibilitätsinhaber gegenüber Konkurrenten im Markt benachteiligt. Andere Flexibilitätsanbieter, die an ein Verteilnetz angeschlossen sind und bei denen der Verteilnetzbetreiber *nicht* mittels garantierter Nutzungen eingreift, können ihre Flexibilitäten ohne Einschränkungen auf dem Markt gegen Entgelt anbieten.

Hätte der Verteilnetzbetreiber eine unmittelbare Gefährdungslage auf andere Art und Weise abwenden können und nutzt er eine Flexibilität ohne vertragliche Berechtigung, stellt sich die Frage, ob er die betreffenden Kosten in die Netznutzungstarife einrechnen kann. Dies ist von der EICom anhand der regulatorischen Vorgaben in Art. 15 StromVG zu beurteilen, kann aber als Kriterium, ob der Flexibilitätsinhaber nach einem solchen Eingriff ein Entgelt zugute hat, nicht massgeblich sein. Die WEKO beantragt daher, Art. 17b^{bis} Abs. 4 Bst. c StromVG im Sinne der vorstehenden Ausführungen umzuformulieren.

⁴⁷ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 68.

⁴⁸ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 64 f.

⁴⁹ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 68.

⁵⁰ Stellungnahme des Sekretariats vom 6. August 2018 in der Ämterkonsultation zur Revision StromVG, S. 22.

⁵¹ Erläuternder Bericht, S. 68.

Ad Art. 18 Abs. 7 StromVG

Im Gesetzesentwurf ist vorgesehen, dass die Anforderungen hinsichtlich der personellen Entflechtung bei der Swissgrid AG erhöht werden sollen. Es soll den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung untersagt sein, Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung oder -handel ausüben, oder in einem Dienstleistungsverhältnis zu solchen juristischen Personen zu stehen.

Dadurch wird das Risiko von Interessenkonflikte bei den Entscheidungsträgern der Swissgrid AG minimiert und deren von der Elektrizitätsbranche gestärkt, was aus Sicht eines funktionierenden Wettbewerbs in den betreffenden Märkten zu begrüssen ist.

Ad Art. 22 Abs. 2 StromVG

Antrag:

Die WEKO beantragt, Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG dahingehend umzuformulieren, dass die Verrechnungsmessung von der Zuständigkeit der EICom ausgenommen ist. Zusätzlich zu den genannten Bereichen sei die Zuständigkeit der EICom auf die Ersatzversorgung für Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh auszudehnen.

Weiter beantragt die WEKO, dass die Zuständigkeit der EICom zur Abänderung von missbräuchlichen Konditionen in der Ersatzversorgung gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. c StromVG auf Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von über 100 MWh beschränkt wird. Im Erläuternden Bericht sei darauf hinzuweisen, dass die Zuständigkeit der WEKO gestützt auf das Kartellgesetz durch die Zuständigkeit der EICom in Art. 22 Abs. 2 Bst. c StromVG nicht tangiert wird und die Formulierung, wonach alleine die EICom zuständig sein soll, sei zu streichen.

Art. 22 Abs. 2 Bst. f StromVG sei zu streichen.

Begründung:

In Art. 22 Abs. 2 StromVG wird für bestimmte Bereiche (Bst. c und Bst. d Ziff. 2) eine „Missbrauchskontrolle“ durch die EICom eingeführt. Aufgrund der Gesetzessystematik ergibt sich, dass sich diese Kontrolle von der Überprüfung der anrechenbaren Netzkosten sowie der Angemessenheitsprüfung der Elektrizitätstarife unterscheiden soll.

Um allfällige Konsequenzen für den Wettbewerb durch die in Art. 22 Abs. 2 StromVG enthaltenen Vorgaben hinsichtlich des Prüfungsmassstabs abschliessend einschätzen zu können, ersuchen wir Sie, die wesentlichen inhaltlichen Unterschiede zwischen den Prüfungen gemäss Bst. a und b sowie der angedachten Missbrauchskontrolle im Erläuternden Bericht vertiefter darzustellen.

Gemäss dem Erläuternden Bericht stellt die Überprüfung der Angemessenheit der Elektrizitätstarife eine „verschärfte Missbrauchsaufsicht“ dar, um Endverbraucherinnen und Endverbraucher (vor allem Haushalte, die wenig wechselwillig sind) angemessen vor erheblichen preislichen Benachteiligungen zu schützen.⁵² Demgegenüber würde sich die Überprüfung von missbräuchlichen Konditionen bei Vorliegen von Marktmacht mangels anderer

Anforderungen im StromVG wohl nach den Beurteilungskriterien in Art. 13 PüG⁵³ richten. Insofern wären etwa die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten (Bst. a) sowie die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne (Bst. b) zu berücksichtigen. Insbesondere vor dem Hintergrund der momentan angedachten Regulierungsvorgaben in Art. 6 StromVG, wonach den Verteilnetzbetreibern bei der Festsetzung der angemessenen Elektrizitätstarife ein Toleranzband zugestanden werden soll, ist es aus Sicht der WEKO fraglich, ob an die Missbrauchskontrolle tatsächlich weniger strenge Anforderungen gestellt werden als an die Angemessenheitsprüfung.

Ad Zuständigkeit EICom im Bereich der Tarife (Bst. b):

In Bezug auf Art. 7 StromVG beantragt die WEKO, dass grundversorgungsberechtigte Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Ersatzversorgung vom lokal zuständigen Verteilnetzbetreiber nicht zu schlechteren Konditionen als den Elektrizitätstarifen in der Grundversorgung beliefert werden sollen. In Bezug auf die Überprüfung der Preise in der Grundversorgung ist eine Angemessenheitsprüfung durch die EICom vorgesehen. Bei Berücksichtigung unseres Antrags zu Art. 7 StromVG ist hinsichtlich der Preiskonditionen der Ersatzversorgung für grundversorgungsberechtigte Endverbraucherinnen und Endverbraucher somit ebenfalls eine Angemessenheitsprüfung durchzuführen. Daher beantragt die WEKO, die Ersatzversorgung für Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh in die Zuständigkeiten der EICom gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG aufzunehmen.

Betreffend Art. 17a StromVG spricht sich die WEKO für die vollständige Marktöffnung im Bereich der Verrechnungsmessung aus. Bei Berücksichtigung dieses Antrags ist die Verrechnungsmessung liberalisiert. Die EICom wäre für diesen Bereich nicht mehr zuständig, sondern der Preisüberwacher und die WEKO gestützt auf das PüG respektive das KG. Bei Berücksichtigung dieses Antrags ist die Verrechnungsmessung in Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG zu streichen.

Ad Zuständigkeit der EICom im Bereich der Ersatzversorgung ohne staatliche Preisordnung (Bst. c):

Aufgrund der Anträge der WEKO zu Art. 7 und Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG ist die Zuständigkeit der EICom in diesem Bereich auf die Ersatzversorgung von *nicht* grundversorgungsberechtigten Endverbraucherinnen und Endverbrauchern zu beschränken.

Im Erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass die EICom bei Bedarf befugt sei, missbräuchliche Konditionen in der Ersatzversorgung abzuändern. Die Ersatzversorgung unterliege keiner staatlichen Preisordnung. Missbrauche der Verteilnetzbetreiber aber seine Alleinstellung als Ersatzversorger, sei gestützt auf Art. 22 Abs. 2 Bst. c StromVG *einzig* die EICom befugt, unangemessene Geschäftsbedingungen, vor allem Preismissbräuche, zu unterbinden.⁵⁴

⁵² Erläuternder Bericht, S. 31.

⁵³ Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20).

⁵⁴ Erläuternder Bericht, S. 53.

Die WEKO beantragt, dass Art. 22 Abs. 2 Bst. c StromVG so ausgestaltet wird, dass die Zuständigkeit in diesem Bereich nicht einzig bei der ECom verbleibt. Auf die anderslautende Formulierung im Erläuternden Bericht sei deshalb zu verzichten. Damit wäre sichergestellt, dass die WEKO in diesem Bereich, der keiner staatlichen Preisordnung unterliegen soll, gestützt auf das Kartellgesetz tätig werden kann. Sollte in einem konkreten Fall ein Verteilnetzbetreiber seine marktbeherrschende Stellung missbrauchen, um gegenüber einer Endverbraucherin oder einem Endverbraucher beispielsweise unangemessene Preise oder sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen zu erzwingen, könnte dieser von der WEKO mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes sanktioniert werden.⁵⁵ Derartige einschneidende Möglichkeiten hätte die ECom basierend auf dem Gesetzesentwurf nicht. Während die ECom gestützt auf das StromVG aktiv werden kann, um eine Endverbraucherin oder einen Endverbraucher in der Ersatzversorgung vor übermässigen Preisen zu schützen, soll ein Tätigwerden der WEKO gestützt auf das Kartellgesetz volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung fördern⁵⁶. Insofern unterscheiden sich die jeweils geschützten Rechtsgüter.

Ein Nebeneinander der Zuständigkeiten verschiedener Behörden im Kontext mit den Zuständigkeiten der WEKO gestützt auf das Kartellgesetz ist nichts Aussergewöhnliches: So kann etwa versucht werden, einen Durchleitungsanspruch entweder gestützt auf Art. 13 RLG oder gestützt auf Art. 7 KG durchzusetzen.⁵⁷ Weitere parallele Zuständigkeiten bestehen etwa im Bereich der Fernmeldegesetzgebung.⁵⁸

Ad Zuständigkeit ECom im Bereich der Speicherreserve (Bst. f):

Die WEKO beantragt, dass auf die Einführung einer fixen Speicherreserve in Art. 8c StromVG zu verzichten sei. Sollte dieser Antrag berücksichtigt werden, ist konsequenterweise auch Art. 22 Abs. 2 Bst. f StromVG zu streichen.

⁵⁵ Art. 7 und Art. 49a Abs. 1 KG.

⁵⁶ Vgl. Art. 1 KG.

⁵⁷ Vgl. BBl 2013 7561, 7719.

⁵⁸ Vgl. Art. 11a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; 784.10).

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	1. Urteil vom 3. Mai 2018 - Verfügung der Wettbewerbskommission vom 20. Juni 2016 betreffend Publikation

Urteil B-5114/2016 des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Mai 2018 in Sachen X. AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz – Verfügung der Wettbewerbskommission vom 20. Juni 2016 betreffend Publikation

Sachverhalt:

A.

Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 Kartellgesetz (KG, SR 251) betreffend Abreden über Rabatte und Pauschalabzüge beim Vertrieb von Neufahrzeugen der Marken des [...]Konzerns [...] im Einzelhandelsverkauf, dies nachdem die Y. AG am 3. April 2013 eine Selbstanzeige eingereicht hatte. Die Untersuchung richtete sich gegen die Y. AG, die A. AG, die B. AG, die X. AG und die C. AG.

B.

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 (nachfolgend: Sanktionsverfügung) stellte die Wettbewerbskommission (Vorinstanz, WEKO) fest, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vorliege und verhängte eine Sanktion gegen die X. AG (Beschwerdeführerin) und drei andere Unternehmen. Gegen diese Sanktionsverfügung erhob die Beschwerdeführerin am 4. Dezember 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses Verfahren ist noch hängig.

C.

Gegenüber der Y. AG wurde das Verfahren in einer separaten Verfügung mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen und durch einen Vizepräsidenten der WEKO mit Verfügung vom 8. August 2014 genehmigt. Darin wurde zugleich festgestellt, dass die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass einer Sanktion aufgrund der Selbstanzeige erfüllt sind. Gegen diese Verfügung erhob unter anderem die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil B-5290/2014 vom 13. April 2016 stellte dieses die Nichtigkeit der Verfügung vom 8. August 2014 fest, da sie nicht durch die Vorinstanz als Gesamtgremium erlassen worden war. Am 6. Juni 2016 erliess die WEKO eine Verfügung, mit der sie die von der Y. AG mit dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung genehmigte. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 23. August 2016 Beschwerde. Mit Urteil vom 3. Mai 2018 ist das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht eingetreten.

D.

Im Begleitschreiben zur Sanktionsverfügung vom 28. Oktober 2015 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin ihre Absicht mit, die Verfügung in der Reihe „Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)“ zu publizieren und forderte sie auf, ihr bis am 30. November 2015 mitzuteilen, ob die Verfügung Geschäftsgeheimnisse enthalte, welche anlässlich der Veröffentlichung abgedeckt werden müssten.

Mit Schreiben vom 26. November 2015 und 4. Januar 2016 ersuchte die Beschwerdeführerin um Fristerstreckung für ihre Antwort bis 18. Januar 2016. Die Vorinstanz gewährte ihr eine Nachfrist bis 11. Januar 2016.

Am 11. Januar 2016 reichte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz eine Eingabe mit bezeichneten Textstellen ein, welche ihrer Ansicht nach Geschäftsgeheimnisse enthielten.

Mit Schreiben vom 2. März 2016 übermittelte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Publikationsversion der Verfügung vom 19. Oktober 2015, in welcher diejenigen Textstellen entfernt worden waren, für die nach Ansicht des Sekretariats ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht. Gleichzeitig setzte sie der Beschwerdeführerin Frist bis 18. März 2016, um ihr mitzuteilen, ob sie an den von der Vorinstanz nicht berücksichtigten Bezeichnungen als Geschäftsgeheimnisse festhalten wolle und dies entsprechend für jede Passage zu begründen. Sie stellte in Aussicht, dass sie nach unbenutztem Fristablauf davon ausgehe, dass die Beschwerdeführerin mit der Veröffentlichung der Verfügung in der vorgeschlagenen Version einverstanden sei.

Am 16. März 2016 beantragte die Beschwerdeführerin eine weitere Fristverlängerung um 30 Tage; die Vorinstanz räumte ihr eine solche bis 18. April 2016 ein. Mit Eingabe vom 18. April 2016 machte die Beschwerdeführerin geltend, dass die am 2. März 2016 durch die Vorinstanz versendete Publikationsversion der Verfügung vom 19. Oktober 2015 insgesamt 410 Randziffern hatte, während die Version vom 11. Januar 2016 411 Randziffern aufgewiesen habe. Aus diesem Grund ersuchte sie die Vorinstanz um Klärung der Frage, welche der beiden Versionen „tatsächlich und rechtlich“ gelte. Bis zur Klärung dieser Frage hätten alle Passagen als Geschäftsgeheimnisse zu gelten, welche die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 11. Januar 2016 als solche deklariert habe.

Mit Schreiben vom 21. April 2016 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin innerhalb der angesetzten Frist nicht mitgeteilt habe, ob sie mit der ihr zuge-

stellten Publikationsversion der Verfügung vom 19. Oktober 2015 einverstanden sei. Demzufolge gehe sie davon aus, dass die Beschwerdeführerin an der in ihrer Eingabe vom 11. Januar 2016 als Geschäftsgeheimnis bezeichneten Textstellen festhalte. Entsprechend werde sie demnächst eine kostenpflichtige Verfügung zur Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse und zur Publikation erlassen. Gleichzeitig teilte die Vorinstanz mit, dass sich die beiden Versionen der Sanktionsverfügung nicht unterscheiden würden. Die erste Version enthalte lediglich einen unbeabsichtigten Paragrafenbruch. Dieser offensichtliche Tippfehler habe keine Bedeutung hinsichtlich der Rechtmässigkeit der Verfügung vom 19. Oktober 2015 und/oder Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen.

Mit Eingabe vom 11. Mai 2016 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass sie erneut Stellung zur Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse nehmen werde. Des Weiteren erkundigte sich die Beschwerdeführerin über das weitere Vorgehen der Vorinstanz, insbesondere im Zusammenhang mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5290/2014 vom 13. April 2016, in welchem die Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 zur einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und der Y. AG, welche durch einen Vizepräsidenten der Vorinstanz genehmigt worden war, für nichtig erklärt wurde.

Mit Schreiben vom 12. Mai 2016 informierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin über das weitere Vorgehen.

E.

Am 20. Juni 2016 erliess die Vorinstanz folgende Verfügung (nachfolgend: Publikationsverfügung):

„1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2015 betreffend die Untersuchung [...] wird in der Version veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.

2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 2'580.- werden der X. _____ AG auferlegt.“

Die Vorinstanz weist in der angefochtenen Verfügung insbesondere darauf hin, dass die Voraussetzungen für die Qualifikation einer Tatsache als Geschäftsgeheimnis zwar auch von der publizierenden Behörde zu prüfen seien. Es sei aber in erster Linie an einem potentiellen Geschäftsgeheimnisherrn, das Vorliegen dieser Voraussetzungen darzulegen. Die Beschwerdeführerin hätte in ihrer Antwort vom 11. Januar 2016 Schwärzungen beantragt, ohne jedoch zu begründen, weshalb diese als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren wären. Das Sekretariat habe die Verfügung vom 19. Oktober 2015 aufwändig selbst bereinigt und die Informationen entfernt, welche aus seiner Sicht Geschäftsgeheimnisse darstellen könnten, und diese Version der Beschwerdeführerin zugestellt, damit diese allenfalls weitere Geschäftsgeheimnisse bezeichnen könne. Weder in ihrer Eingabe vom 11. Januar 2016 noch in jener vom 18. April 2016 habe die Beschwerdeführerin begründet, weshalb die von ihr abgedeckten Verfügungsteile als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren wären. Sie hätte die von ihr geltend gemachten Rechte begründen müssen, zumindest soweit diese für die Behörde nicht ohne Weiteres erkennbar seien.

F.

Mit Beschwerde vom 23. August 2016 gelangt die Beschwerdeführerin an das Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Anträgen:

„1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 20. Juni 2016 aufzuheben.

2. Es sei der Vorinstanz die Publikation der dem Entscheid vom 20. Juni 2016 beigelegten Verfügung vom 19. Oktober 2015 infolge rechtskräftiger Nichtigkeit der ihr zugrundeliegenden Verfügung vom 8. August 2014 zu untersagen.

3. Eventualiter sei der Vorinstanz die Publikation der Verfügung vom 19. Oktober 2015 in der gemäss der von der Beschwerdeführerin beigelegten Fassung zu gestatten.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, die zur Publikation beabsichtigte Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 leide an einem nicht heilbaren Mangel. Überdies sei im Zuge des Erlasses der angefochtenen Verfügung das rechtliche Gehör verletzt worden, es bestehe kein öffentliches Interesse an der Publikation der Sanktionsverfügung und eine Publikation würde die Geschäftsgeheimnisse sowie die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin verletzen.

G.

Mit Stellungnahme vom 14. November 2016 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie bringt dabei insbesondere vor, die Argumente der Beschwerdeführerin betreffend die angebliche Nichtigkeit der Sanktionsverfügung würden über den Gegenstand der angefochtenen Verfügung hinausgehen. Des Weiteren führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin sei mehrmals darum ersucht worden, sich zur Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse zu äussern. Somit habe keine Verletzung des rechtlichen Gehörs stattgefunden. Zudem bestehe ein öffentliches Interesse daran, die Begründung des Entscheids der WEKO zu veröffentlichen, da die Eröffnung und der Abschluss der Untersuchung bereits der Öffentlichkeit mitgeteilt worden seien und Medien und Onlineportale über den Fall berichtet hätten.

Betreffend den Eventualantrag der Beschwerdeführerin, wonach die Publikation in der der Beschwerde beigelegten Fassung zu erfolgen habe, bringt die Vorinstanz vor, dass die Beschwerdeführerin, wie bereits in ihrem Schreiben vom 11. Januar 2016, Teile der Sanktionsverfügung abgedeckt und als Geschäftsgeheimnis qualifiziert habe, ohne dies zu begründen. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin würden sich auf keine einzige konkrete Textpassage beziehen und nur in genereller Weise vorgebracht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen

ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 135 II 38 E. 4.3 mit Hinweisen).

1.2 Die amtliche Publikation einer Verfügung zählt zum tatsächlichen Verwaltungshandeln und ist nicht als solche anfechtbar (sog. Realakt; Art. 25a Abs. 1 VwVG; vgl. Urteil des BGer vom 26. Mai 2016 2C_1065/2014 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 142 II 268; Urteile des BVer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 1.1 „Nikon AG“ und B-4221/2008 vom 28. September 2009 E. 6.2 „Arkosol AG“). Eine anfechtbare Verfügung aber ergeht, wie im vorliegenden Fall, wenn sich die Behörde und eine Partei, die davon in ihren schutzwürdigen Interessen berührt ist, über die Form oder Art der Publikation nicht einigen können (Art. 25a Abs. 2 VwVG). Die angefochtene Publikationsverfügung ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG, welche die Beschwerdeführerin zur Duldung der Publikation im verfügten Umfang verpflichtet.

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt.

1.4 Die Beschwerdelegitimation in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach Art. 48 VwVG. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Publikationsverfügung zur Beschwerde legitimiert (vgl. Urteile des BVer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 1.1 „Nikon AG“, B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 1.5 [...] und B-7768/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 1 [...]).

1.5 Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

1.6 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Mit der Beschwerde können die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin stellt den Hauptantrag, eine Publikation der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 sei zu untersagen. In der Begründung macht sie geltend, mit dem Urteil B-5290/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016, welches die Nichtigkeit der Verfügung der WEKO vom 8. August 2014 festgestellt habe, entfalle die Grundlage der Sanktionsverfügung. Eine nichtige Verfügung entfalte keinerlei Rechtswirkungen und ihr gehe jede Verbindlichkeit ab, womit sie auch nicht rechtmässige Grundlage für einen späteren, darauf basierenden Entscheid sein könne.

Die Vorinstanz führt hierzu aus, die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente in Bezug auf die angebliche Nichtigkeit und fehlende rechtmässige Grundlage der Verfügung vom 19. Oktober 2015 gingen über den Gegenstand der angefochtenen Verfügung (nämlich

die Publikation der Verfügung vom 19. Oktober 2015) hinaus. Im Übrigen stütze sich die Verfügung vom 19. Oktober 2015 in keiner Weise auf die Verfügung vom 8. August 2014, die mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes für nichtig erklärt worden sei.

3.2 Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden, d.h. u.a. die WEKO und ihr Sekretariat, ihre Entscheide veröffentlichen; sofern ein genügendes Interesse besteht, sind diese zu veröffentlichen. Entscheide sind auch Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. BGE 142 II 271 E.4.2.2. mit Hinweisen), wie im vorliegenden Fall. Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen aber keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG).

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Publikation der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015. Mit Beschwerde kann einerseits die Publikation als solche in Frage gestellt und andererseits auch, ob die vom Beschwerdeführer bezeichneten Textstellen Geschäftsgeheimnisse betreffen und nicht publiziert werden dürfen (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.3). Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach mit dem Urteil B-5290/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 die Grundlage der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 entfalle, nehmen nicht Bezug auf die Publikationsverfügung der WEKO, sondern sie stellen die Rechtmässigkeit der Sanktionsverfügung in Frage. Das Bundesgericht hat im Urteil „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. Dies gilt auch für dieses Verfahren: Angefochten ist die Publikationsverfügung und es ist nicht der Ort, über die materielle Begründetheit der Sanktionsverfügung zu urteilen (vgl. Urteil des BVer B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 5.1 [...]). Nicht anders verhält es sich, wenn die Rechtsbeständigkeit der Sanktionsverfügung in Frage gestellt wird (vgl. BGE 142 II 267 E. 4.2.5.4). Auf diesbezügliche Rügen der Beschwerdeführerin ist hier nicht einzugehen.

3.3 Die Beschwerdeführerin rügt sodann eine Verletzung von Art. 30 KG und macht geltend, die separat verhandelte Vereinbarung der Vorinstanz mit der Y. AG, letztere aus dem Verfahren zu entlassen, sei unzulässig. Da die Untersuchung gegenüber fünf Parteien eröffnet worden sei, müsse sie gemäss Art. 30 KG auch gegenüber allen Verfahrensparteien mit einer einzigen Verfügung abgeschlossen werden. Die Vorinstanz habe sich mit ihren Teilverfügungen bzw. Teilentscheiden über diese Vorgaben hinweggesetzt.

3.4 Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Die Beschwerdeführerin bezieht sich mit diesem Argument wiederum auf die einvernehmliche Regelung zwischen der Vorinstanz und der Y. AG, welche mit einer separaten Verfügung abgeschlossen wurde. Wie bereits erwähnt, ist Gegenstand

des vorliegenden Verfahrens die Publikation der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015. Die Frage der Zulässigkeit von Teilentscheiden ist nicht im Rahmen dieses Verfahrens - bei welchem zu beurteilen ist, ob die einzelnen Ausführungen in der Sanktionsverfügung Geschäftsgeheimnisse betreffen und daher nicht publiziert werden dürfen - zu prüfen. Deshalb ist auch auf dieses Argument der Beschwerdeführerin im Rahmen der vorliegenden Beschwerde nicht einzugehen (vgl. Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.3, nicht publ. in: BGE 142 II 268).

4.

4.1 Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und macht geltend, ihr sei vor Erlass der angefochtenen Verfügung keine Gelegenheit gegeben worden, dazu Stellung zu nehmen. Nach dem Entscheid B-5290/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 habe sie sich mit Schreiben vom 11. Mai 2016 erkundigt, wie die Vorinstanz weiter vorgehen werde und erklärt, sie werde - wie von der Vorinstanz gewünscht - erneut Stellung zur Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse nehmen. Die Vorinstanz habe dieses Gesuch jedoch ignoriert und ihr keine Frist für die Einreichung einer Stellungnahme zur Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse eingeräumt. Schliesslich habe die Vorinstanz auch nicht anderweitig auf den Erlass einer Verfügung hingewiesen. Auch aufgrund des Bundesgerichtsurteils 2C_1065/2014 i.S. Nikon vom 26. Mai 2016 hätte ihr die Vorinstanz nach Treu und Glauben Gelegenheit geben sollen, auf diese neue Rechtsprechung einzugehen.

4.2 Die Parteien haben gemäss Art. 29 Abs. 2 BV Anspruch auf rechtliches Gehör. Nach Art. 30 VwVG muss die Behörde die Parteien anhören, bevor sie verfügt. Es genügt jedoch, dass sich eine Partei zu allen relevanten Fragen in einem einzigen Verfahrensschritt äussern kann. Es besteht kein Anspruch darauf, mehrmals Gelegenheit zur Äusserung und Stellungnahme zu erhalten, wenn sich eine Sachverhaltsfrage immer wieder gleich stellt; der Gehörsanspruch erschöpft sich in der einmaligen Äusserung zu einem bestimmten Problem (vgl. Urteile des BGer 8C_589/2014 vom 16. Juni 2015 E. 5.1.1.1 und 5P.182/2001 vom 30. Juli 2001 E. 3; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 2016, Art. 30 VwVG, Rz. 36).

4.3 Die Beschwerdeführerin wurde von der Vorinstanz mit Zustellung der Sanktionsverfügung am 28. Oktober 2015 sowie mit Schreiben vom 2. März 2016 dazu aufgefordert, die Textstellen zu bezeichnen, welche ihrer Ansicht nach Geschäftsgeheimnisse darstellen. Die Vorinstanz machte die Beschwerdeführerin überdies darauf aufmerksam, dass sie eine kostenpflichtige Verfügung erlassen würde, sollte sie auf der Abdeckung gewisser strittiger Textstellen bzw. Passagen bestehen. Die Beschwerdeführerin hatte somit mehrmals Gelegenheit, sich zu allfälligen Geschäftsgeheimnissen zu äussern.

4.4 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin war die Vorinstanz nicht gehalten, ihr eine weitere Frist einzuräumen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

5.

5.1 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 Transparenzgebot im Kartellrecht (vgl. Urteil des BVer B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.2 [...]; NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Art. 49 KG, Rz. 4; Tercier/Martenet, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, 2. Aufl., Art. 49 KG, Rz. 5).

Die Vorinstanz hat sich in ihrem Geschäftsreglement selber die Aufgabe erteilt, Grundsätze der Informationspolitik der Wettbewerbsbehörden festzulegen (Art. 33 Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 [Geschäftsreglement WEKO, SR 251.1]; vgl. JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 49, Rz. 1 ff.; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 49, Rz. 4 ff.), solche aber, wie im „Merkblatt: Geschäftsgeheimnisse“ vom 30. April 2008 (abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2008/12/Merkblatt_Geschäftsgeheimnisse_2008.pdf.download.pdf/Merkblatt_Geschäftsgeheimnisse_2008.pdf, abgerufen am 14. Mai 2018), erst punktuell verabschiedet.

Die Vorinstanz veröffentlicht Verfügungen und andere Erlasse seit 1997 in der RPW, die sie als „Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik“ und als „Publikationsorgan der Schweizerischen Wettbewerbsbehörden“ bezeichnet. Auch wenn die Verfügungen angefochten werden, werden sie im Regelfall dennoch bereits publiziert, bevor sie rechtskräftig beurteilt sind, und dies selbst dann, wenn sie im Rechtsmittelweg später aufgehoben werden.

Die Vorinstanz macht ihre Sanktionsverfügungen vor der Publikation in der RPW regelmässig auch als Medienmitteilung auf ihrer Internetseite zugänglich. Bei dieser Veröffentlichung wird neuerdings darauf hingewiesen, dass der Entscheid der Vorinstanz an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden kann (z.B. Medienmitteilung vom 21. Dezember 2017 betreffend Verfügung i.S. Submissionsabreden im Engadin, abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-69339.html>, abgerufen am 14. Mai 2018).

5.2 Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen; sie sind dazu ermächtigt, aber nicht verpflichtet (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG, Nr. 94.100; BBl 1995, 468 ff., 618; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 48, Rz. 1 ff.; STEFAN KOLLER, in: Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, Art. 48, Rz. 1; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 48, Rz. 7). Die Vorinstanz sieht in ihrem Geschäftsreglement vor, dass Endverfügungen publiziert werden (Art. 35 Abs. 1

Geschäftsreglement WEKO). Der Gegenstand der Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 KG betrifft ganze Entscheide (Verfügungen) und nicht einzelne Passagen. Der Entscheid über die Publikation liegt im Ermessen der Wettbewerbsbehörden. Unter Art. 48 KG ist somit zu prüfen, ob der Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation einer Verfügung insgesamt angemessen ausgeübt wurde. Ist dies der Fall, stehen dem Einzelnen noch die gesetzlich vorgesehenen Garantien zur Verfügung, um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert wird. Dazu gehört namentlich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen gemäss Art. 25 Abs. 4 KG (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.6).

6.

Die Publikation von Entscheiden der WEKO hat mehrere Zwecke:

Erstens haben die Entscheide der Vorinstanz einen Einfluss auf das Wirtschaften der Unternehmer. Durch die Veröffentlichung können diese ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten. Insbesondere vor dem Hintergrund der geringen Anzahl höchstrichterlicher Entscheide und der langen Verfahrensdauer sowie der Tatsache, dass nicht jede strittige Frage richterlich beurteilt wird, ist dies besonders wichtig. Die Publikation dient somit der Prävention und der Rechtssicherheit (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.1).

Zweitens fördert die Veröffentlichung von Verfügungen der Vorinstanz die Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, namentlich über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2).

Drittens sollen durch die Publikation die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten Behörden über die Praxis der Vorinstanz informiert werden. Dies betrifft insbesondere kantonale Behörden für zivilrechtliche Kartellverfahren (Art. 12 ff. KG) und Verwaltungsverfahren in mit dem Kartellrecht verwandten Rechtsgebieten (z.B. im Rahmen des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 [BGBM, SR 943.02]; vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.3).

Sinn und Zweck der Veröffentlichung von Entscheiden der Vorinstanz decken sich somit im Wesentlichen mit dem Sinn und Zweck der Publikation gerichtlicher Entscheide. Der Gesetzgeber erachtet eine Parallelität der Veröffentlichung von Entscheiden der Vorinstanz und der Gerichte als notwendig, um schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und dadurch wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können. Er nimmt dabei in Kauf, dass veröffentlichte Verfügungen der Wettbewerbsbehörden zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben oder korrigiert werden können (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.4; PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Publikation gerichtlicher Entscheide, in: Kettiger/Sägesser [Hrsg.], Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, 2011, S. 69 ff., 70).

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es bestehe kein öffentliches Interesse an der Publikation einer (nichtigen) Verfügung. Art. 48 Abs. 1 KG sei eine „Kann-Vorschrift“ und die Vorinstanz daher nicht verpflichtet, ihre Entscheide zwingend in jedem Fall zu veröffentlichen.

Zum einen sei durch die Publikation keine Präventionswirkung zu erkennen, da der vorliegende Sachverhalt nicht in den Geltungsbereich des KG falle, die angefochtene Verfügung auf einer nichtigen Verfügung beruhe und zahlreiche Verfahrensfehler begangen worden seien. Zum anderen bestehe kein Bedürfnis nach Transparenz der Verwaltungstätigkeit, da sowohl die gesetzeswidrige Sachverhaltsermittlung als auch die falsche materielle Rechtsanwendung offensichtlich seien. Vielmehr würde eine Publikation nur zu massiver Unsicherheit bei Wirtschaftsteilnehmern und Behörden führen.

Was zunächst die Kritik der Beschwerdeführerin bezüglich der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 betrifft, ist auf die vorangehenden Erwägungen 3.2 zu verweisen.

Die Beschwerdeführerin rügt somit sinngemäss eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. 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. Das Kriterium der Eignung verpflichtet das Verwaltungshandeln auf die Erreichung des anvisierten öffentlichen Interesses (definiert die „Präzision staatlichen Handelns“). Die Erforderlichkeit gebietet, eine Massnahme so zu bemessen, dass der angestrebte Zweck nicht auch mit einer mildereren Massnahme erreicht werden könnte („Intensität staatlichen Handelns“). 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 (Urteil des BVerfG B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.5 [...]).

7.2

7.2.1 Zwar ist es zutreffend, dass Art. 48 Abs. 1 KG eine „Kann-Vorschrift“ darstellt. Unter dieser Bestimmung ist jedoch lediglich zu prüfen, ob der Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation einer Verfügung insgesamt angemessen ausgeübt wurde (vgl. E. 5.1). Sinn und Zweck der Publikation von Entscheiden der Vorinstanz decken sich dabei mit dem gerichtlicher Entscheide (vgl. E. 5.1).

7.2.2 Die Eignung der Publikation zur Zweckerreichung steht ausser Frage (vgl. E. 6). Auch konnte die Beschwerdeführerin nicht überzeugend darlegen, inwiefern die entgegenstehenden Interessen in keinem vernünftigen Verhältnis zur Zweckerreichung stehen sollten. Die Publikation ist geeignet und erforderlich, um die Prävention und Rechtssicherheit sicherzustellen, die Transparenz der Verwaltungsaktivitäten zu fördern und die mit Wirtschaftsfragen befassten Behörden zu informieren (vgl. E. 6). Schliesslich vermag die Beschwerdeführerin nicht darzulegen und es ist auch sonst nicht ersichtlich, inwiefern die Publikation nicht zumutbar wäre, bzw. inwiefern die entgegenstehenden Interessen der Beschwerdeführerin überwiegen würden.

7.2.3 Gleich verhält es sich bezüglich des Vorwurfs, die Vorinstanz hätte ihren Ermessensspielraum betreffend

die Publikation nicht angemessen ausgeübt. In ihrer Begründung richtet sich die Beschwerdeführerin weniger gegen einzelne Aussagen in der Sanktionsverfügung, welche ihrer Ansicht nach Geschäftsgeheimnisse betreffen, als vielmehr gegen den Inhalt der Sanktionsverfügung, welche ihrer Ansicht nach fehlerhaft ist. Sie verkennt dabei, dass der Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 48 Abs. 1 KG in Kauf genommen hat, dass bei nicht letztinstanzlichen gerichtlichen Entscheiden stets das Risiko besteht, dass eine höhere Instanz einen Entscheid aufhebt oder korrigiert (vgl. E. 6). Die blosser Wahrscheinlichkeit, dass ein Entscheid der Vorinstanz fehlerhaft sein könnte, rechtfertigt deshalb nicht die Untersagung der Publikation.

8.

Als Eventualantrag stellt die Beschwerdeführerin das Begehren, die Verfügung vom 19. Oktober 2015 sei gemäss der beigelegten Version zu publizieren. Diese enthält diverse geschwärzte Passagen, wobei die Beschwerdeführerin nicht weiter konkretisiert, inwiefern diese jeweils Geschäftsgeheimnisse darstellten.

8.1 Grundsätzlich gilt im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht die Untersuchungsmaxime nach Art. 12 VwVG, welche jedoch durch die Rüge- und Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a VwVG sowie durch den Grundsatz von Treu und Glauben eingeschränkt wird. Faktisch gilt deshalb ein abgeschwächtes Rügeprinzip und nicht der reine Untersuchungsgrundsatz. Es lässt sich nicht in allgemeiner Weise festlegen, wo der Untersuchungsgrundsatz endet und die Mitwirkungspflicht beginnt. Vielmehr richtet sich die Mitwirkungspflicht nach deren Zumutbarkeit und Verhältnismässigkeit (vgl. OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 2016, Art. 49 VwVG, Rz. 37).

8.2 Eine Beschwerde ist zu begründen, d.h. es ist darzulegen, weshalb eine angefochtene Verfügung beanstandet wird (Art. 52 Abs. 1 VwVG; vgl. FRANK SEETHALER/FABIA PORTMANN, in: Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 2016, Art. 52 VwVG, Rz. 62 und 64). Es muss klar hervorgehen, weshalb der Beschwerdeführer mit der angefochtenen Verfügung nicht einverstanden ist (vgl. BGE 140 V 22 E. 7.1; FRANK SEETHALER/FABIA PORTMANN, a.a.O., Art. 52 VwVG, Rz. 71 und 73).

8.3 Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, inwiefern die geschwärzten Passagen Geschäftsgeheimnisse darstellen. Sie begnügt sich damit, eine Kopie der Verfügung vom 19. Oktober 2015 beizulegen, welche zahlreiche geschwärzte Passagen enthält. Konkrete Erläuterungen, weshalb diese Stellen jeweils als Geschäftsgeheimnisse einzustufen und inwieweit die Voraussetzungen von Art. 25 Abs. 4 KG erfüllt seien, enthält die Beschwerde nicht.

9.

9.1 Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bilden Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses (1) alle weder offenkundig noch allgemein zugänglichen

Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimherr tatsächlich geheim halten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung der Geheimherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat. Letztere Voraussetzung stellt ein objektives Kriterium dar, d.h. die Informationen müssen objektiv gesehen als geheimhaltungswürdig gelten (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.2.1; Urteil des BGER 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.2; Urteil des BVerfG B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.5 [...]).

9.2 Eine Unterschützstellung eines Geheimnisses, das einen kartellrechtswidrigen Inhalt hat, ist nicht möglich. Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen, sind nicht geheimhaltungswürdig. Dabei ist einzel-fallweise dem Ziel der Publikation Rechnung zu tragen, insoweit als es der Öffentlichkeit erlaubt, die Motive der Vorinstanz zu verstehen (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.2.3; Urteil des BVerfG B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.5 [...]).

9.3 Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses müssen geschäftlich relevante Informationen sein; entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können oder ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.3; BGE 103 IV 283 E. 2b; Urteil des BGER 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.2). Ein objektives Geheimhaltungsinteresse weisen in der Regel folgende Tatsachen auf: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.4; Urteile des BGER 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.2 und 2C_1009/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3.3).

9.4 Bei den durch die Beschwerdeführerin beantragten Schwärzungen ist keine inhaltliche Systematik ersichtlich. Statt einer nach Themen geordneten Prüfung drängt sich deshalb eine chronologische auf. Im Einzelnen soll überprüft werden, ob die zur Publikation vorgesehene Verfügung der WEKO (weitere) nicht zu publizierende Geschäftsgeheimnisse enthält.

9.4.1 Die Beschwerdeführerin bezeichnet zunächst die Worte „und [...]“ in Rz. 3 der Sanktionsverfügung als Geschäftsgeheimnis. Diese Worte weisen darauf hin, dass die Beschwerdeführerin Neufahrzeuge der Marke [...] vertreibt. Dabei handelt es sich um keine geheime Information und damit um kein Geschäftsgeheimnis (vgl. E. 9.1), geht doch beispielsweise bereits aus der Internetseite der Beschwerdeführerin [...] hervor, dass sie Neufahrzeuge der Marke [...] zum Verkauf anbietet.

9.4.2 Die Beschwerdeführerin beantragt, in Rz. 4 der Sanktionsverfügung seien die von der Vorinstanz bereits als Bandbreite „[70-85%]“ umschriebenen Prozentzahlen bestimmter Verkaufsmeldungen vollständig unkenntlich zu machen.

Eine Umschreibung geheimer Daten mittels Bandbreiten ist keine Geschäftsgeheimnisverletzung, solange die verfremdende Umschreibung keine substanziellen Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen erlaubt. Die

Bandbreiten sind so zu wählen, dass der Umschreibung ein genügend sachdienlicher Informationsgehalt entnommen werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 6.4; Urteil der REKO/WEF vom 26. September 2002, in: RPW 2002/4 E. 3.1.2 und E. 3.3.3. „Vertrieb von Arzneimitteln“; RPW 2012/3 Rz. 23 „Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen - Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse“ und RPW 2010/4 Rz. 11 ff. „Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation“).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, weshalb die Umschreibung des Geschäftsgeheimnisses mittels der Bandbreite nicht zu beanstanden ist.

9.4.3 Die Beschwerdeführerin ersucht um die Schwärzung des Satzes „Die Marke [...] gehört zwar ebenfalls zum [...] Konzern.“ und der Worte „[...] Retail“ inklusive Teile der dazugehörigen Fussnote 13 in Rz. 6 der Sanktionsverfügung. Bei diesen Informationen handelt es sich in diesem Zusammenhang um keine Geschäftsgeheimnisse, sondern um allgemein bekannte Tatsachen.

9.4.4 Die Beschwerdeführerin beantragt die teilweise Schwärzung der Rz. 8 der Sanktionsverfügung, welche den Begriff „Repo“ erläutert, die vollständige Schwärzung der Rz. 9 der Sanktionsverfügung, welche den Begriff „Konditionenliste“ erläutert und die teilweise Schwärzung der Rz. 11 der Sanktionsverfügung, welche den Begriff „Ablieferungspauschale“ erläutert. Die Beschreibung dieser Begriffe sowie die Schilderung des Verhaltens der Händler sind unerlässlich für das Verständnis der Begründung der Sanktionsverfügung und damit des aus Sicht der Vorinstanz bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens, weshalb sie nicht geheimhaltungswürdig sind (siehe oben E. 9.2). Zudem handelt es sich bei diesen Passagen nicht um Geschäftsgeheimnisse (siehe oben E. 9.1 und E. 9.3).

9.4.5 Die Beschwerdeführerin ersucht um die Schwärzung der Passage „und der [...] Schweiz AG (nachfolgend [...] Schweiz)“ in Rz. 13 der Sanktionsverfügung. Die namentliche Nennung der Importeure ist für die Nachvollziehbarkeit des Entscheides der WEKO erforderlich. Überdies ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Passage ein Geschäftsgeheimnis darstellen soll (siehe oben E. 9.1 und E. 9.3).

9.4.6 Die Beschwerdeführerin ersucht um die Schwärzung der Passage „Preis-Repositionierung der Marken des [...] Konzerns“ in Rz. 14 der Sanktionsverfügung. In dieser Randziffer wird der Gegenstand gewisser Anfang 2013 stattgefundenen Anlässe des [...] erläutert. Diese Passage ist zur korrekten Beschreibung der Treffen notwendig, welche wiederum das aus Sicht der Vorinstanz kartellrechtswidrige Verhalten belegen und deshalb nicht geheimhaltungswürdig sind (siehe oben E. 9.2).

9.4.7 In Rz. 15 der Sanktionsverfügung werden die Funktionen und Zuständigkeiten der Vorstandsmitglieder des [...] erläutert. Die Beschwerdeführerin beantragt die Schwärzung der Funktion und Zuständigkeit ihres Mitarbeiters innerhalb des [...]. Die WEKO hat in der Publikationsversion bereits Name und Funktion des Vorstandsmitglieds des [...] anonymisiert. Dem weitergehenden Antrag der Beschwerdeführerin auch die Region, für welche die Beschwerdeführerin zuständig war, zu schwärzen, ist

nicht stattzugeben. Diese Information dient vielmehr der Nachvollziehbarkeit des aus Sicht der Vorinstanz relevanten Verhaltens und ist somit nicht geheimhaltungswürdig.

9.4.8 Die Beschwerdeführerin beantragt, in Abbildung 1 in Rz. 18 der Sanktionsverfügung seien die Namen aller Mitglieder des [...], mit Ausnahme der Y. AG, zu schwärzen. Die namentliche Nennung der Unternehmen (Händler), welche Mitglieder der [...] sind, ist für die Nachvollziehbarkeit des Entscheides der WEKO erforderlich und daher zu belassen.

9.4.9 Die Beschwerdeführerin ersucht um die Schwärzung des mutmasslich vereinbarten Sockelrabatts von „2%“ und des Satzes „Lasst mich also nicht am nächsten Tag verhaften lassen...smail.“ in Rz. 20 der Sanktionsverfügung. Diese Elemente dienen der Begründung des aus Sicht der Vorinstanz bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens, weshalb sie nicht geheimhaltungswürdig sind (siehe oben E. 9.2).

9.4.10 Die Beschwerdeführerin beantragt, in Rz. 26 der Sanktionsverfügung sei der Satz „Alle Teilnehmer dieses 'Meetings' brachten die in ihren Unternehmen verwendete, interne Konditionenliste mit.“ zu schwärzen. Dieser Satz dient wiederum der Nachvollziehbarkeit des aus Sicht der Vorinstanz bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens und ist somit nicht geheimhaltungswürdig (siehe oben E. 9.2).

9.4.11 Die Beschwerdeführerin bezeichnet die Abbildung in Rz. 41 der Sanktionsverfügung als Geschäftsgeheimnis. Darin werden die von den Unternehmen diskutierten Massnahmen, um den Zerfall der Rentabilität zu stoppen, aufgezeigt. Sie dient somit ebenfalls der Begründung der aus Sicht der Vorinstanz vorliegenden Kartellrechtsverstösse, weshalb sie nicht geheimhaltungswürdig ist (siehe oben E. 9.2).

9.4.12 Die Beschwerdeführerin beantragt die Schwärzung der mutmasslich vereinbarten Senkung der Konditionen von „2%“ und der Passage „Fr. 750'000.- pro 100 Einheiten“ in Rz. 43 der Sanktionsverfügung. Diese Tatsachen dienen dem Nachweis des aus Sicht der Vorinstanz bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens und sind deshalb nicht geheimhaltungswürdig (siehe oben E. 9.2).

9.4.13 Die Beschwerdeführerin ersucht um die Schwärzung folgender Passage in Rz. 46 der Sanktionsverfügung: „SH, TG, ZH-Ost, SG, FL, AI, AR, GR-Ost und -Nord). Für diesen Stammtisch plante [Name, X. AG], die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer des Stammtisches zu versenden oder abzugeben.“ Diese Sachverhaltsdarstellung dient der Begründung der aus Sicht der Vorinstanz bestehenden Kartellrechtsverstösse, weshalb sie nicht geheimhaltungswürdig ist (siehe oben E. 9.2).

9.4.14 Die Beschwerdeführerin beantragt, es seien in Rz. 50 der Sanktionsverfügung die Sätze „Als post scriptum fügte [X. AG] noch ein: 'Schade, dass es Betriebe gibt, die es nicht [wissen] um was es wirklich geht. Es geht um unsere eigene Zukunft und nicht die des Importeurs!'“ zu streichen. Diese Sätze dienen wiederum der Nachvollziehbarkeit des aus Sicht der Vorinstanz bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens und sind somit nicht geheimhaltungswürdig (siehe oben E. 9.2).

9.4.15 Die Beschwerdeführerin bezeichnet den Satz „Während diesem Treffen wurde eine Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erst-Offerten für Neufahrzeuge der Marken des [...]Konzerns vereinbart (Rz. 20 ff., 26 ff., 60).“ in Rz. 74 als Geschäftsgeheimnis. Dieser Satz ist nicht geheimhaltungswürdig, handelt es sich dabei doch um eine Tatsache, die dem Nachweis des aus Sicht der Vorinstanz bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens dient (siehe oben E. 9.2).

9.4.16 Die Beschwerdeführerin ersucht um die Schwärzung der Passage „und der Inhalt der Präsentation war für alle gleich“ in Rz. 80 und der gesamten Rz. 84 der Sanktionsverfügung. In diesem Teil der Sanktionsverfügung geht es um die Würdigung der Beweismittel und der Vorbringen der Verfahrensparteien betreffend die Präsentation sowie allfällige frühere Vereinbarungen zwischen den mutmasslich an der Wettbewerbsabrede Beteiligten. Diese Informationen sind nicht geheimhaltungswürdig, da sie der Begründung und dem Verständnis des aus Sicht der Vorinstanz bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens dienen (siehe oben E. 9.2).

9.4.17 Die Beschwerdeführerin beantragt, es seien die gesamte Rz. 146 sowie der Satz „Er habe weder die Präsentation noch eine Konditionenliste im Zuge des Stammtisches abgegeben.“ in Rz. 149 der Sanktionsverfügung zu schwärzen. Dieser Teil der Sanktionsverfügung behandelt Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Sachverhalt und dient der Begründung und dem Verständnis des aus Sicht der Vorinstanz bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens. Die Informationen sind deshalb nicht geheimhaltungswürdig (siehe oben E. 9.2).

9.4.18 Die Beschwerdeführerin bezeichnet den Satz „Aus den Reaktionen und den Antworten der Vorstandsmitglieder, insbesondere [X. _____ AG], geht eine sofortige Einstellung des 'Projekts Repo 2013' nicht ausdrücklich hervor (vgl. Rz. 50).“ in Rz. 167 der Sanktionsverfügung als Geschäftsgeheimnis. Dieser Satz dient der Beurteilung und dem Verständnis des aus Sicht der Vorinstanz bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens, weshalb er nicht geheimhaltungswürdig ist (siehe oben E. 9.2).

9.4.19 Die Beschwerdeführerin ersucht um die Schwärzung des Satzes „Sofern man zudem berücksichtigen würde, dass anlässlich der durchgeführten 6 Stammtische mutmasslich alle übrigen [...]Mitglieder (und möglicherweise weitere zugelassene Händler der Marken des [...]Konzerns) anwesend waren und von den vereinbarten Massnahmen, insbesondere der einheitlichen Konditionenliste, Kenntnis erhalten haben (vgl. Rz. 227), wären

die entsprechenden Marktanteile noch höher anzusetzen.“ in Rz. 270 der Sanktionsverfügung. Dieser Satz dient der Beurteilung und dem Verständnis des aus Sicht der Vorinstanz bestehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens. Aus diesem Grund ist er nicht geheimhaltungswürdig (siehe oben E. 9.2).

10.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

11.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, weshalb ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 1'500.- festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sie vollständig unterliegt (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin werden die Kosten für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von Fr. 1'500.- auferlegt und nach Rechtskraft dieses Urteils dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.- entnommen.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde);
- das Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Entscheid des Obergerichtspräsidiums des Kantons Obwalden vom 2. Mai 2018 in Sachen A. gegen B. – Gesuch um vorsorgliche Massnahmen
-----	---

Entscheid P 18/002/LPR des Obergerichtspräsidiums des Kantons Obwalden vom 2. Mai 2018 A. AG in Kerns, vertreten durch [...], Gesuchstellerin gegen B. AG in Safenwil, vertreten durch [...], Gesuchsgegnerin – Gegenstand: Gesuch um vorsorgliche Massnahmen

Sachverhalt:

A.

Die A. AG mit Sitz in Kerns ist ein Garagebetrieb und bezweckt den Handel mit Motorfahrzeugen aller Art sowie den Betrieb von Autoreparaturwerkstätten. Bei der B. AG mit Sitz in Safenwil handelt es sich um ein Import- und Exportunternehmen, welches den Handel mit Motorfahrzeugen betreibt. Sie widmet sich zudem dem Handel mit Ersatzteilen und Zubehör für Fahrzeuge.

Die A. AG und die B. AG schlossen am 1. Juni 2006 einen unbefristeten Servicevertrag ab. Für den Reparatur- und Kundendienst sowie den Verkauf von Ersatzteilen für Motorfahrzeuge der Marke C. betreibt die B. AG als Importeurin ein selektives Werkstattnetz. Durch den Abschluss des Servicevertrages wurde die A. AG an dieses Werkstattnetz angeschlossen. Sie verpflichtete sich insbesondere zur Vermarktung und zum Verkauf von Zubehör und Ersatzteilen der Marke C. sowie zu Reparatur- und Kundendienstleistungen für Fahrzeuge der Marke C.

Unter Ziffer 6.1 des Servicevertrages wurde vereinbart, dass dieser durch jede Partei unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist vom 24 Monaten auf Ende eines Monats gekündigt werden kann. Mit Schreiben vom 12. Februar 2016 machte die B. AG von diesem Kündigungsrecht Gebrauch. Sie teilte der A. AG mit, dass sie den Servicevertrag aufgrund einer Reorganisation des D. und C. Service-Händlernetzes per 28. Februar 2018 kündige. Mit Schreiben vom 30. September 2017 ersuchte die A. AG die B. AG um die Fortsetzung der Partnerschaft und Weiterführung des Servicevertrages für C. zu angemessenen Konditionen auch nach dem 28. Februar 2018. Die B. AG antwortete darauf mit Schreiben vom 9. Oktober 2017 und beteuerte nochmals, dass die erfolgte Kündigung auf die Reorganisation des D. und C. Händlernetzes zurückzuführen sei. Des Weiteren werde der Fokus inskünftig bei den sogenannten 3S-Händlern (Sales, Service & Spare Parts) liegen und 2S-Händler (Service &

Spare Parts) werde es nur noch in Ausnahmesituationen geben. Das Gebiet Kerns und Umgebung werde in Zukunft durch einen 3S-Händler abgedeckt. Die A. AG setzte der B. AG mit Schreiben vom 31. Oktober 2017 eine letztmalige Frist bis zum 17. November 2017, um ihr einen Vorschlag zur Weiterführung der Partnerschaft für Serviceverträge für C. zu angemessenen Konditionen über den 28. Februar 2018 hinaus zu unterbreiten. Sie kündigte zudem an, rechtliche Schritte einzuleiten, falls bis zum 17. November 2017 ein entsprechender Vorschlag ausbleibe. Mit Schreiben vom 15. November 2017 nahm die B. AG dazu Stellung und hielt fest, dass sie keine Möglichkeit sehe, einen neuen Servicevertrag anzubieten.

B.

Am 9. Januar 2018 reichte die A. AG beim Obergericht Obwalden Klage ein und beantragte, die B. AG sei zu verpflichten, mit ihr einen Servicevertrag für die Marke C. zu marktüblichen Konditionen mit Beginn am 1. März 2018 abzuschliessen. Mit der Klage im Hauptverfahren reichte die A. AG zugleich ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sowie ein Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen ein. Sie beantragte, dass die Massnahmen des Klagebegehrens für die Dauer des Verfahrens vorsorglich bzw. bis zum Massnahmeentscheid superprovisorisch und ohne Anhörung der B. AG anzuordnen seien.

Mit Entscheid vom 16. Januar 2018 wies der Obergerichtspräsident I das Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen ab. Gleichzeitig setzte er der B. AG eine Frist an, um zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen Stellung zu nehmen. Am 19. Februar 2018 reichte sie ihre Stellungnahme ein und beantragte hauptsächlich, es sei auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nicht einzutreten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchstellerin. Als Begründung führte sie an, dass das angerufene Obergericht aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung im Service-vertrag vom 1. Juni 2006 örtlich nicht zuständig sei.

Auf die Begründung der Parteianträge wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

Die örtliche Zuständigkeit ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. B ZPO) und von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Vorab ist daher zu prüfen, ob die örtliche Zuständigkeit des Obergerichtspräsidiums Obwalden zur Beurteilung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen gegeben ist.

1.1

1.1.1

Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, dass das Obergericht Obwalden örtlich zuständig sei, da ihre Klage auf Kartellrecht basiere, kartellrechtliche Streitigkeiten von der Gerichtsstandsklausel im Servicevertrag vom 1. Juni 2006 (GS-Bel. 5) nicht erfasst seien, die ZPO für widerrechtliche Handlungen eine örtliche Zuständigkeit am Sitz der geschädigten Partei vorsehe und das prozessuale Zuständigkeitsrecht durch Gerichtsstandsklauseln nicht abgeändert werden könne. Zur Begründung führt sie an, dass sie vorliegend einen Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages für Fahrzeuge der Marke C. zu marktüblichen Konditionen gestützt auf Kartellrecht geltend mache. Art. 36 ZPO umfasse auch Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderungen nach Kartellrecht. Sie übe daher ihr Wahlrecht dahingehend aus, dass sie am Ort der geschädigten Person bzw. am Erfolgsort um Rechtsschutz ersuche, d.h. am Obergericht in Obwalden. Des Weiteren gehe es hier nicht um Ansprüche aus dem bisherigen Vertragsverhältnis, weshalb die bisherige vertragliche Vereinbarung bezüglich Gerichtsstand für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit zwischen den Parteien keine Rolle spiele. Zudem gelte die Gerichtsstandsklausel im Servicevertrag vom 1. Juni 2006 für das Kartellrecht nicht, da ein marktbeherrschendes Unternehmen den kartellrechtlichen Gerichtsstand für Ansprüche der schwächeren Vertragspartei aus unerlaubter Handlung nicht wegbedingen könne.

1.1.2

Die Gesuchsgegnerin vertritt demgegenüber die Auffassung, dass die von der Gesuchstellerin geltend gemachten angeblichen kartellrechtlichen Ansprüche von der Gerichtsstandsvereinbarung im Servicevertrag vom 1. Juni 2006 erfasst seien. Somit sei der Gerichtsstand für die vorliegende Streitigkeit in der Hauptsache in Zürich, somit in Zürich auch die Zuständigkeit für eine allfällige Anordnung von vorsorglichen Massnahmen liege. Sie begründet dies insbesondere damit, dass kartellrechtliche Auseinandersetzungen von vertraglichen Gerichtsstandsvereinbarungen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfasst und damit der gesetzlichen Regelung des früheren Art. 25 GestG vorgehen würden. Des Weiteren ergebe die Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages, dass diese nicht nur Ansprüche aus Vertrag, sondern sämtliche Ansprüche aus und im Zusammenhang mit dem Vertrag umfasse. Mit anderen Worten würden darunter nicht nur vertragliche, sondern auch alle ausservertraglichen Auseinandersetzungen, mitunter auch solche aus Kartellrecht, fallen. Schliesslich sei erstellt, dass die von der Gesuchstellerin

geltend gemachten kartellrechtlichen Ansprüche wegen des engen sachlichen Zusammenhanges zum Servicevertrag vom 1. Juni 2006 ebenfalls von der Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages erfasst seien und damit der Gerichtsstand für die vorliegende Auseinandersetzung in Zürich liege.

1.1.3

Im Entscheid vom 16. Januar 2018 betreffend das Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen kam der Obergerichtspräsident I nach einer kursorischen Prüfung der Akten zum Schluss, dass sich die fragliche Gerichtsstandsvereinbarung nur auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag beziehe. Die vorliegende Streitigkeit betreffe jedoch nicht den (gekündigten) Servicevertrag, vielmehr beanspruche die Gesuchstellerin den Abschluss eines neuen Vertrages. Demnach sei von der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts in Obwalden auszugehen.

1.2

Bei der Beurteilung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach Art. 13 ZPO. Danach ist für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder die Massnahmen vollstreckt werden soll, zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. In der Hauptsache geht es vorliegend um den von der Gesuchstellerin geltend gemachten Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages gestützt auf das Kartellgesetz. Ansprüche aus dem Kartellrecht fallen unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 36 ZPO (HEINRICH HEMPEL, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., 2017, Art. 36 N. 7; SCHMID/WEBER, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 36 N. 8; BBI 1999 III 2829, 2864; Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006, E. 2). Gemäss Art. 36 ZPO ist für Klagen aus unerlaubter Handlung das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Da die Gesuchstellerin mit Sitz in Kerns einen kartellrechtlichen Anspruch geltend macht, stand es ihr als womöglich Geschädigte unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen offen, den Erfolgsort als Gerichtsstand zu wählen. Die örtliche Zuständigkeit im Kanton Obwalden ist folglich sowohl für Klagen aus unerlaubter Handlung als auch für die damit zusammenhängende Anordnung vorsorglicher Massnahmen grundsätzlich gegeben.

1.3

Der Servicevertrag zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin vom 1. Juni 2006 beinhaltet unter Ziffer 7.4 eine Gerichtsstandsvereinbarung. Daraus geht hervor, dass für beide Vertragspartner Zürich der Gerichtsstand sei. Die Parteien hätten des Weiteren für sämtliche Streitigkeiten die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich vereinbart. Der Importeur könne davon abweichend Klagen aus diesem Vertragsverhältnis am Sitz oder Wohnort der jeweiligen Gegenpartei einklagen. Nachfolgend ist zunächst zu klären, ob diese Gerichtsstandsvereinbarung zulässig und gültig zustande gekommen ist.

1.3.1

Gemäss Art. 406 ZPO bestimmt sich die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat. Die Bestimmung erfasst nur Vereinbarungen über die örtliche, nicht auch solche über die sachliche Zuständigkeit, insbesondere nicht eine nach früherem kantonalem Recht zulässige Prorogation des Handelsgerichts (TANJA DOMEJ; in: Oberhammer/Domej/Haas, Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 406 N. 1, mit Hinweis auf BGE 138 III 471, E. 3.3). Die eidgenössische ZPO trat auf den 1. Januar 2011 in Kraft. Der fragliche Servicevertrag datiert vom 1. Juni 2006. Die Gültigkeit der darin enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung richtet sich somit nach dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (GestG).

1.3.2

Die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung beurteilt sich nach Art. 9 Abs. 1 GestG. Gemäss dieser Bestimmung können die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht. Art. 9 GestG lässt nur eine Vereinbarung über die örtliche Zuständigkeit zu (MARKUS WIRTH, in: Müller/Wirth, Kommentar Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, Art. 9 N. 14). Unzulässig ist eine Gerichtsstandsvereinbarung, wenn sie durch einen zwingenden oder teilzwingenden Gerichtsstand des GestG oder durch eine zwingende Bestimmung in der übrigen Bundesgesetzgebung ausgeschlossen ist (WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 12; BERNHARD BERGER, in: Kellerhals/von Werdt/Gün-gerich, Kommentar Gerichtsstandsgesetz, 2. Aufl. Bern 2005, Art. 9 N. 9). Die Geschwisterin macht vorliegend in der Hauptsache einen kartellrechtlichen Anspruch geltend. Der Begriff der unerlaubten Handlung ist auch im Geltungsbereich des GestG weit auszulegen. Demzufolge sind auch kartellrechtliche Streitigkeiten darunter zu subsumieren (FLAVIO ROMERIO, in: Müller/Wirth, Kommentar Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, Art. 25 N. 2; KURTH/BERNET, in: Kellerhals/von Werdt/Gün-gerich, Kommentar Gerichtsstandsgesetz, 2. Aufl. Bern 2005, Art. 25 N. 12, mit Hinweis auf BGE 112 II 279; Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006, E. 2). Die örtliche Zuständigkeit für Klagen aus unerlaubter Handlung ist in Art. 25 GestG geregelt. Die darin genannten alternativen Gerichtsstände sind weder zwingend noch teilzwingend (KURTH/BERNET, a.a.O., Art. 25 N. 29; BERGER, a.a.O., Art. 9 N. 10 f.; vgl. WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 15 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006, E. 2). Folglich war es zulässig, unter der Geltung des GestG eine Gerichtsstandsvereinbarung über die örtliche Zuständigkeit zu treffen.

1.3.3

Für das gültige Zustandekommen einer Gerichtsstandsvereinbarung wird die bestimmte oder wenigstens objektiv bestimmbare Bezeichnung des vereinbarten Gerichts und des Rechtsstreits vorausgesetzt (BERGER, a.a.O., Art. 9 N. 15 ff.). Verweisen die Parteien in der Vereinbarung lediglich auf die Gerichte eines bestimmten Kantons, ist die nötige Bestimmtheit allgemein zu bejahen (BER-

GER, a.a.O., Art. 9 N. 18; WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 64). Bereits daraus, dass der Gerichtsstand gemäss der vorliegenden Gerichtsstandsvereinbarung für beide Vertragspartner Zürich sei, ist daher auf eine genügend bestimmte Bezeichnung zu schliessen. Unzulässig, weil zu unbestimmt, wäre eine Prorogationsabrede für sämtliche Streitigkeiten aus allen Verträgen des derzeitigen und künftigen Geschäftsverkehrs zwischen zwei Parteien (WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 29, mit Hinweis auf BGE 87 I 57 f.). Die speziell geregelte Möglichkeit des Importeurs, „Klagen aus diesem Vertragsverhältnis am Sitz oder Wohnort der jeweiligen Gegenpartei“ einzuklagen, spricht dafür, dass die Gerichtsstandsvereinbarung nur bei Streitigkeiten aus dem Servicevertrag vom 1. Juni 2006 zur Anwendung gelangen soll. Demzufolge erweist sich die Gerichtsstandsvereinbarung auch in Bezug auf die Bezeichnung des Rechtsstreits als hinreichend bestimmt. Nach dem Gesagten ist die Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages grundsätzlich gültig.

1.3.4

Die fragliche Gerichtsstandsvereinbarung beinhaltet auch eine Übereinkunft über die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich. Damit wurde neben der Regelung über die örtliche Zuständigkeit auch das Handelsgericht als sachlich zuständiges Gericht vereinbart. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit der Disposition der Parteien grundsätzlich entzogen (BGE 138 III 471, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_131/2017 vom 21. September 2017, E. 4; BGE 142 III 623 E. 2.4). Insofern ist die Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrags nichtig. Es ist jedoch zu prüfen, ob die Vereinbarung in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit trotzdem gültig ist. Betrifft der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR). Die Frage, ob der Vertrag ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre, ist grundsätzlich nach dem Vertrauensprinzip zu beantworten, indem der mutmassliche bzw. hypothetische Parteiwille ermittelt wird, sofern nicht ein diesbezüglicher tatsächlicher Parteiwille nachgewiesen werden kann. Dabei ist danach zu fragen, welche Vereinbarung die Parteien unter den konkreten Umständen in Kenntnis des Mangels getroffen hätten, wobei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses dafür massgeblich ist. Bei der Bestimmung eines hypothetischen Parteiwillens hat sich das Gericht am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren. Bei Zweifeln am Bestehen eines auf Nichtigkeit der ganzen Vereinbarung gerichteten hypothetischen Parteiwillens ist nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts der Teilnichtigkeit der Vorzug zu geben (zum Ganzen BGE 143 III 558 E. 4.1.1 f., mit Verweis auf BGE 131 III 467 E. 1.2, 124 III 60 und 138 III 29 E. 2.3.2 f.). Vorliegend ist nicht ersichtlich, weshalb die Parteien die fragliche Gerichtsstandsvereinbarung nicht abgeschlossen hätten, wenn sie von der unzulässigen Regelung über die sachliche Zuständigkeit gewusst hätten. Des Weiteren gibt es keine Hinweise darauf, dass es sich bei der Regelung der sachlichen Zuständigkeit um den entscheidenden Aspekt des Zustandekommens der Gerichtsstandsvereinbarung

gehandelt hätte, welche ohne diese nicht geschlossen worden wäre, zumal sich die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts im Kanton Zürich für die meisten Streitigkeiten aus dem Servicevertrag vom 1. Juni 2006 ohnehin bereits aus dem Gesetz ergibt (vgl. Art. 5 f. ZPO i.V.m. § 44 f. des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010). Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist daher davon auszugehen, dass die Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages in örtlicher Hinsicht trotzdem Gültigkeit erlangt hat. Es handelt sich mithin um einen Fall der Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR. Schliesslich bestreitet die Gesuchstellerin auch nicht, dass die im Servicevertrag enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung gültig zustande gekommen wäre.

1.4

Nachdem sich die betreffende Gerichtsstandsvereinbarung als zulässig und gültig erwiesen hat, ist nachstehend die inhaltliche Tragweite derselben zu prüfen. Damit verbunden ist insbesondere die Frage, ob die Gerichtsstandsvereinbarung kartellrechtliche Streitigkeiten erfasst.

1.4.1

Rechtsprechungsgemäss handelt es sich bei einer Gerichtsstandsklausel um einen prozessrechtlichen, vom Hauptvertrag losgelösten, rechtlich selbständigen Vertrag (BGE 121 III 499; Urteil des Bundesgerichts 4C.73/2000 vom 22. Juni 2000, E. 3c). Mangels eigener prozessrechtlicher Regelungen kommen bezüglich der Vertragsauslegung einer Gerichtsstandsvereinbarung die Vorschriften des OR analog zur Anwendung (DANIEL FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 17 N. 2; WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 35; BERGER, a.a.O., Art. 9 N. 4). Für die Auslegung massgebend ist im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR zunächst, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Lässt sich der wirkliche Wille der Parteien nicht feststellen, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip, welchen Inhalt eine Willenserklärung hat. Die Erklärung ist danach so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (zum Ganzen BGE 132 III 268 E. 2.3.2).

1.4.2

1.4.2.1

Um den Sinn einer Vertragsbestimmung zu ermitteln, ist in einem ersten Schritt deren Wortlaut zu analysieren (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, Art. 18 OR, 4. Aufl., 2014, N. 374, mit Verweis auf BGE 131 III 606 E. 4.2). Dabei ist zunächst auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen. Ein individueller oder spezieller Sprachgebrauch kann jedoch unter Umständen Vorrang vor dem allgemeinen haben, so etwa wenn alle Vertragsbeteiligten einem spezifischen Fachkreis angehören. Gleiches gilt grundsätzlich, wenn die Parteien ein Wort im juristisch-technischen Sinn verwenden. Ist dieser jedoch von vornherein nicht eindeutig, so muss er wiederum mit Hilfe anderer Auslegungsmittel präzisiert werden (vgl. zum Ganzen WIEGAND/HURNI, in:

Honsell, Kurzkommentar OR, Basel 2014, Art. 18 N. 18 f.; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N. 375, mit weiteren Hinweisen).

1.4.2.2

Der erste Satz der Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages vom 1. Juni 2006 lautet wie folgt: „Gerichtsstand für beide Vertragspartner ist Zürich“. Im zweiten Abschnitt steht, dass „für sämtliche Streitigkeiten die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich“ vereinbart worden sei. „Davon abweichend“ bestehe für den Importeur die Möglichkeit, „Klagen aus diesem Vertragsverhältnis am Sitz oder Wohnort der jeweiligen Gegenpartei“ einzuklagen. Die Formulierung „für sämtliche Streitigkeiten“ erscheint auf den ersten Blick allumfassend, sodass nicht nur Streitigkeiten aus dem Servicevertrag darunter zu subsumieren wären. Zweimal wurde jedoch das Wort „Vertrag“ in die Vereinbarung eingebaut. Zunächst sei der Gerichtsstand für beide „Vertragspartner“ Zürich. Sodann könne der Importeur Klagen „aus diesem Vertragsverhältnis“ am Sitz oder Wohnort der jeweiligen Gegenpartei einklagen. Diese Sonderklagemöglichkeit des Importeurs hebt hervor, dass die Gerichtsstandsvereinbarung nur auf Streitigkeiten aus dem konkreten Vertragsverhältnis bzw. des Servicevertrages anwendbar ist. Die Formulierung „davon abweichend“ ist deshalb nicht derart zu verstehen, dass die Gesuchstellerin für sämtliche Streitigkeiten auf den gesetzlichen Gerichtsstand verzichtet hätte, während die Gesuchsgegnerin lediglich im Fall von vertraglichen Streitigkeiten nicht an den vereinbarten Gerichtsstand (Zürich) gebunden wäre. Aufgrund der wörtlichen Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung ist es naheliegend, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung nicht auf alle möglichen, sondern lediglich auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag vom 1. Juni 2006 bezieht. Mithin werden dem Wortlaut nach kartellrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich nicht erfasst. Ein spezieller Sprachgebrauch mit berufsspezifischen Fachbegriffen ist nicht erkennbar, weshalb es sich bei der vorgenommenen Auslegung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bewenden lässt.

1.4.3

1.4.3.1

Bei der Auslegung von Verträgen ist immer auch das systematische Element zu berücksichtigen (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N 381, mit Verweis auf BGE 122 III 122). Massgeblich für die Bedeutung eines Wortes ist weniger dessen unmittelbarer Wortsinn als seine Stellung im Kontext und wiederum dessen Stellung im Gesamtkonzept des Vertrages (WIEGAND/HURNI, a.a.O., Art. 18 N. 20).

1.4.3.2

Im Gefüge des gesamten Servicevertrages vom 1. Juni 2006 wurde die fragliche Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 und damit gegen Ende des Vertrages eingesetzt. Aufgrund der Stellung der Gerichtsstandsvereinbarung am Ende des Servicevertrages ist dafürzuhalten, dass sich diese auf die vorhergehenden Vertragspunkte bezieht und damit nur für Streitigkeiten konzipiert wurde, die sich daraus ergeben. Im Anschluss an die auszulegende Gerichtsstandsregelung findet sich die Vereinbarung über eine aussergerichtliche Streitbeilegung, zufolge

welcher die Parteien versuchen würden, „jeden Streit, jede Auseinandersetzung oder jeden Anspruch, die aus oder in Verbindung mit diesem Servicevertrag entstehen, miteinander gütlich zu regeln“. Dem Wortlaut nach würden die Parteien nicht nur Streitigkeiten aus dem Servicevertrag, sondern darüber hinaus auch solche, welche lediglich mit dem Servicevertrag in einer Verbindung stehen, zu schlichten versuchen. Die Regelung über die aussergerichtliche Streitbeilegung ist der vorliegend zu beurteilenden Gerichtsstandsvereinbarung zwar nachgelagert, jedoch befindet sich diese wie die Gerichtsstandsvereinbarung unter Ziffer 7.4 des Servicevertrages. Es ist daher davon auszugehen, dass die Ausführungen unter Ziffer 7.4 inhaltlich zusammenhängen und somit ein in sich geschlossenes Kapitel des Servicevertrages darstellen. Folglich ist unter Berücksichtigung der Vereinbarung über die aussergerichtliche, gütliche Einigung daraus zu schliessen, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung nicht nur auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag bezieht, sondern auch auf solche, die mit dem Servicevertrag in einer Verbindung stehen. Nach dem Gesagten führt die systematische Auslegung zu einem anderen Ergebnis als die rein grammatikalische Auslegung.

1.4.4

1.4.4.1

Schliesslich stellt der Vertragszweck ein unentbehrliches Auslegungsmittel dar (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N. 416; vgl. BGE 132 III 24 E. 4). Das teleologische Element gestattet den Schluss auf den Inhalt des Vertrages, indem auf die Interessenlage der Parteien und die sonst für den Abschluss des Vertrages massgebenden, erkennbaren Motive zurückgegriffen wird (vgl. WIEGAND/HURNI, a.a.O., Art. 18 N. 25; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N. 416).

1.4.4.2

Die Gerichtsstandsvereinbarung wurde im Rahmen der Verhandlungen über den Servicevertrag eingefügt. Folglich ist es auf den ersten Blick naheliegend, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung auch nur auf die Streitigkeiten aus dem Servicevertrag und dem darin festgelegten Inhalt bezieht. Allerdings lässt sich aufgrund der systematischen Auslegung (vgl. vorne, E. 1.4.3.2) nicht ausschliessen, dass sich die Vertragsparteien bereits beim Vertragsschluss über weitere mit dem Servicevertrag in Verbindung stehende Streitigkeiten unterhalten und diese in Betracht gezogen haben. Es ist somit möglich, dass die Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses des Servicevertrages und der damit einhergehenden Aufnahme der Gerichtsstandsvereinbarung Motive oder Interessen gehabt haben, aufgrund welcher sie neben der Regelung des Gerichtsstands in Bezug auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag auch Sicherheit über den Gerichtsstand bei mit dem Servicevertrag zusammenhängenden Streitigkeiten schaffen wollten.

1.4.4.3

Steht das Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung fest, ist davon auszugehen, dass die Parteien eine umfassende Zuständigkeit des prorogierten Gerichts wünschten, wenn sie eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.40/2003 vom 19. Mai 2003, E. 5.3). Im Zweifel ist eine

Gerichtsstandsvereinbarung daher nicht restriktiv auszulegen (BGE 121 III 500). Ein in einem Vertrag enthaltene Gerichtsstandsklausel erfasst in der Regel alle Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, die sich aus dem Vertragsverhältnis oder in einem engen tatsächlichen Zusammenhang mit diesem ergeben (WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 67). Sofern eine Gerichtsstandsvereinbarung für alle Ansprüche aus einem bestimmten Vertrag vorgesehen ist, werden auch allfällige deliktische Ansprüche davon erfasst, falls die unerlaubte Handlung gleichzeitig eine Vertragsverletzung bedeutet oder ein Sachzusammenhang zwischen der unerlaubten Handlung und dem Vertragsgegenstand besteht (GUIDO E. URBAUCH, in: Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 17 N. 5; FÜLLEMANN, a.a.O., Art. 17 N. 13; HASS/SCHLUMPF, in: Oberhammer/Domej/ Haas, Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 17 N. 21; Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006, E. 2). Mit anderen Worten können auch inhaltlich mit dem Hauptvertrag verbundene Deliktsansprüche unter die Gerichtsstandsvereinbarung fallen (vgl. GROLIMUND/BACHOFNER, in: Vogt/Schnyder/Berti, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 2013, Art. 5 N. 41).

Das Bundesgericht bejahte im Rahmen einer kartellrechtlichen Streitigkeit zwischen zwei Telekommunikationsunternehmen den Zusammenhang zwischen der unerlaubten Handlung und einem gekündigten Vertrag, da die unerlaubten Handlungen der Beschwerdegegnerin ausschliesslich auf der verweigerter Vertragserfüllung, auf der fehlerhaften Vertragserfüllung, auf ihrer Kündigung und auf der Änderung der allgemeinen Vertragsbedingungen beruht hätten. Als Folge davon subsumierte es die kartellrechtliche Streitigkeit unter die Gerichtsstandsvereinbarung, welche im gekündigten Vertrag enthalten war (Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006, E. 2). Das Handelsgericht Zürich kam im Fall einer in einem Tankstellenvertrag enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung zum Schluss, dass sich diese über die vertraglichen Ansprüche hinaus auch auf ausservertragliche markenrechtliche erstreckte, soweit diese auf den gleichen Sachverhalt gestützt waren, nämlich den angeblichen Verkauf von anderweitigem Benzin an einer Marken-Tankstelle (RICHARD FRANK, in: Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Ergänzungsband, § 11 N. 3, mit Hinweis auf das Urteil des Handelsgerichts Zürich HE 980010 vom 18. Juni 1998; WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 69). Das Bundesgericht prüfte im Rahmen einer Patentabtretungsklage, ob die erhobenen Ansprüche aus dem Patentgesetz von der Schiedsklausel im Rahmenvertrag („Secrecy Agreement“) materiell erfasst werden. Es bejahte dies, da der Streit darüber, ob die Kläger gegenüber die Beklagten ein besseres Recht auf die Erfindung hätten, mit dem Secrecy Agreement im Zusammenhang stehe und daher in den Anwendungsbereich der darin enthaltenen Schiedsklausel falle. Der Zusammenhang mit dem Secrecy Agreement falle schliesslich nicht dahin, weil die Kläger ihre Ansprüche auch auf das Patentgesetz stützen würden. Ebenso wenig sei es erheblich, ob das Secrecy Agreement überhaupt oder einzelne Verpflichtungen daraus befristet gewesen seien und ob die Zusammenarbeit bereits beendet gewesen sei, als die Beklagte die Erfindung vollendet und die streitbetroffenen Patente zur Eintragung

angemeldet habe (Urteil des Bundesgerichts 4C.40/2003 vom 19. Mai 2003, E. 5.4). Sodann gilt eine Gerichtsstandsvereinbarung, die sich auf ein materielles Rechtsverhältnis bezieht, solange als dieses Wirkungen zeitigt, und sie kann daher angerufen werden, solange Ansprüche und Verpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis bestehen, auch wenn dieses inzwischen beendet wurde (BGE 87 I 77 f.; WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 68).

1.4.4.4

Die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages vom 1. Juni 2006 ist unbestritten. Es ist daher unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu prüfen, ob die Streitigkeit über die geltend gemachten kartellrechtlichen Ansprüche in einem engen sachlichen Zusammenhang zum Servicevertrag steht und als Folge davon die darin enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung vorliegend einschlägig ist.

Die Gesuchstellerin stellte in ihrer Klageschrift hauptsächlich den Antrag, dass die Gesuchsgegnerin zum Abschluss eines Servicevertrages mit Beginn am 1. März 2018 zu verpflichten sei. Die Gesuchsgegnerin kündigte das Vertragsverhältnis auf den 28. Februar 2018. Es ist ersichtlich, dass die Gesuchstellerin einen nahtlosen Übergang des Vertragsverhältnisses begehrte. Sie beantragte namentlich in Antrag Ziffer 1 lit. d der Klageschrift, dass ihr „weiterhin und ununterbrochen“ die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen C-Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren seien. In der Exekutive Summary der Klageschrift betonte die Gesuchstellerin, dass der Anspruch aus Art. 7 KG von einer allfälligen Gerichtsstandsvereinbarung nicht tangiert werde und im vorliegenden Fall hinzukomme, dass die Gesuchstellerin keine Ansprüche aus dem bisherigen Vertragsverhältnis geltend mache. Sie verlange, dass die Gesuchsgegnerin angewiesen werde, die Geschäftsbeziehung nicht per 28. Februar 2018 abzubrechen, sondern durch den Abschluss eines neuen Vertrages ab 1. März 2018 fortzusetzen. Die Klageeinleitung diene dazu, das Werkstattvertragsverhältnis ununterbrochen aufrechtzuerhalten bzw. weiterzuführen. Für die in der Klage vorgebrachten Ansprüche bilde das Kartellrecht die primäre Rechtsgrundlage und habe vorrangig Bedeutung für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit. Aus dem Schreiben vom 30. September 2017 (GS-Bel. 8) geht hervor, dass die Gesuchstellerin um die Fortsetzung der Partnerschaft und Weiterführung des Servicevertrages für C zu angemessenen Konditionen auch nach dem 28. Februar 2018 ersucht hat. Gleiches lässt sich auch dem Schreiben der Gesuchstellerin vom 31. Oktober 2017 (GS-Bel. 10) entnehmen. Aus den zitierten Ausführungen der Gesuchstellerin leitet sich zwar ab, dass die Gesuchstellerin auf dem Abschluss eines neuen Vertrages beharrt und sich die Anspruchsgrundlage dafür ihrer Ansicht nach primär im Kartellgesetz findet. Allerdings bildet das bisherige Vertragsverhältnis die tatsächliche Grundlage für ihren Antrag, denn ohne die Kündigung durch die Gesuchsgegnerin hätte es für die Gesuchstellerin keinen Grund dafür gegeben, die ihrer Ansicht nach kartellrechtlich unzulässige Nichtweiterführung der bisherigen Vertragsbeziehung zu beanstanden. Dafür spricht auch, dass der neue Vertrag direkt im Anschluss an den gekündigten Vertrag Geltung erlangen soll. Dementsprechend hatte in einem durch das Handelsgericht des Kantons Aargau mit

vorsorglicher Verfügung vom 24. April 2000 entschiedenen vergleichbaren Fall die dortige Gesuchstellerin gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KG erfolgreich die Aufhebung der Kündigung und die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin, den Vertrag einstweilen aufrechtzuerhalten, verlangt (RPW 2000/3, 478 ff.). Des Weiteren gibt es keine Anhaltspunkte, die darauf hinweisen würden, dass sich der Inhalt des beantragten neuen Vertrages gänzlich von demjenigen des Servicevertrages vom 1. Juni 2006 unterscheiden würde. Im Gegenteil geht es der Gesuchstellerin um die Aufrechterhaltung des bisherigen Werkstattvertragsverhältnisses. Insbesondere die Rechte und Pflichten der Parteien, welche in einem neuen Vertrag zu regeln wären, dürften daher im Wesentlichen mit den bisherigen Vereinbarungen identisch sein, zumal es sich wiederum um einen Servicevertrag für die Marke C handeln sollte und die gleichen Parteien als Vertragspartner auftreten würden. Nach dem Gesagten ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen den behaupteten kartellrechtlichen Ansprüchen der Gesuchstellerin und dem Servicevertrag vom 1. Juni 2006 bzw. dessen Vertragsgegenstand zu bejahen. Dieser Zusammenhang bleibt rechtspredungsgemäss bestehen, auch wenn die Gesuchstellerin ihre Ansprüche primär auf das Kartellgesetz stützt. Schliesslich ist es auch unerheblich, dass der Servicevertrag im Zeitpunkt der Klageerhebung durch die Gesuchstellerin bereits gekündigt worden ist. Die teleologische Auslegung führt unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung daher zum Ergebnis, dass die Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages vom 1. Juni 2006 auch kartellrechtliche Streitigkeiten erfasst.

1.4.5

Insgesamt sprechen das systematische und das teleologische Auslegungselement klar dafür, dass auch die vorliegend zu beurteilende kartellrechtliche Streitigkeit unter die Gerichtsstandsvereinbarung fällt. Eine rein grammatikalische Auslegung vermag den Sinn der Klausel nicht ausreichend wiederzugeben. Sie hat deshalb gegenüber den anderen Auslegungselementen zurückzutreten.

1.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Servicevertrag vom 1. Juni 2006 eingegliederte Gerichtsstandsvereinbarung in Bezug auf die Regelung der örtlichen Zuständigkeit gültig ist. Die unzulässige Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit führt bloss zu einer Teilnichtigkeit. Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Gerichtsstandsvereinbarung auf die vorliegende Streitigkeit anwendbar, da die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Ansprüche gestützt auf das Kartellgesetz in einem sachlichen Zusammenhang mit dem gekündigten Servicevertrag stehen. Gemäss der anwendbaren Gerichtsstandsvereinbarung liegt die örtliche Zuständigkeit bei den Gerichten des Kantons Zürich. Die örtliche Zuständigkeit des Obergerichtspräsidiums des Kantons Obwalden ist deshalb zu verneinen.

2.

Auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ist aufgrund der fehlenden örtlichen Zuständigkeit nicht einzutreten. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Namentlich

bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend. Im vorsorglichen Massnahmeverfahren ist der Kostenentscheid nur dann bereits endgültig zu fällen, wenn die Kosten unabhängig vom Ausgang des Entscheides überbunden werden können. Dies ist namentlich insoweit der Fall, als der Gesuchsteller im Massnahmeverfahren unterliegt. Im Übrigen ist der Ausgang des Hauptverfahrens abzuwarten, und die Kosten sind einstweilen dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Dasselbe gilt auch für die Frage der Parteientschädigung (zum Ganzen AbR 1996/97 Nr. 14, E. 3c/aa). Vorliegend sind die Kosten des gesamten Massnahmeverfahrens (vgl. Entscheid des Obergerichtspräsidenten I vom 16. Januar 2018, Dispositiv Ziffer 3) daher der Gesuchstellerin aufzuerlegen, da sie aufgrund des Nichteintretensentscheids als unterliegend gilt. Zudem hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 95 ZPO).

Entscheid

1.

Auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wird nicht eingetreten.

2.

Die Kosten des Massnahmeverfahrens von Fr. 3'000.- werden der Gesuchstellerin auferlegt. Die Verfahrenskosten werden dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'000.- entnommen. Die Inkassostelle Obergericht hat der Gesuchstellerin Fr. 4'000.- zurückzuerstatten.

3.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.- zu bezahlen.

4.

Zustellung an:

- Parteien
- Sekretariat Wettbewerbskommission (Art. 48 KG)

Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an:

- Inkassostelle Obergericht (Dispositiv Ziffer 2).

C 1	2. Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 19. Dezember 2018 in Sachen A. AG gegen B. AG – Missbrauch marktbeherrschender Stellung
-----	---

Entscheid OG 18/001/LPR des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 19. Dezember 2018 in Sachen A. AG in [...], vertreten durch [...], Klägerin gegen B. AG in [...], vertreten durch [...], Beklagte – Gegenstand: Missbrauch marktbeherrschender Stellung

Sachverhalt:

A.

Die A. AG mit Sitz in [...] ist eine Garagebetrieb und bezweckt den Handel mit Motorfahrzeugen aller Art sowie den Betrieb von Autoreparaturwerkstätten. Bei der B. AG mit Sitz in [...] handelt es sich um ein Import- und Exportunternehmen, welches den Handel mit Motorfahrzeugen betreibt. Sie widmet sich zudem dem Handel mit Ersatzteilen und Zubehör für Fahrzeuge.

Die A. AG und die B. AG schlossen am 1. Juni 2006 einen unbefristeten Servicevertrag ab. Für den Reparatur- und Kundendienst sowie den Verkauf von Ersatzteilen für Motorfahrzeuge der Marke C. betreibt die B. AG als Importeurin ein selektives Werkstattnetz. Durch den Abschluss des Servicevertrages wurde die A. AG an dieses Werkstattnetz angeschlossen. Sie verpflichtete sich insbesondere zur Vermarktung und zum Verkauf von Zubehör und Ersatzteilen der Marke C. sowie zu Reparatur- und Kundendienstleistungen für Fahrzeuge der Marke C.

Unter Ziffer 6.1 des Servicevertrages wurde vereinbart, dieser könne durch jede Partei unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist vom 24 Monaten auf Ende eines Monats gekündigt werden. Mit Schreiben vom 12. Februar 2016 machte die B. AG von diesem Kündigungsrecht Gebrauch. Sie teilte der A. AG mit, dass sie den Servicevertrag aufgrund einer Reorganisation des C Service-Händlernetzes per 28. Februar 2018 kündige. Mit Schreiben vom 30. September 2017 ersuchte die A. AG die B. AG um die Fortsetzung der Partnerschaft und die Weiterführung des Servicevertrages für C zu angemessenen Konditionen auch nach dem 28. Februar 2018. Die B. AG antwortete darauf mit Schreiben vom 9. Oktober 2017 und beteuerte nochmals, die erfolgte Kündigung sei auf die Reorganisation des C Händlernetzes zurückzuführen. Des Weiteren werde der Fokus inskünftig bei den sogenannten 3S-Händlern (Sales, Service & Spare Parts) liegen und 2S-Händler (Service & Spare Parts) werde es nur noch in Ausnahmesituationen geben. Das Gebiet Kerns und Umgebung werde in Zukunft durch einen 3S-Händler abgedeckt. Die A. AG setzte der B. AG mit Schreiben vom 31. Oktober 2017 eine letztmalige Frist bis zum 17. November 2017, um ihr einen Vorschlag zur Weiterführung der Partnerschaft für Serviceverträge für C zu angemessenen Konditionen über den 28. Februar 2018 hinaus zu unterbreiten. Sie kündigte zudem an, rechtliche Schritte einzuleiten, falls bis zum 17. November 2017 ein entsprechender Vorschlag ausbleibe. Mit Schreiben vom 15. November 2017 nahm die B. AG dazu Stellung und hielt fest,

sie sehe keine Möglichkeit, einen neuen Servicevertrag anzubieten.

B.

Am 9. Januar 2018 reichte die A. AG beim Obergericht Obwalden Klage ein und stellte hauptsächlich folgende Rechtsbegehren:

- „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, mit der Klägerin einen Servicevertrag für die Marke „C“ zu marktüblichen Konditionen mit Beginn 1. März 2018 abzuschliessen. Die Beklagte sei namentlich zu verpflichten,
 - a) Den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlich sind.
 - b) Die Klägerin mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marke als zugelassene Werkstatt erforderlichen Originalersatzteilen zu nichtdiskriminierenden Konditionen zu beliefern.
 - c) Der Klägerin sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marke als zugelassene Werkstatt erforderlichen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen.
 - d) Der Klägerin weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen „C“-Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren.
 - e) Der Klägerin die Durchführung von und Entschädigung für Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) für Personenfahrzeuge der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt zu gewähren.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuern zu Lasten der Beklagten.“

Mit der Klage im Hauptverfahren reichte die A. AG zugleich ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sowie ein Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen ein. Mit Entscheid vom 16. Januar 2018 wies der Obergerichtspräsident I das Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen ab. Auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen trat der Obergerichtspräsident I wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit mit Entscheid vom 2. Mai 2018 nicht ein. Das Bundesgericht trat auf die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in Zivilsachen mit Entscheid vom 10. September 2018 nicht ein.

C.

Mit Eingabe vom 20. Februar 2018 ersuchte die B. AG den Obergerichtspräsidenten I hauptsächlich, das Hauptverfahren vorerst auf die Frage der Zuständigkeit zu beschränken. Hierzu nahm die A. AG am 9. März 2018 Stellung und beantragte die Abweisung des Gesuchs um Erlass prozessleitender Massnahmen. Mit Entscheid vom 20. März 2018 beschränkte der Obergerichtspräsident I

das Verfahren OG 18/001 vorerst auf die Frage der Zuständigkeit des Obergerichts Obwalden.

Die von der A. AG eingereichte Orientierungseingabe vom 26. März 2018 wurde zu den Akten genommen. Mangels eines Zusammenhanges mit der Frage der Zuständigkeit erfolgte die Weiterleitung dieser Eingabe an die B. AG vorerst ohne Fristansetzung zur Stellungnahme.

D.

Die B. AG reichte am 3. Mai 2018 eine Klageantwort mit Beschränkung auf die Frage der Zuständigkeit ein und beantragte, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventuel- licher sei sie abzuweisen, unter Kosten- und Entschädi- gungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuern zulasten der Klä- gerin.

Auf die Begründung der Parteianträge wird – soweit erfor- derlich – in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

1.1

Auf eine Klage tritt das Gericht ein, sofern die Prozessvo- raussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Die sach- liche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts stellt eine Prozessvoraussetzung dar, die von Amtes wegen zu prü- fen ist (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Nachdem das Verfahren vorliegend vorerst auf die Frage der Zuständigkeit be- schränkt wurde, ist vorab die Beurteilung dieser Prozess- voraussetzung vorzunehmen.

1.2

Die Klägerin ist der Ansicht, das Obergericht Obwalden sei örtlich zuständig, da ihre Klage auf Kartellrecht ba- siere, kartellrechtliche Streitigkeiten von der Gerichts- standsklausel im Servicevertrag vom 1. Juni 2006 (Kläg.Bel. 5) nicht erfasst seien, die ZPO für widerrechtli- che Handlungen eine örtliche Zuständigkeit am Sitz der geschädigten Partei vorsehe und das prozessuale Zu- ständigkeitsrecht durch Gerichtsstandsklauseln nicht ab- geändert werden könne. Zur Begründung führt sie an, ihr Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages für Fahr- zeuge der Marke C zu marktüblichen Konditionen erge- be sich allein aus einer kartellrechtswidrigen Verhaltens- weise der Beklagten, welche unter den Begriff der uner-laubten Handlung falle. Art. 36 ZPO umfasse auch An- sprüche aus Wettbewerbsbehinderungen nach Kartell- recht. Sie übe daher ihr Wahlrecht dahingehend aus, dass sie am Ort der geschädigten Person bzw. am Er- folgsort um Rechtsschutz ersuche, d.h. am Obergericht in Obwalden. Die bisherige vertragliche Gerichtsstandsver- einbarung spiele für die Bestimmung der örtlichen Zustän- digkeit hingegen keine Rolle, denn die Klage betreffe den Abschluss eines neuen Servicevertrages zwischen den Parteien. Zudem gelte die Gerichtsstandsklausel im Ser- vicevertrag vom 1. Juni 2006 für das Kartellrecht nicht, da ein marktbeherrschendes Unternehmen den kartellrecht- lichen Gerichtsstand für Ansprüche der schwächeren Ver- tragspartei aus unerlaubter Handlung nicht wegbedingen könne. Art. 36 ZPO bleibe daher anwendbar und sichere die Durchsetzbarkeit materieller Ansprüche gestützt auf das Kartellgesetz. Es sei unabdingbar, dass die schwä-

chere Partei am Ort ihres Sitzes um Rechtsschutz ersu- chen könne, selbst wenn eine anderslautende Gerichts- standsklausel vereinbart worden sei.

1.3

Die Beklagte erhebt demgegenüber die Einrede der feh- lenden Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Sie ver- tritt die Auffassung, die von der Klägerin geltend gemach- ten angeblichen kartellrechtlichen Ansprüche seien von der Gerichtsstandsvereinbarung im Servicevertrag vom 1. Juni 2006 erfasst. Somit sei der Gerichtsstand für die vorliegende Streitigkeit in Zürich. Sie begründet dies ins- besondere damit, dass kartellrechtliche Auseinander- setzungen von vertraglichen Gerichtsstandsvereinbarun- gen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfasst und damit der gesetzlichen Regelung des Art. 25 GestG vorgehen würden. Zudem spreche sich die herrschende Lehre ausdrücklich für die Möglichkeit einer Gerichts- standsvereinbarung im Bereich des Kartellrechts aus, zu- mal Art. 25 GestG bzw. Art. 36 ZPO keine zwingenden Ge- richtsstände vorsehen würden. Des Weiteren ergebe die Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages, dass diese nicht nur Ansprüche aus Vertrag, sondern sämtliche Ansprüche aus und im Zusammenhang mit dem Vertrag umfasse. Mit anderen Worten würden darunter nicht nur vertragliche, sondern auch alle ausservertraglichen Auseinandersetzungen, mitunter auch solche aus Kartellrecht, fallen. Schliesslich sei erstellt, dass die von der Klägerin geltend gemachten kartellrechtlichen Ansprüche wegen des engen sachli- chen Zusammenhanges zum Servicevertrag vom 1. Juni 2006 ebenfalls von der Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages erfasst seien, zumal es der Klägerin beim Abschluss des neuen Vertrages im Er- gebnis faktisch um die Verlängerung des aufgelösten Ser- vicevertrages vom 1. Juni 2006 gehe. Die örtliche Zustän- digkeit liege damit in Zürich.

1.4

Die Klägerin macht geltend, sie habe gestützt auf das Kar- tellgesetz einen Anspruch auf Abschluss eines Service- vertrages. Ihrer Ansicht nach verstösst die Beklagte, in- dem sie die Geschäftsbeziehung verweigere, gegen Art. 7 Abs. 2 lit. a KG und Art. 5 KG. Ansprüche aus dem Kartellrecht fallen unter den Begriff der unerlaubten Hand- lung im Sinne von Art. 36 ZPO (HEINRICH HEMPEL, in: Bas- ler Kommentar ZPO, 3. Aufl., 2017, Art. 36 N 7; SCHMID/WEBER, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kom- mentar ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 36 N. 8; BBI 1999 III 2829, 2864). Dies wird von der Beklagten auch nicht bestritten. Gemäss Art. 36 ZPO ist für Klagen aus uner-laubter Handlung das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Da die Klägerin ihren Sitz in Kerns hat, stand es ihr als womöglich Ge- schädigte unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägun- gen offen, den Erfolgsort als Gerichtsstand zu wählen. Die örtliche Zuständigkeit im Kanton Obwalden ist folglich grundsätzlich gegeben.

2.

2.1

Der Servicevertrag zwischen der Klägerin und der Be- klagten vom 1. Juni 2006 beinhaltet unter Ziffer 7.4 eine

Gerichtsstandsvereinbarung, aus welcher insbesondere hervorgeht, dass für beide Vertragspartner Zürich der Gerichtsstand sei und sie für sämtliche Streitigkeiten die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich vereinbart hätten. Davon abweichend könne der Importeur Klagen aus diesem Vertragsverhältnis am Sitz oder Wohnort der jeweiligen Gegenpartei einklagen. Nachfolgend ist zunächst zu klären, ob diese Gerichtsstandsvereinbarung gültig zustande gekommen und zulässig ist.

2.2

2.2.1

Gemäss Art. 406 ZPO bestimmt sich die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht, das zur Zeit des Abschlusses gegolten hat. Die Bestimmung erfasst nur Vereinbarungen über die örtliche, nicht auch solche über die sachliche Zuständigkeit, insbesondere nicht eine nach früherem kantonalen Recht zulässige Prorogation des Handelsgerichts (TANJA DOMEJ, in: Oberhammer/Domej/Haas, Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. Basel 2014, Art. 406 N. 1, mit Hinweis auf BGE 138 III 471, E. 3.3). Die eidgenössische ZPO trat auf den 1. Januar 2011 in Kraft. Der fragliche Servicevertrag datiert vom 1. Juni 2006. Die Gültigkeit der darin enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung richtet sich somit nach dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (GestG).

2.2.2

Für das gültige Zustandekommen einer Gerichtsstandsvereinbarung wird die bestimmte oder wenigstens objektiv bestimmbare Bezeichnung des vereinbarten Gerichts und des Rechtsstreits vorausgesetzt (BERGER, a.a.O., Art. 9 N. 15 ff.). Verweisen die Parteien in der Vereinbarung lediglich auf die Gerichte eines bestimmten Kantons, ist die nötige Bestimmtheit allgemein zu bejahen (BERGER, a.a.O., Art. 9 N. 18; WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 64). Bereits daraus, dass der Gerichtsstand gemäss der vorliegenden Gerichtsstandsvereinbarung für beide Vertragspartner Zürich sei, ist daher auf eine genügend bestimmte Bezeichnung zu schliessen. Unzulässig, weil zu unbestimmt, wäre eine Prorogationsabrede für sämtliche Streitigkeiten aus allen Verträgen des derzeitigen und künftigen Geschäftsverkehrs zwischen zwei Parteien (WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 29, mit Hinweis auf BGE 87 I 57 f.). Die speziell geregelte Möglichkeit des Importeurs, „Klagen aus diesem Vertragsverhältnis am Sitz oder Wohnort der jeweiligen Gegenpartei“ einzuklagen, spricht dafür, dass die Gerichtsstandsvereinbarung nur bei Streitigkeiten aus dem Servicevertrag vom 1. Juni 2006 zur Anwendung gelangen soll. Demzufolge erweist sich die Gerichtsstandsvereinbarung auch in Bezug auf die Bezeichnung des Rechtsstreits als hinreichend bestimmt. Nach dem Gesagten ist die Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages grundsätzlich gültig zustande gekommen.

2.3

2.3.1

Die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages vom 1. Juni 2006 beurteilt sich nach Art. 9 Abs. 1 GestG. Gemäss dieser Bestimmung

können die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht. Art. 9 GestG lässt nur eine Vereinbarung über die örtliche Zuständigkeit zu (MARKUS WIRTH, in: Müller/Wirth, Kommentar Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, Art. 9 N. 14). Unzulässig ist eine Gerichtsstandsvereinbarung, wenn sie durch einen zwingenden oder teilzwingenden Gerichtsstand des GestG oder durch eine zwingende Bestimmung in der übrigen Bundesgesetzgebung ausgeschlossen ist (WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 12; BERNHARD BERGER, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich, Kommentar Gerichtsstandsgesetz, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 9 N. 9). Die Klägerin macht vorliegend einen kartellrechtlichen Anspruch geltend. Der Begriff der unerlaubten Handlung ist auch im Geltungsbereich des GestG weit auszulegen. Demzufolge sind kartellrechtliche Streitigkeiten darunter zu subsumieren (FLAVIO ROMERIO, in: Müller/Wirth, Kommentar Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, Art. 25 N. 2; KURTH/BERNET, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich, Kommentar Gerichtsstandsgesetz, 2. Aufl. Bern 2005, Art. 25 N. 12, mit Hinweis auf BGE 112 II 279; Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006, E. 2). Die örtliche Zuständigkeit für Klagen aus unerlaubter Handlung ist in Art. 25 GestG geregelt. Die darin genannten alternativen Gerichtsstände sind weder zwingender noch teilzwingender Natur (KURTH/BERNET, a.a.O., Art. 25 N. 29; BERGER, a.a.O., Art. 9 N. 10 f.; vgl. WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 15 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006, E. 2). Folglich war es zulässig, unter der Geltung des GestG eine Gerichtsstandsvereinbarung über die örtliche Zuständigkeit zu treffen.

2.3.2

Die fragliche Gerichtsstandsvereinbarung beinhaltet auch eine Übereinkunft über die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich. Damit wurde neben der Regelung über die örtliche Zuständigkeit auch das Handelsgericht als sachlich zuständiges Gericht vereinbart. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit der Disposition der Parteien grundsätzlich entzogen (BGE 138 III 471, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_131/2017 vom 21. September 2017, E. 4; vgl. BGE142 III 623 E. 2.4). Insofern ist die Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages nichtig. Es ist jedoch zu prüfen, ob die Vereinbarung in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit trotzdem gültig ist. Betrifft der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR). Die Frage, ob der Vertrag ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre, ist grundsätzlich nach dem Vertrauensprinzip zu beantworten, indem der mutmassliche bzw. hypothetische Parteiwille ermittelt wird, sofern nicht ein diesbezüglicher tatsächlicher Parteiwille nachgewiesen werden kann. Dabei ist danach zu fragen, welche Vereinbarung die Parteien unter den konkreten Umständen in Kenntnis des Mangels getroffen hätten, wobei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses dafür massgeblich ist. Bei der Bestimmung eines hypothetischen Parteiwillens hat sich das Gericht am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an

Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren. Bei Zweifeln am Bestehen eines auf Nichtigkeit der ganzen Vereinbarung gerichteten hypothetischen Parteiwillens ist nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts der Teilnichtigkeit der Vorzug zu geben (zum Ganzen BGE 143 III 558 E. 4.1.1 f., mit Verweis auf BGE 131 III 467 E. 1.2, 124 III 60 und 138 III 29 E.2.3.2 f.). Vorliegend ist nicht ersichtlich, weshalb die Parteien die fragliche Gerichtsstandsvereinbarung nicht abgeschlossen hätten, wenn sie von der unzulässigen Regelung über die sachliche Zuständigkeit gewusst hätten. Des Weiteren gibt es keine Hinweise darauf, dass es sich bei der Regelung der sachlichen Zuständigkeit um den entscheidenden Aspekt des Zustandekommens der Gerichtsstandsvereinbarung gehandelt hätte, welche ohne diese nicht geschlossen worden wäre, zumal sich die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts im Kanton Zürich für die meisten Streitigkeiten aus dem Servicevertrag vom 1. Juni 2006 ohnehin bereits aus dem Gesetz ergibt (vgl. Art. 5 f. ZPO i.V.m. § 44 f. des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010). Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist daher davon auszugehen, dass die Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages in örtlicher Hinsicht trotzdem Gültigkeit erlangt hat. Es handelt sich mithin um einen Fall der Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR. Schliesslich bestreitet die Klägerin auch nicht, dass die im Servicevertrag enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung gültig zustande gekommen wäre.

2.4

Nachdem sich die betreffende Gerichtsstandsvereinbarung als zulässig und gültig erwiesen hat, ist nachstehend die inhaltliche Tragweite derselben zu prüfen. Damit verbunden ist insbesondere die Frage, ob die Gerichtsstandsvereinbarung kartellrechtliche Streitigkeiten erfasst.

3.

3.1

Rechtsprechungsgemäss handelt es sich bei einer Gerichtsstandsklausel um einen prozessrechtlichen, vom Hauptvertrag losgelösten, rechtlich selbständigen Vertrag (BGE 121 III 499; Urteil des Bundesgerichts 4C.73/2000 vom 22. Juni 2000, E. 3c). Mangels eigener prozessrechtlicher Regelungen kommen bezüglich der Vertragsauslegung einer Gerichtsstandsvereinbarung die Vorschriften des OR analog zur Anwendung (DANIEL FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 17 N. 2; WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 35; BERGER, a.a.O., Art. 9 N. 4). Für die Auslegung massgebend ist im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR zunächst, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Lässt sich der wirkliche Wille der Parteien nicht feststellen, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip, welchen Inhalt eine Willenserklärung hat. Die Erklärung ist danach so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (zum Ganzen BGE 132 III 268 E. 2.3.2).

3.2

3.2.1

Um den Sinn einer Vertragsbestimmung zu ermitteln, ist in einem ersten Schritt deren Wortlaut zu analysieren (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, Art. 18 OR, 4. Aufl., 2014, N. 374, mit Verweis auf BGE 131 III 606 E. 4.2). Dabei ist zunächst auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen. Ein individueller oder spezieller Sprachgebrauch kann jedoch unter Umständen Vorrang vor dem allgemeinen haben, so etwa wenn alle Vertragsbeteiligten einem spezifischen Fachkreis angehören. Gleiches gilt grundsätzlich, wenn die Parteien ein Wort im juristisch-technischen Sinn verwenden. Ist dieser jedoch von vornherein nicht eindeutig, so muss er wiederum mit Hilfe anderer Auslegungsmittel präzisiert werden (vgl. zum Ganzen WIEGAND/HURNI, in: Honsell, Kurzkommentar OR, Basel 2014, Art. 18 N. 18 f.; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N. 375, mit weiteren Hinweisen).

3.2.2

Der erste Satz der Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages vom 1. Juni 2006 lautet wie folgt: „Gerichtsstand für beide Vertragspartner ist Zürich“. Im zweiten Abschnitt steht, dass „für sämtliche Streitigkeiten die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich“ vereinbart worden sei. „Davon abweichend“ bestehe für den Importeur die Möglichkeit, „Klagen aus diesem Vertragsverhältnis am Sitz oder Wohnort der jeweiligen Gegenpartei“ einzuklagen. Die Formulierung „für sämtliche Streitigkeiten“ erscheint auf den ersten Blick allumfassend, sodass nicht nur Streitigkeiten aus dem Servicevertrag darunter zu subsumieren wären. Zweimal wurde jedoch das Wort „Vertrag“ in die Vereinbarung eingebaut. Zunächst sie der Gerichtsstand für beide „Vertragspartner“ Zürich. Sodann könne der Importeur Klagen „aus diesem Vertragsverhältnis“ am Sitz oder Wohnort der jeweiligen Gegenpartei einklagen. Diese Sonderklagemöglichkeit des Importeurs hebt hervor, dass die Gerichtsstandsvereinbarung nur auf Streitigkeiten aus dem konkreten Vertragsverhältnis bzw. des Servicevertrages anwendbar ist. Die Formulierung „davon abweichend“ ist deshalb nicht derart zu verstehen, dass die Klägerin für sämtliche Streitigkeiten auf den gesetzlichen Gerichtsstand verzichtet hätte, während die Beklagte lediglich im Fall von vertraglichen Streitigkeiten nicht an den vereinbarten Gerichtsstand (Zürich) gebunden wäre. Aufgrund der wörtlichen Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung ist es naheliegend, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung nicht auf alle möglichen, sondern lediglich auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag vom 1. Juni 2006 bezieht. Mithin werden dem Wortlaut nach kartellrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich nicht erfasst. Ein spezieller Sprachgebrauch mit berufsspezifischen Fachbegriffen ist nicht erkennbar, weshalb es sich bei der vorgenommenen Auslegung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bewenden lässt.

3.3

3.3.1

Bei der Auslegung von Verträgen ist immer auch das systematische Element zu berücksichtigen (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N. 381, mit Verweis auf BGE 122 III 122). Massgeblich für die Bedeutung eines Wortes ist weniger dessen unmittelbarer Wortsinn als seine Stellung im Kontext und wiederum dessen Stellung im Gesamtkonzept des Vertrages (WIEGAND/HURNI, a.a.O., Art. 18 N. 20).

3.3.2

Im Gefüge des gesamten Servicevertrages vom 1. Juni 2006 wurde die fragliche Gerichtsstandsvereinbarung im Ziffer 7.4 und damit gegen Ende des Vertrages eingesetzt. Aufgrund der Stellung der Gerichtsstandsvereinbarung am Ende des Servicevertrages ist dafürzuhalten, dass sich diese auf die vorhergehenden Vertragspunkte bezieht und damit nur für Streitigkeiten konzipiert wurde, die sich daraus ergeben. Im Anschluss an die auszulegende Gerichtsstandsregelung findet sich die Vereinbarung über eine aussergerichtliche Streitbeilegung, zufolge welcher die Parteien versuchen würden, „jeden Streit, jede Auseinandersetzung oder jeden Anspruch, die aus oder in Verbindung mit diesem Servicevertrag entstehen, miteinander gütlich zu regeln“. Dem Wortlaut nach würden die Parteien nicht nur Streitigkeiten aus dem Servicevertrag, sondern darüber hinaus auch solche, welche lediglich mit dem Servicevertrag in einer Verbindung stehen, zu schlichten versuchen. Die Regelung über die aussergerichtliche Streitbeteiligung ist der vorliegend zu beurteilenden Gerichtsstandsvereinbarung zwar nachgelagert, jedoch befindet sich diese wie die Gerichtsstandsvereinbarung unter Ziffer 7.4 des Servicevertrages. Es ist daher davon auszugehen, dass die Ausführungen unter Ziffer 7.4 inhaltlich zusammenhängen und somit ein in sich geschlossenes Kapitel des Servicevertrages darstellen. Folglich ist unter Berücksichtigung der Vereinbarung über die aussergerichtliche, gütliche Einigung daraus zu schliessen, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung nicht nur auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag bezieht, sondern auch auf solche, die mit dem Servicevertrag in einer Verbindung stehen. Nach dem Gesagten führt die systematische Auslegung zu einem anderen Ergebnis als die rein grammatikalische Auslegung.

3.4

3.4.1

Schliesslich stellt der Vertragszweck ein unentbehrliches Auslegungsmittel dar (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N. 416; vgl. BGE 132 III 24 E. 4). Das teleologische Element gestattet den Schluss auf den Inhalt des Vertrages, indem auf die Interessenlage der Parteien und die sonst für den Abschluss des Vertrages massgebenden, erkennbaren Motive zurückgegriffen wird (vgl. WIEGAND/HURNI, a.a.O., Art. 18 N. 25; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N. 416).

3.4.2

Die Gerichtsstandsvereinbarung wurde im Rahmen der Verhandlungen über den Servicevertrag eingefügt. Folglich ist es auf den ersten Blick naheliegend, dass sich die

Gerichtsstandsvereinbarung auch nur auf die Streitigkeiten aus dem Servicevertrag und dem darin festgelegten Inhalt bezieht. Allerdings lässt sich aufgrund der systematischen Auslegung (vgl. vorne E. 3.3) nicht ausschliessen, dass sich die Vertragsparteien bereits beim Vertragsabschluss über weitere mit dem Servicevertrag in Verbindung stehende Streitigkeiten unterhalten und diese in Betracht gezogen haben. Es ist somit möglich, dass die Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses des Servicevertrages und der damit einhergehenden Aufnahme der Gerichtsstandsvereinbarung Motive oder Interessen gehabt haben, aufgrund welcher sie neben der Regelung des Gerichtsstands in Bezug auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag auch Sicherheit über den Gerichtsstand bei mit dem Servicevertrag zusammenhängenden Streitigkeiten schaffen wollten.

3.4.3

Steht das Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung fest, ist davon auszugehen, dass die Parteien eine umfassende Zuständigkeit des prorogierten Gerichts wünschten, wenn sie eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.40/2003 vom 19. Mai 2003, E. 5.3). Im Zweifel ist eine Gerichtsstandsvereinbarung daher nicht restriktiv auszulegen (BGE 121 III 500). Eine in einem Vertrag enthaltene Gerichtsstandsklausel erfasst in der Regel alle Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, die sich aus dem Vertragsverhältnis oder in einem engen tatsächlichen Zusammenhang mit diesem ergeben (WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 67). Sofern eine Gerichtsstandsvereinbarung für alle Ansprüche aus einem bestimmten Vertrag vorgesehen ist, werden auch allfällige deliktische Ansprüche davon erfasst, falls die unerlaubte Handlung gleichzeitig eine Vertragsverletzung bedeutet oder ein Sachzusammenhang zwischen der unerlaubten Handlung und dem Vertragsgegenstand besteht (GUIDO E. URBACH, in: Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 17 N. 5; FÜLLEMANN, a.a.O., Art. 17 N. 13; HAAS/SCHLUMPF, in: Oberhammer/Domej/Haas, Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 17 N. 21; Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006, E. 2). Mit anderen Worten können auch inhaltlich mit dem Hauptvertrag verbundene Deliktansprüche unter die Gerichtsstandsvereinbarung fallen (vgl. GROLIMUNDBACHOFNER, in: Vogt/Schnyder/Berti, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 2013, Art. 5 N. 41).

Das Bundesgericht bejahte im Rahmen einer kartellrechtlichen Streitigkeit zwischen zwei Telekommunikationsunternehmen den Zusammenhang zwischen der unerlaubten Handlung und einem gekündigten Vertrag, da die unerlaubten Handlungen der Beschwerdegegnerin ausschliesslich auf der verweigerter Vertragserfüllung, auf der fehlerhaften Vertragserfüllung, auf ihrer Kündigung und auf der Änderung der allgemeinen Vertragsbedingungen beruht hätten. Als Folge davon subsumierte es die kartellrechtliche Streitigkeit unter die Gerichtsstandsvereinbarung, welche im gekündigten Vertrag erhalten war (Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006, E. 2). Das Handelsgericht Zürich kam im Fall einer in einem Tankstellenvertrag enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung zum Schluss, dass sich diese über die vertraglichen Ansprüche hinaus auch auf ausservertragliche markenrechtliche erstreckte, soweit diese auf

den gleichen Sachverhalt gestützt waren, nämlich den angeblichen Verkauf von anderweitigem Benzin an einer Markten-Tankstelle (RICHARD FRANK, in: Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Ergänzungsband, § 11 N. 3, mit Hinweis auf das Urteil des Handelsgerichts Zürich HE 980010 vom 18. Juni 1998; WIRTH, a.a.O., Art. 9 N. 69). Das Bundesgericht prüfte im Rahmen einer Patentabtretungsklage, ob die erhobenen Ansprüche aus dem Patentgesetz von der Schiedsklausel im Rahmenvertrag („Secrecy Agreement“) materiell erfasst werden. Es bejahte dies, da der Streit darüber, ob die Kläger gegenüber der Beklagten ein besseres Recht auf die Erfindung hätten, mit dem Secrecy Agreement im Zusammenhang stehe und daher in den Anwendungsbereich der darin enthaltenen Schiedsklausel falle. Der Zusammenhang mit dem Secrecy Agreement falle schliesslich nicht dahin, weil die Kläger ihre Ansprüche auch auf das Patentgesetz stützen würden. Ebenso wenig sei es erheblich, ob das Secrecy Agreement überhaupt oder einzelne Verpflichtungen daraus befristet gewesen seien und ob die Zusammenarbeit bereits beendet gewesen sei, als die Beklagte die Erfindung vollendet und die streitbetroffenen Patente zur Eintragung angemeldet habe (Urteil des Bundesgerichts 4C.40/2003 vom 19. Mai 2003, E. 5.4). Sodann gilt eine Gerichtsstandsvereinbarung, die sich auf ein materielles Rechtsverhältnis bezieht, solange als dieses Wirkungen zeitigt, und sie kann daher angerufen werden, solange Ansprüche und Verpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis bestehen, auch wenn dieses inzwischen beendet wurde (BGE 87 I 77 f.; WIRTH, a.a.O., Art.9 N. 68).

3.4.4

Die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages vom 1. Juni 2006 ist unbestritten. Es ist daher unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu prüfen, ob die Streitigkeit über die geltend gemachten kartellrechtlichen Ansprüche in einem engen sachlichen Zusammenhang zum Servicevertrag steht als Folge davon die darin enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung vorliegend einschlägig ist.

Die Klägerin stellte in ihrer Klageschrift hauptsächlich den Antrag, die Beklagte sei zum Abschluss eines Servicevertrages mit Beginn am 1. März 2018 zu verpflichten. Die Beklagte hatte das Vertragsverhältnis auf den 28. Februar 2018 gekündigt. Es ist ersichtlich, dass die Klägerin einen nahtlosen Übergang des Vertragsverhältnisses begehrte. Sie beantragte namentlich in Antrag Ziffer 1 lit. d der Klageschrift, dass ihr „weiterhin und ununterbrochen“ die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen C-Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren seien. In der Executive Summary der Klageschrift betonte die Klägerin, dass der Anspruch aus Art. 7 KG von einer allfälligen Gerichtsstandsvereinbarung nicht tangiert werde und im vorliegenden Fall hinzukomme, dass die Klägerin keine Ansprüche aus dem bisherigen Vertragsverhältnis geltend mache. Sie verlange, dass die Beklagte angewiesen werde, die Geschäftsbeziehung nicht per 28. Februar 2018 abzubrechen, sondern durch den Abschluss eines neuen Vertrages ab 1. März 2018 fortzusetzen. Die Klageeinleitung diene dazu, das Werkstattvertragsverhältnis ununterbrochen aufrechtzuerhalten bzw. weiterzuführen. Für die in der Klage vorgebrachten Ansprüche bilde das Kartellgesetz

die primäre Rechtsgrundlage und habe vorrangig Bedeutung für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit. Aus dem Schreiben vom 30. September 2017 (Kläg.Bel. 8) geht hervor, dass die Klägerin um die Fortsetzung der Partnerschaft und Weiterführung des Servicevertrages für C zu angemessenen Konditionen auch nach dem 28. Februar 2018 ersucht hat. Gleiches lässt sich auch dem Schreiben der Klägerin vom 31. Oktober 2017 (Kläg.Bel. 10) entnehmen. Aus den zitierten Ausführungen der Klägerin leitet sich zwar ab dass sie auf dem Abschluss eines neuen Vertrages beharrt und sich die Anspruchsgrundlage dafür ihrer Ansicht nach primär im Kartellgesetz findet. Allerdings bildet das bisherige Vertragsverhältnis die tatsächliche Grundlage für ihren Antrag, denn ohne die Kündigung durch die Beklagte hätte es für die Klägerin keinen Grund dafür gegeben, die ihrer Ansicht nach kartellrechtlich unzulässige Nichtweiterführung der bisherigen Vertragsbeziehung zu beanstanden. Dafür spricht auch, dass der neue Vertrag direkt im Anschluss an den gekündigten Vertrag Geltung erlangen soll. Dementsprechend hatte in einem durch das Handelsgericht des Kantons Aargau mit vorsorglicher Verfügung vom 24. April 2000 entschiedenen vergleichbaren Fall die dortige Gesuchstellerin gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KG erfolgreich die Aufhebung der Kündigung und die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin, den Vertrag eintswilen aufrechtzuerhalten, verlangt (RPW 2000/3, 478 ff.). Des Weiteren gibt es keine Anhaltspunkte, die darauf hinweisen würden, dass sich der Inhalt des beantragten neuen Vertrages gänzlich von demjenigen des Servicevertrages vom 1. Juni 2006 unterscheiden würde. Im Gegenteil geht es der Klägerin vielmehr um die Aufrechterhaltung des bisherigen Werkstattvertragsverhältnisses. Insbesondere die Rechte und Pflichten der Parteien, welche in einem neuen Vertrag zu regeln wären, dürften daher im Wesentlichen mit den bisherigen Vereinbarungen identisch sein, zumal es sich wiederum um einen Servicevertrag für die Marke C handeln sollte und die gleichen Parteien als Vertragspartner auftreten würden. Nach dem Gesagten ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen den behaupteten kartellrechtlichen Ansprüchen der Klägerin und dem Servicevertrag vom 1. Juni 2006 bzw. dessen Vertragsgegenstand zu bejahen. Dieser Zusammenhang bleibt rechtsprechungsgemäss bestehen, selbst wenn die Klägerin ihre Ansprüche primär auf das Kartellgesetz stützt. Schliesslich ist es unerheblich, dass der Servicevertrag im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits gekündigt worden ist. Die teleologische Auslegung führt unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung daher zum Ergebnis, dass die Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 7.4 des Servicevertrages vom 1. Juni 2006 auch kartellrechtliche Streitigkeiten erfasst.

3.4.5

Insgesamt sprechen das systematische und das teleologische Auslegungselement klar dafür, dass auch die vorliegend zu beurteilende kartellrechtliche Streitigkeit unter die Gerichtsstandsvereinbarung fällt. Eine rein grammatische Auslegung vermag den Sinn der Klausel nicht ausreichend wiederzugeben. Sie gab deshalb gegenüber den anderen Auslegungselementen zurückzutreten.

3.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Servicevertrag vom 1. Juni 2006 eingegliederte Gerichtsstandsvereinbarung in Bezug auf die Regelung der örtlichen Zuständigkeit gültig ist. Die unzulässige Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit führt bloss zu einer Teilnichtigkeit. Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Gerichtsstandsvereinbarung auf die vorliegende Streitigkeit anwendbar, da die von der Klägerin geltend gemachten kartellrechtlichen Ansprüche in einem sachlichen Zusammenhang mit dem gekündigten Servicevertrag stehen. Gemäss der anwendbaren Gerichtsstandsvereinbarung liegt die örtliche Zuständigkeit bei den Gerichten des Kantons Zürich. Die örtliche Zuständigkeit des Obergerichts des Kantons Obwalden ist deshalb zu verneinen.

4.

Auf die Klage ist aufgrund der fehlenden örtlichen Zuständigkeit nicht einzutreten. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Namentlich bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend. Vorliegend sind die Kosten des Hauptverfahrens sowie die Kosten des Zwischenentscheides betreffend die Beschränkung des Hauptverfahrens auf die Frage der Zuständigkeit (vgl. Entscheid des Obergerichtspräsidenten I vom 20 März 2018, Dispositiv Ziffer 3) demzufolge der Klägerin aufzuerlegen, da sie aufgrund des Nichteintretensentscheids als unterliegend

gilt. Zudem hat die Klägerin der Beklagten eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 95 ZPO).

Entscheid**1.**

Auf die Klage wird nicht eingetreten.

2.

Die Kosten des Gerichtsverfahrens von Fr. 5'000.- werden der Klägerin auferlegt. Sie werden dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 15'000.- entnommen. Die Inkassostelle Obergericht hat der Klägerin Fr. 10'000.- zurückzuerstatten.

3.

Die Klägerin hat der Beklagte eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.- zu bezahlen.

4.

Zustellung an:

- Parteien
- Sekretariat Wettbewerbskommission (Art. 48 KG)

Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an:

- Inkassostelle Obergericht (Dispositiv Ziffer 2)

[Rechtsmittelbelehrung]

C 1	3. Entscheid des Handelsgerichts des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. März 2018 in Sachen A. AG gegen B. AG – Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) – Gesuch vom 16. Februar 2018
-----	--

Entscheid HG 18 19 des Handelsgerichts des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. März 2018 in Sachen A. AG in [...], vertreten durch [...], Gesuchstellerin gegen B. AG in [...], vertreten durch [...], Gesuchsgegnerin – Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) – Gesuch vom 16. Februar 2018

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1.

1.1. Die B. AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) ist exklusive Generalimporteurin von Fahrzeugen der Marken C und D. Sie hat hierfür in der Schweiz ein selektives Vertriebs- und Werkstattnetz eingerichtet.

1.2 Die A. AG (nachfolgend: Gesuchstellerin) ist seit knapp 20 Jahren autorisierte C- bzw. D-Händlerin und betreibt eine Autogarage mit Werkstatt in [...].

1.3 Am 23. Januar 2013 kündigte die Gesuchsgegnerin die Geschäftsbeziehung mit der Gesuchstellerin per 31. Januar 2015. Nach mehrfacher Verlängerung der Kündigungsfrist endeten die Händlerverträge per 31. Dezember 2017. Die im Verlauf ausgekoppelten bzw. separat vereinbarten Serviceverträge laufen Ende März 2018 aus.

1.4 Die Gesuchstellerin verlangte von der Gesuchsgegnerin mehrfach die Weiterführung der Geschäftsbeziehung, später insbesondere den Abschluss mehrjähriger Serviceverträge. Die Gesuchsgegnerin beharrte jedoch auf dem Vertragsende.

2.

2.1 Am 2. Februar 2018 (Eingang: 6. Februar 2018) deponierte die Gesuchsgegnerin beim Handelsgericht des Kantons Bern eine Schutzschrift und stellte darin folgende Anträge:

1. Es sei ein allfälliges Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen.
2. **Eventualiter** sei ein allfälliges Gesuch um superprovisorische Massnahmen abzuweisen und es sei der [Gesuchsgegnerin] eine Frist zur Stellungnahme zu den beantragten Massnahmen anzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der [Gesuchstellerin].

2.2 Mit Klage und gleichzeitigem Gesuch vom 16. Februar 2018 (Eingang: 20. Februar 2018) gelangte die Gesuchstellerin an das Handelsgericht des Kantons Bern. Sie stellte folgende Anträge:

1. Die [Gesuchsgegnerin] sei zu verpflichten, mit der [Gesuchstellerin] einen Servicevertrag für die Marken „C“ (inkl. „iC“) und „D“ zu marktüblichen Konditionen mit Beginn 1. April 2018 abzuschliessen. Die [Gesuchsgegnerin] sei namentlich zu verpflichten,

- a) den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlich sind;
- b) die [Gesuchstellerin] mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken erforderlichen Originalersatzteilen zu nichtdiskriminierenden Konditionen zu beliefern;
- c) der [Gesuchstellerin] sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken erforderlichen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen;
- d) der [Gesuchstellerin] weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen „C“- und „D“-Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren;
- e) der [Gesuchstellerin] die Durchführung von und Entschädigung für Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) für Personenfahrzeuge der erwähnten Marken zu gewähren.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der [Gesuchsgegnerin].

3. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 seien für die Dauer des Verfahrens vorsorglich anzuordnen.

4. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 i.V.m. 3 seien bis zum Massnahmeentscheid superprovisorisch und ohne Anhörung der [Gesuchsgegnerin] anzuordnen.

5. Es sei nach Massgabe von Art. 15 Abs. 1 KG bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten über die kartellrechtlich relevanten Fragen einzuholen, namentlich (i) zur Bestimmung des relevanten Marktes, (ii) zur marktbeherrschenden Stellung der [Gesuchsgegnerin] auf dem relevanten Markt (Art. 4 Abs. 3 KG) sowie (iii) zum Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 Abs. 2 KG) infolge der Verweigerung einer Geschäftsbeziehung nach Ziff. 1.

2.3 Der Instruktionsrichter wies den Antrag auf superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Verfügung vom 21. Februar 2018 ab und forderte die Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme innert nicht erstreckbarer Frist auf. Er gab der Gesuchsgegnerin gleichzeitig Kenntnis von der Schutzschrift und zog diese zum Verfahren bei. Betreffend Schutzschrift wurde ausdrücklich kein Schriftenwechsel angeordnet.

2.4 Ohne die Zulässigkeit dieses Vorgehens darzulegen, reichte die Gesuchstellerin am 2. März 2018 eine „Stellungnahme zur Schutzschrift“ mitsamt Urkunden ein. Sie hielt an den gestellten Anträgen fest.

2.5 In ihrer Stellungnahme vom 12. März 2018 (Eingang: 14. März 2018) stellte die Gesuchsgegnerin folgende Anträge:

1. Es sei auf das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin.

Prozessualer Antrag: Es sei die unaufgeforderte „Stellungnahme Schutzschrift“ der Gesuchstellerin vom 2. März 2018 vollumfänglich, eventualiter insoweit als sie neue Behauptungen und Beweismittel enthält, die bereits im Massnahmegesuch hätten vorgebracht werden können und die der Anspruchsbegründung dienen, aus dem Recht zu weisen.

In der Begründung ihrer Rechtsschrift beantragte die Gesuchsgegnerin zudem eventualiter die Einforderung einer Sicherheitsleistung bei der Gesuchstellerin (Rz. 147; Art. 264 Abs. 1 ZPO).

2.6 Mit Verfügung vom 14. März 2018 gab der Instruktionsrichter der Gesuchstellerin Kenntnis von der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 12. März 2018. Er teilte den Parteien zudem mit, dass das Gericht die Entscheidberatung im Massnahmeverfahren am 20. März 2018 beginnen werde.

2.7 Auf Ersuchen des Gerichts reichten die Parteien in der Folge ihre Kostennoten ein.

2.8 Am 23. März 2018 tätigte die Gesuchstellerin eine weitere unaufgeforderte Eingabe (Eingang: 26. März 2018). Gemäss referenzierter Verfahrensnummer auf dem Deckblatt und der Parteibeziehung „Klägerin/Beklagte“ bezieht sich diese Eingabe indessen auf das Klageverfahren (Nummer HG 18 18), d.h. nicht auf das vorliegende Massnahmeverfahren.

II. Formelles

3.

3.1 Die örtliche Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ist in Art. 13 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) geregelt: Zwingend zuständig ist entweder das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (Bst. a) oder am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (Bst. b). Abweichende gesetzliche Vorschriften bleiben vorbehalten.

3.2 Bei der Beurteilung der örtlichen Zuständigkeit ist auf den von der klagenden Partei eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen (BGE 141 III 294 E. 5.2 S. 298 f. mit Hinweisen). Sofern Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit eine Tatsache darstellt, der auch materiellrechtlich entscheidende Bedeutung zukommt (doppelrelevante Tatsache), ist darüber nicht im Rahmen der Eintretensfrage, sondern des Sachentscheides zu befinden. Die behaupteten doppelrelevanten Tatsachen sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen und werden erst im Moment der materiellen Prüfung untersucht. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Gegenseite unmittelbar und eindeutig widerlegt, werden kann (BGE 137 III 32 E. 2.3 mit Hinweisen; vgl. auch MARIO MARTI, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessverordnung, 2012, N. 16 zu Art. 36 ZPO).

3.3 Streitgegenstand gemäss Darstellung im Gesuch ist ein Anspruch aus Kartellrecht, welcher durch eine unerlaubte Handlung (Beschränkung des Wettbewerbs) begründet worden sei. Für solche Fälle zuständig sind vorab die Gerichte am Sitz der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort (Art. 36 ZPO; MARTI, a.a.O., N. 6 zu Art. 36 ZPO; CHEVALIER/HEDINGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 36 ZPO; HEINRICH HEMPEL, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 7 zu Art. 36 ZPO). Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Anordnung ist dieser Gerichtsstand (Art. 36 ZPO) aber nicht zwingend (Art. 9 Abs. 1 ZPO). Die Parteien können vertraglich davon abweichen.

3.4 Die Gesuchsgegnerin erhebt die Unzuständigkeitseinrede. Sie beruft sich auf die zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge und die dortigen Gerichtsstandsvereinbarungen.

3.4.1 In tatsächlicher Hinsicht ist hierzu Folgendes festzustellen:

- Die im Jahr 2005 abgeschlossenen Händlerverträge (Gesuchsbeilagen [GB] 6 und 7) enthalten beide folgende Vereinbarung:

„Leistungs- und Erfüllungsort sowie Gerichtsstand ist Dielsdorf. Sachlich zuständig ist das Bezirksgericht Dielsdorf. [Die Gesuchsgegnerin] ist berechtigt, gegen [die Gesuchstellerin] auch vor jedem anderen zuständigen Gericht vorzugehen.“

- Der im Jahr 2013 abgeschlossene „C i Service Vertrag“ (GB 12) enthält folgende Gerichtsstandsvereinbarung:

„Ausschliesslicher Gerichtsstand für Streitigkeiten über die Entstehung und Beendigung dieses Vertrages sowie über sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag ist Dielsdorf“.

3.4.2 Die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bestimmt sich nach dem Recht, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat (Art. 406 ZPO).

- Für die Händlerverträge ist nicht die ZPO, sondern das (zwischenzeitlich ausser Kraft getretene) Gerichtsstandsgesetz (GesG; ehem. SR 272) einschlägig. Dieses sah in Art. 9 vor, dass die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren konnten. Dabei konnte die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand angehoben werden, sofern nichts anderes aus der Vereinbarung hervorging (Abs. 1). Die Vereinbarung musste schriftlich oder in einer gleichgestellten Form erfolgen (Abs. 2).
- Für die „C i Service Vertrag“ gelten die Regeln der ZPO, insb. deren Art. 17. Demnach können die Parteien für einen bestehenden oder künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so kann die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand erhoben

werden (Abs. 1). Die Vereinbarung muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht.

Die Gerichtsstandsvereinbarungen wurden grundsätzlich gültig abgeschlossen.

3.4.3 Die Tragweite einer Gerichtsstandsvereinbarung (Prozessvertrag) ergibt sich zunächst aus dem übereinstimmenden Willen der Parteien; ist ein solcher nicht nachgewiesen, ist die Klausel nach den üblichen Regeln auszulegen (BGE 132 III 268 E. 2.3.2 S. 274; Urteil des Bundesgerichts 4A_4/2015 vom 9. März 2015 E. 2). Da vorliegend keine Seite behauptet, die Parteien hätten bei Abschluss des Vertrages ausdrücklich auch kartellrechtliche Ansprüche regeln wollen, sind die Klauseln auszulegen.

3.4.4 Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärung so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 E. 1.2.2 S. 159 mit Hinweisen). Dabei ist der Wortlaut nicht allein ausschlaggebend. Zu berücksichtigen sind im Weiteren etwa die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden, und insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste.

Zu den hier abgeschlossenen Klauseln ergibt sich bei summarischer Prüfung Folgendes:

- Der Wortlaut der Klauseln ist restriktiv gefasst („Leistungs- und Erfüllungsort sowie Gerichtsstand“ bzw. „Streitigkeiten über die Entstehung und Beendigung dieses Vertrages sowie über sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag“). Die häufig anzutreffende Ergänzung, wonach auch Streitigkeiten „im Zusammenhang mit dem Vertrag“ erfasst seien, wurde nicht verwendet.
- Kartellrechtliche Ansprüche beruhen auf einer Spezialgesetzgebung. Die Implikationen sind der durchschnittlichen Betreiberin einer Autogarage in der Regel nicht bzw. nicht im Detail bekannt. Dass das Kartellgesetz insbesondere Anspruch auf Abschluss von Verträgen gibt, dürften die Beteiligten im Normalfall erst durch ihre Anwälte erfahren und entsprechend überraschen. Solche Ansprüche gehören nicht zum Kreis der Rechtsfragen, mit denen die Parteien – selbst im Geschäftsverkehr – üblicherweise rechnen.
- In der Lehre wird vertreten, dass „konkurrierende“ deliktische Ansprüche bzw. deliktische Ansprüche, die „gleichzeitig eine Vertragsverletzung“ darstellen, ebenfalls von Gerichtsstandsvereinbarungen erfasst würden (vgl. etwa MARKUS WIRTH, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2001, N. 68 f. zu Art. 9 GestG; BERNHARD BERGER, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessverordnung, 2012, N. 29 zu Art. 17 ZPO). Dies lässt sich ohne Weiteres mit dem Gesagten vereinen: Dass im Zuge der Zusammenarbeit auch Schadenersatzansprüche nach Art. 63 ff. OR erfüllt sein könnten, leuchtet ein. Der Kreis dieser zweifellos ebenfalls von der Klausel erfassten Rechtsverhältnisse lässt sich aber nicht ex post, auf dem Weg der (hier überraschenden)

Vertragsauslegung, erweitern (vgl. bereits oben). Vorliegend ist das Kartellrecht sodann alleinige (und nicht konkurrierende) Anspruchsgrundlage.

- Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass kartellrechtliche Ansprüche nur mittels Auslegung zu den deliktischen Ansprüchen gezählt werden, was eine noch weitergehende Zurückhaltung gebietet.

Aus diesen Gründen fallen kartellrechtliche Streitigkeiten nicht unter die vorliegend getroffenen Gerichtsstandsklauseln.

3.4.5 Die Argumente der Gesuchsgegnerin ändern daran nichts:

- Die Gesuchsgegnerin weist darauf hin, dass das Gesuch (und die Klage) wirtschaftlich auf die Weiterführung des bestehenden Werkstattverhältnisses abziele. In der Rechtsschrift sei sodann verschiedentlich die Rede davon, dass die Kündigung der Werkstattverträge widerrechtlich erfolgt sei. Aus beidem folge, dass eine vertragliche Streitigkeit vorliege.

Diese Argumentation vermischt den Prozessgegenstand mit dem (vorliegend umfassender dargestellten) Sachverhalt. Der Streitgegenstand des Summarverfahrens wurde durch das Rechtsbegehren und die dazu gegebene Begründung fixiert. Thema ist nur, ob (1.) der Gestuchstellerin gestützt auf das Kartellgesetz ein (Verfügungs-)Anspruch auf Abschluss eines neuen Servicevertrages per 1. April 2018 zusteht, und ob (2.) ein dringlicher (Verfügungs-)Grund besteht, diesen Anspruch vorsorglich zu schützen. In der Begründung beruft sich die Gestuchstellerin ausschliesslich auf das Verhalten der angeblich marktbeherrschenden Gegenseite und stützt ihre Ansprüche auf das Kartellgesetz. Dieser Streitgegenstand ist somit von der bisherigen Geschäftsbeziehung unabhängig. Dass zusätzlich eine Vereinbarung bestehen würde, aus welcher ein konkurrierender vertraglicher Anspruch entweder auf Weiterführung der bisherigen Verträge oder auf Neuabschluss bestünde, trägt die Gesuchsgegnerin, wie gesagt, nirgends vor; bei summarischer Prüfung ist ein solcher vertraglicher Anspruch auch nicht ersichtlich.

- Die Gesuchsgegnerin ist sodann der Ansicht, dass ein blosser sachlicher bzw. wirtschaftlicher Zusammenhang zu einem Vertrag genüge, um die Zuständigkeit des prorogierten Vertragsgerichts auch für ausservertragliche Ansprüche auszulösen.

Soweit sie sich hierfür auf die Lehrmeinung von DANIEL FÜLLEMANN stützt (in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2016, N. 13 zu Art. 17 ZPO), ist ihr entgegenzuhalten, dass die dort diskutierte Klausel („sämtliche Ansprüche aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag“) wesentlich weiter gefasst ist, als hier. Die Lehrmeinung ist nicht einschlägig.

Die Gesuchsgegnerin stützt sich weiter auf das Bundesgericht, welches im Entscheid 4C.142/2006 vom 25. September 2006 auch kartellrechtliche Ansprüche unter die dort getroffene Gerichtsstandsklausel (« *le for exclusif poru tous les litiges afférents au présent*

contrat et à Zurich [...] » subsumiert habe. Ausschlaggebend sei der Sachzusammenhang gewesen. Dies mag auf den ersten Blick zutreffen. Genau besehen war die Ausgangslage aber eine andere. Aus der Begründung ergibt sich, dass im diskutierten Entscheid (anders als hier) vertragliche Ansprüche im Zentrum standen. Gegenstand des Prozesses waren « *le refus d'exécuter le contrat du 10 octobre 2003, [...] l'exécution défectueuse de ce contrat, [...] la résiliation et [...] la modification des conditions générales [...]* ». Deshalb erwog das Bundesgericht: « *Dans cette situation, il s'impose d'admettre la connexité entre les illicites et l'objet du contrat, avec cette conséquence que l'action de la demanderesse est soumise à la convention d'élection de for [...]* ». Die dortigen Aussagen des Bundesgerichts lassen sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Hier endet das Vertragsverhältnis am 31. März 2018 und es werden hieraus keinerlei Ansprüche geltend gemacht. Der beantragte Vertrag ist ein neuer und bezieht sich nicht auf die alten.

Der Konnex zwischen kartellrechtlichem Anspruch und auslaufenden Verträgen ist vorliegend bloss zeitlicher Natur (Anschluss). Darüber hinaus besteht kein ausreichender sachlicher Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten kartellrechtlichen Anspruch, welcher hier ein unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens voraussetzt, und der Vertragshistorie.

3.5 Die Unzuständigkeitseinrede erweist sich somit als unbegründet. Es besteht keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung, welche die vorliegende Streitsache mitumfassen würde. Damit bleibt es bei der Anwendbarkeit von Art. 13 Bst. a i.V.m. Art. 36 ZPO.

3.6 Die (behauptete) Kartellrechtswidrigkeit wirkt sich am Sitz der Gesuchstellerin aus ([...]), wo diese in ihrer rechtlichen und finanziellen Situation betroffen ist. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Bern als Gericht am Erfolgsort ist somit gegeben.

4. Das Handelsgericht des Kantons Bern ist als einzige kantonale Instanz für kartellrechtliche Streitigkeiten zuständig (Art. 5 Abs. 1 Bst. b ZPO; Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).

5. Der Kostenvorschuss von CHF 9'000.00 wurde fristgerecht bezahlt.

6. Vorsorgliche Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit beurteilt der Präsident des Handelsgerichts (Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]) und damit auch dessen Vizepräsident.

7. Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf das Gesuch ist demnach einzutreten.

8.

8.1 Im vorsorglichen Massnahmeverfahren besteht keine Pflicht des Zivilgerichts, Fragen nach der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zur Begutachtung vorzule-

gen (Art. 15 Abs. 1 des Kartellgesetzes [KG; SR 251]; JACOBS/GIGER, in: Basel Kommentar Kartellgesetz, 2010, N. 9 zu Art. 15 KG).

8.2 Von der Natur der Streitsache her (summarisches Verfahren) zeichnet sich das Verfahren durch seine Schriftlichkeit aus; auf die Durchführung einer Verhandlung kann verzichtet werden (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Der Beweis ist durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn (a.) sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, (b.) es der Verfahrenszweck erfordert oder (c.) das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 ZPO). Vorliegend steht bereits die zeitliche Dringlichkeit der Einholung eines Gutachtens und auch der beantragten Parteibefragung entgegen.

9.

9.1 Im Summarverfahren hat ein Gesuchsteller seinen Standpunkt (Tatsachenbehauptungen und Beweismittel) vollständig mit seiner ersten Rechtsschrift (Gesuch) in den Prozess einzuführen (Urteil des Bundesgerichts 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015 E. 4.2.1). Dies gilt insbesondere auch bezüglich voraussehbarer Einreden und Einwendungen der Gegenseite (vgl. OGer/BE ZK 2015 206, abrufbar unter <http://www.zsg-entscheide.apps.be.ch/tribunapublikation/>). Vorbehalten bleibt das Novenrecht nach Art. 229 Abs. 1 ZPO. Im Falle von unechten Noven ist allerdings detailliert zu begründen, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon früher hat vorgebracht werden können (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43 m.w.H.).

9.2 Die Gesuchstellerin reichte am 2. März 2018 eine unverlangte „Stellungnahme zur Schutzschrift“ mitsamt Beilagen ein. Ob diese – insbesondere gestützt auf das allgemeine Replikrecht – zulässig ist, kann offen bleiben. Die neuen Behauptungen und neuen Beweismittel beziehen sich auf die Themenkreise „Kündigungsgründe“ und „Einvernehmliche Beendigung durch Vereinbarung“. Weder das eine noch das andere ist vorliegend entscheidrelevant.

9.3 Was die Eingabe der Gesuchstellerin vom 23. März 2018 anbelangt, so bleibt diese im Massnahmeverfahren aus zwei Gründen unbeachtlich:

Erstens bezieht sich diese gemäss Referenz auf dem Deckblatt (HG 18 18) und der dortigen Parteibezeichnung „Klägerin/Beklagte“ – wie bereits vorne unter I.2.8 ausgeführt – auf das Hauptverfahren.

Zweitens teilte das Handelsgericht den Parteien mit, dass es am 20. März 2018 zur Urteilsberatung übergehe. Daraus folgt, dass spätere Eingaben unberücksichtigt bleiben müssen.

Eventualiter gilt Folgendes: Das Kriterium der wirtschaftlich sinnvollen Möglichkeit, als freie Werkstätte Arbeiten an Markenfahrzeugen ausführen zu können, ist nicht neu. Das Argument findet sich bereits im BGH-Entscheid vom 26. Januar 2016 betr. „[...]“ (KZR 41/14 = GB 43). Die Gesuchstellerin hätte Ausführungen hierzu und zum Verhalten bzw. den Präferenzen von Eigentümern der Marken C und D bereits früher vortragen können und müssen. Sie legt nicht dar, warum ihr dies nicht möglich gewesen sein

sollte. Die neuen Behauptungen und Beweisanträge wären im Massnahmeverfahren auch deswegen nicht zu hören.

III. Sachverhalt

10. Im Rahmen des vorliegenden Massnahmeverfahrens stellt das Handelsgericht folgenden Sachverhalt fest:

10.1 Die Gesuchsgegnerin bezweckt den Import von Automobilen und Motorrädern, deren Teilen und Zubehör und anderen Erzeugnissen insbesondere der Marke C sowie deren Vertrieb in der Schweiz und die Erbringung von Service-, Reparatur- und sonstigen Dienstleistungen (GB 3). Sie ist die Schweizer Generalimporteurin der Marken C und D.

10.2 Die Gesuchstellerin bezweckt den Handel mit und die Wartung von Automobilen, Ersatzteilen und Accessoires aller Art (GB 2). Sie betreibt in Thun eine Autogarage mit rund 23 Mitarbeitenden. Seit 1999 ist sie als zugelassene Händlerin und Servicewerkstätte für Fahrzeuge der Marken C und D tätig (Gesuch Rz 60 ff.).

10.3 Die Vertragsbeziehung war während langer Zeit durch sog. Händlerverträge geregelt, je gesondert für die Marken C und D (GB 6+7). Die Händlerverträge, datierend aus dem Jahr 2005, regelten auch die Tätigkeit als Servicewerkstätte (Gesuch Rz. 65).

10.4 Am 25. Januar 2013 kündigte die Gesuchsgegnerin die Händlerverträge per 31. Januar 2015. Sie begründete dies mit der Neuausrichtung der Vertriebsorganisation und der Anpassung der Standards. Sie stellte der Gesuchstellerin jedoch den Neuabschluss der Händlerverträge in Aussicht (GB 10). Am 24. Juni 2013 informierte die Gesuchsgegnerin, dass sich die Ausstellung der neuen Verträge verzögere (GB 11).

10.5 Am 16. August 2013 schlossen die Parteien einen zusätzlichen Vertrag über den Service von Elektrofahrzeugen ab (C i Service Vertrag, GB 12).

10.6 Mit Brief vom 28. Januar 2015 erinnerte die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin daran, dass der Händlervertrag am 31. Januar 2015 enden werde. Sie bot an, die Kündigungsfrist bis am 31. Dezember 2015 zu verlängern, um der Gesuchstellerin mehr Freiraum bei der Planung und Umsetzung der unternehmerischen Neuausrichtung für die Zukunft zu geben. Sie verlangte die Vorlage eines entsprechenden Konzepts (inkl. Eigentümer- und Finanzverhältnisse) bis am 31. März 2015 (GB 18).

10.7 In der Folge bemühte sich die Gesuchstellerin um Klärung der Situation. Die Gesuchsgegnerin lehnte eine Verlängerung der Verträge jedoch ab; sie verweist auf einen bei ihr anstehenden Führungswechsel (Gesuch Rz. 79).

10.8 Am 18. Dezember 2015 bot die Gesuchsgegnerin die Verlängerung der Kündigungsfrist des C Händlervertrages bis zum 31. Dezember 2016 an. Damit sollte ein vertragsloser Zustand verhindert und der Gesuchstellerin mehr Freiraum bei der Planung und Umsetzung der unternehmerischen Neuausrichtung eingeräumt werden (Antwortbeilage [AB] 10). Die Gesuchstellerin akzeptierte dieses Angebot am 21. Dezember 2015.

10.9 Mit Schreiben vom 26. September 2016 kündigte die Gesuchsgegnerin alle abgeschlossenen Verträge, insbesondere den C i Service und den D Service Vertrag per 30. September 2018 (GB 20).

10.10 Am 27. Dezember 2016 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass der aktuelle C Händlervertrag am 31. Dezember 2016, der C i Service Vertrag und der D Service Vertrag am 30. September 2018 enden würden. Sie bot an, die Laufzeiten zu harmonisieren und als Enddatum für alle Verträge den 31. Dezember 2017 festzusetzen (GB 21). Die Gesuchsgegnerin unterzeichnete die entsprechende Vereinbarung am 17. Januar 2017.

10.11 Mit Schreiben vom 6. Juni 2017 bat die Gesuchstellerin um Abschluss von neuen Service-Verträgen für C, D und C i (GB 24).

10.12 Am 7. August 2017 bekräftigte die Gesuchsgegnerin, dass die Händlerverträge am 31. Dezember 2017 enden. Sie bot jedoch an, die Kündigungsfristen der Service-Verträge bis am 31. März 2018 zu verlängern (GB 26).

10.13 Nach erneutem Briefwechsel (GB 27 und 28) akzeptierte die Gesuchstellerin das Angebot „vorübergehend“. Sie teilte mit, über die weitere Zukunft verhandeln zu wollen (Brief vom 8. September 2017, GB 29).

10.14 Am 14. September 2017 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass zukünftig die [...] das Aftersales-Potential im Raum Thun vollumfänglich abdecken werde. Eine weitere Verlängerung der Service-Verträge sei nicht möglich. Mit zusätzlichen Service-Partnern würde die vertragliche maximale Anzahl Werkstattarbeitsplätze in Thun überschritten (GB 30).

10.15 In der Folge kommunizierte die Gesuchsgegnerin den Neueintritt von [...] als offizielle Partnerin von B. sowohl gegenüber den Kunden (GB 32) als auch gegenüber der Öffentlichkeit (GB 33 und 34).

IV. Rechtliches

11. Allgemeines zu den vorsorglichen Massnahmen

11.1 Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO).

Demnach hat die Gesuchstellerin vier Voraussetzungen glaubhaft zu machen (LUCIUS HUBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 25 zu Art. 261 ZPO m.w.H.):

- das Bestehen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur;
- dessen Gefährdung oder Verletzung;
- einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil;
- zeitliche Dringlichkeit.

11.2 Glaubhaft machen (« rendre vraisemblable ») bedeutet die Darlegung der Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhalts und umfasst mehr als Behaupten, aber weniger als Beweisen. Nach der Rechtsprechung ist eine Tatsache schon dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 719 f.; Urteil des Bundesgerichts 5A_921/2015 vom 11. März 2015 E. 3.1; ausführlich THOMAS SPRECHER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, N. 50 ff. zu Art. 261 ZPO).

11.3 Vorsorgliche Massnahmen stehen unter der Schranke des Verhältnismässigkeitsgebots. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Massnahmen, die die Rechtsstellung der gesuchsgegnerischen Partei in besonders schwerwiegender Weise beeinträchtigen, nur unter restriktiven Voraussetzungen zuzusprechen; sie müssen sehr viel strengeren Anforderungen genügen (BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476 ff. betr. Realvollstreckung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots). Diese erhöhten Anforderungen betreffen die Gesamtheit der Voraussetzungen für die Gewährung vorsorglichen Rechtsschutzes, insbesondere die Prognose des Streitsausgangs und die jeweiligen Nachteile für die Parteien bei Zuspruch bzw. Verweigerung von Massnahmen. In solchen Fällen darf einstweiliger Rechtsschutz nur gewährt werden, wenn das Begehren in Anbetracht des glaubhaft gemachten Sachverhalts relativ klar begründet erscheint (BGE 138 III 378 E. 6.4 S. 381 f.; zu den erhöhten Anforderungen bei Leistungsmassnahmen vgl. auch den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 13 67 vom 11. Juni 2013, publiziert auf der Entscheidplattform der Berner Justiz).

Die erhöhten Anforderungen gelten auch hier: Das Gesuch zielt ab auf die vorsorgliche Vollstreckung eines kartellrechtlichen Abwehranspruchs durch Verurteilung zum Vertragsschluss, d.h. eine Leistungsmassnahme (JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, N. 5 und 9 zu Art. 17 KG).

11.4 Anwendbar ist das summarische Verfahren (Art. 248 Bst. d ZPO). Die (bloss) summarische Prüfung betrifft nicht nur den Sachverhalt, welcher glaubhaft zu machen ist (vgl. E. 11.2 oben), sondern auch die Rechtsfragen (BGE 139 III 86 E. 4.2 S. 91 mit Hinweisen; BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476).

12. Verfügungsanspruch

12.1 Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt. Dieses missbrauche seine Position, indem es die Gesuchstellerin ohne Rechtfertigungsgrund von weiteren Geschäftsbeziehungen ausschliesse und ihr insbesondere den Zugang zum Werkstattnetz verweigere. Gestützt auf Art. 7 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 Bst. a sowie Art. 13 Bst. b KG stehe ihr ein Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages zu (vgl. dazu E. 12.2 bis E. 12.6 hiernach). Der gleiche Anspruch ergebe sich zudem auch aus Art. 5 KG, wie er in der Vertikal-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission (kurz: WEKO) enthalten sei (vgl. dazu E. 12.7 hiernach).

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

Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs verhindert wird, hat Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung (Art. 12 Abs. 1 Bst. a KG).

Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht anordnen, dass der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen habe (Art. 13 Bst. b KG).

12.3 Die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 KG setzt kumulativ folgende Tatbestandsmerkmale voraus (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz. 527):

- ein marktbeherrschendes Unternehmen, das
- Wettbewerber behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt, und zwar
- durch Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung.

12.4 Wettbewerb findet immer in einem bestimmten Marktsegment statt (dem sog. „relevanten Markt“), welches vor der Beurteilung der Marktbeherrschung im Einzelfall ermittelt werden muss.

Nach der üblichen Definition umfasst der relevante Markt jene Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage oder ihres Verwendungszwecks als gleichartig anzusehen sind (sog. Substituierbarkeit, „smallest market principle“; vgl. auch Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [SR 251.4]).

Vereinfacht ausgedrückt sind Waren und Dienstleistungen dann substituierbar, wenn die Marktgegenseite auch Produkt B wählen würde, falls Produkt A nicht mehr oder nur noch zu unattraktiven Konditionen erhältlich ist. Bestehen keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten, liegt die Annahme der Marktbeherrschung nahe (PATRIK DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 1457 und Rz. 1621).

12.4.1 Die Gesuchstellerin plädiert für eine markenspezifische Marktsegmentierung. Relevant sei vorliegend der Schweizer After-Sales-Markt (Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen [inkl. Garantiarbeiten] sowie Vertrieb von Ersatzteilen) für Fahrzeuge der Marken C und D (Gesuch Rz. 109). Die Gesuchsgegnerin sei die exklusive Generalimporteurin für diese Marken und alleinige Anbieterin der nötigen Service-Verträge, welche Voraussetzung für die Erbringung sämtlicher Dienstleistungen an den relevanten Fahrzeugen sei (Gesuch Rz. 105 f.). Nur die Gesuchsgegnerin sei in der Lage, die notwendigen Informationen, Ersatzteile und Gerätschaften zeitnah und in der erforderlichen Anzahl zur Verfügung zu stellen. Auf Produkte und Dienstleistungen anderer Automarken könne nicht ausgewichen werden, da diese nicht kompatibel seien. Zudem sei auch die technische Infrastruktur

(Informationen/Geräte/Ausbildung) markenspezifisch und ausschliesslich bei der Generalimporteurin erhältlich. Zur Abwicklung von Garantiarbeiten (welche für die Kunden unentgeltlich seien und welche die Werkstätten direkt mit der Gesuchsgegnerin abrechnen würden) sei ebenfalls nur die Gesuchsgegnerin berechtigt, in Kooperation mit dem Werk (Gesuch Rz. 111 f.). In rechtlicher Hinsicht verweist die Gesuchstellerin auf Praxis und Rechtsprechung in Österreich und Deutschland (insb. das Urteil des BGH vom 26. Januar 2016, KZR 41/14 = GB 43) und ergänzt, dass die Halter von C und D ihre Fahrzeuge in aller Regel zu zugelassenen, offiziellen Werkstätten (Status aufgrund des Service-Vertrages) bringen würden (Gesuch Rz. 114). Für Garantiarbeiten komme sodann nicht einmal theoretisch ein anderer Anbieter in Betracht (Gesuch Rz. 115).

12.4.2 Die Gesuchsgegnerin entgegnet, im Servicebereich sei der Markt nicht markenbezogen/markenspezifisch, sondern markenübergreifend zu definieren. Sie verweist hierfür primär auf die Rechtsprechung des Handelsgerichts des Kantons Zürich (Schutzschrift Rz. 31 ff.; Stellungnahme Rz. 103 ff.). Selbst wenn dies (praxiswidrig) anders gesehen würde, so obläge der Gesuchstellerin der Nachweis, dass ihr als vertragslose (sog. freie) Werkstätte keine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit offenstehe, weiterhin Arbeiten an den Fahrzeugen der relevanten Marken durchzuführen. Dieser Nachweis sei nicht erbracht worden (Stellungnahme Rz. 111 ff.). Vielmehr sei es so, dass freie Werkstätten auf Anfrage Werkzeuge und Ausrüstungen, Aus- und Weiterbildungen und Zugriff auf das offizielle „Aftersales Online System“ von C/D zur Verfügung gestellt erhielten. Ersatzteile könnten zudem entweder bei Vertragshändlern oder bei europaweit tätigen Bestellplattformen wie „ESA“ oder „normauto“ günstig bezogen werden (Schutzschrift Rz. 45 ff.; AB 21+22).

12.4.3 Das Handelsgericht Zürich hat sich in zwei jüngeren Präjudizien ausführlich mit der Definition des relevanten Marktes im Kfz-Aftersales-Bereich auseinandergesetzt (Urteil vom 17. Dezember 2014, in RPW 2014/4 S. 825 ff. betr. [...]; Beschluss vom 6. März 2015, in RPW 2015/3 S. 724 ff.). Es diskutierte drei Ansätze:

- Das übergreifende Systemmarkt-Konzept, welches auf die Sicht der Konsumenten abstellt und hier den Markt für auto-Verkäufe (Sales) mit jenem für Wartung, Reparatur etc. (After-Sales) als systemisch verbundene Komplementärgüter zusammenfasst. Gemäss dieser Theorie ist ein Systemmarkt anzunehmen, wenn eine ausreichende Disziplinierungswirkung vom Primärmarkt (Sales) auf die nachgelagerten Sekundärmärkte (After-Sales) ausgeht. Die WEKO habe sich in der Vorabklärung „Tintenstrahldrucker und Tintenstrahlpatronen“ (RPW 2003/4 S. 732 ff.) und MINOLTA (RPW 1999/2 S. 247 ff.; RPW 2000/4 S. 7156 ff.) an diesem Konzept orientiert. Die Lehre stehe diesem Konzept teils positiv, teils kritisch gegenüber.
- Das Konzept „Marke als Markt“ (Markenbezogenheit), welches vorliegend auch von der Gesuchstellerin mit dem Hinweis auf das selektive Vertriebssystem der Gesuchsgegnerin propagiert wird. Das Handelsgericht Zürich verwies hier insbesondere auf den Aufsatz von DIETRICH/SAURER (Ist eine Marke ein Markt? In: sic!

2001, S. 593 ff.). Gemäss diesen Autoren sei entscheidend, ob ein funktionierender Interbrandwettbewerb bestehe und den Hersteller/Importeur im Vertikalbereich zur Effizienzsteigerung bzw. zur Kostensteigerung zwingt.

- Die Praxis des Deutschen Bundesgerichtshofs im Entscheid MAN (BGH, KRZ 6/09, Urteil vom 30. März 2011). Die Praxis betreffe Nutzfahrzeuge und gehe davon aus, dass eine Auto-Werkstatt als Anbieterin von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen bei Dritten vor vorgelagerte Leistungen beziehe, was den Zutritt in den Endkundenmarkt erleichtere. Relevant sei dieser vorgelagerte Markt, und nicht der Endkundenmarkt. Der Status als Vertragswerkstatt sei indessen keine unverzichtbare Ressource, die es rechtfertigen würde, den vorgelagerten Markt markenspezifisch abzugrenzen. Das Zürcher Handelsgericht nahm an, dass der BGH bei Personenwagen gleich entscheiden würde wie bei Nutzfahrzeugen.

Das Handelsgericht Zürich gelangte zur Erkenntnis, dass sowohl das „Systemmarktkonzept“ als auch die „Lösung des BGH“ zu einer markenübergreifenden Marktdefinition führen würden. Beide Ansichten seien mit Präjudizien und gewichtigen Literaturstellen untermauert. Demgegenüber gebe es kein bekanntes Präjudiz oder Arbeitsergebnis der WEKO, welches den relevanten Markt auf ein Markenprodukt bzw. Leistungen im Zusammenhang mit einem Markenprodukt eingrenze. Marken hätten mehr oder weniger grosse Marktgeltung, aber sie würden den Markt nicht bilden. Dass sich die betroffene Werkstätte auf dieses Konzept stütze, sei zwar verständlich. Die Argumentation sei aber subjektiv ergebnisorientiert, denn: je enger der Markt, desto eher werde er beherrscht. Bei Lichte besehen sei für die Marktdefinition auf die Ware oder Dienstleistungen abzustellen, und diese blieben objektiv immer gleich substituierbar, mit oder ohne (bekannte oder berühmte) Marke. Gesamthaft spreche mehr für die Annahme eines markenübergreifenden Systemmarktes oder eines markenübergreifenden vorgelagerten Marktes (Urteil vom 17. Dezember 2014, in RPW 2014/4, E. 7.2.4 S. 829). Fazit: Der relevante Markt sei der markenübergreifende Fahrzeug-Reparaturmarkt an sich und nicht bloss der markenbezogene (Beschluss vom 6. März 2015, in RPW 2015/3 E. 4.3 S. 727).

12.4.4 Anders als vom Zürcher Handelsgericht mit Blick auf den Entscheid „MAN“ (BGH, KRZ 6/09, Urteil vom 30. März 2011) prophezeit, sah der Bundesgerichtshof davon ab, seine Praxis betr. Nutzfahrzeuge voraussetzungslos auf Personenfahrzeuge zu übertragen (Entscheid vom 26. Januar 2016 betr. „[...]“, KZR 41/14 = GB 43).

Nach wie vor ausgehend von der Abgrenzung von vorgelagertem und Endkundenmarkt stellte sich der BGH die Frage, ob eine bestimmte Leistung auf der vorgelagerten Stufe (hier: Status als Vertragswerkstatt) nicht austauschbar sei, weil sie für eine Teilnahme auf der nachgelagerten Stufe (Endkundenmarkt) schlechthin unentbehrlich sei. Hierfür sei entscheidend, ob freie Werkstätten, die Arbeiten an Personenkraftwagen einer bestimmten Marke durchführen wollen, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit haben, diese Tätigkeit auch ohne den Status als Vertragswerkstatt des jeweiligen Herstellers auszuüben. Sei

dies nicht der Fall, so sei der Hersteller marktbeherrschend und der vorgelagerte Ressourcenmarkt markenspezifisch abzugrenzen. Bei der Beantwortung der gestellten Frage würden die Ansprüche, Erwartungen und Gepflogenheiten der Fahrzeugeigentümer eine zentrale Rolle spielen: Privateigentümer der hochpreisigen Marke [...] könnten allenfalls gesteigerten Wert darauf legen, ihr Fahrzeug auch nach Ablauf der Garantiefrist von einer [...] Vertragswerkstatt warten und instand halten zu lassen, auch wenn sie dafür höhere Preise zahlen müssten als in einer freien Werkstatt. Dies im Gegensatz zu Nutzfahrzeugen, die zum Teil im Flotten gehalten würden und bei denen der Kostenaspekt für die gewerbsmässigen Eigentümer möglicherweise eine grössere Rolle spiele. Entsprechende Feststellungen habe die Vorinstanz nicht getroffen, weshalb der BGH das Urteil aufhob und die Sache an die Vorinstanz zurückwies.

12.4.5 Die Aufgabe, den relevanten Markt abzugrenzen, ist rechtlich und ökonomisch anspruchsvoll. Im Hauptverfahren wird hierzu voraussichtlich ein Gutachten bei der WEKO einzuholen sein (Art. 15 KG). Im vorliegenden Massnahmeverfahren kann sie dagegen nur summarisch gelöst werden (E. 11.4 oben). Dies vorausgeschickt, spricht im konkreten Fall mehr für die markenübergreifende Marktdefinition, als für die „Marke als Markt“:

- Die beiden erwähnten einschlägigen und aktuellen Urteile des Handelsgerichts Zürich stellen gewichtige Präjudizien dar. Prima facie trüben die darin enthaltenen umfassenden Erwägungen, welche das angerufene Berner Handelsgericht zurzeit als überzeugend erachtet, die Aussichten der Gesuchstellerin erheblich, den relevanten Markt in ihrem Sinne definieren zu können.
- Die Bedeutung des hiervor zitierten BGH-Urteils „[...]“ (E. 12.4.4 oben) für die Schweiz lässt sich nicht abschliessend abschätzen. Jedenfalls ist den Erwägungen nicht zu entnehmen, dass der KFZ-After-sales-Markt in jedem Fall markenspezifisch abzugrenzen wäre. Vielmehr steht auch hier die Einzelfallbetrachtung im Vordergrund. Eine markenspezifische Abgrenzung sei (nur) dort angezeigt, wo es wirtschaftlich nicht sinnvoll möglich sei, die fraglichen Marken (in casu: [...]) nach Ablauf der Garantiefrist auch als freie Werkstätte zu bedienen. Hierfür seien mitunter die Gepflogenheiten der Endkunden zu eruieren (insbesondere: bestehen klare Präferenzen, nur zugelassene Werkstätten zu berücksichtigen?). Die Vorinstanz hatte zu dieser Frage keine Feststellungen getroffen, weshalb der BGH das Verfahren zurückwies.

Im hiesigen Zivilverfahren verhält es sich indessen anders. Gestützt auf die Ausführungen der Gesuchgegnerin erscheint zunächst glaubhaft, dass sie (1.) freie Werkstätten auf Anfrage hin mit Ausrüstung, Schulung und Informationen (Zugang zum Online-System) bedient und dass (2.) Ersatzteile zu vernünftigen Konditionen auch über andere Kanäle bezogen werden können. Was die Gepflogenheiten vom C- und D-Kunden anbelangt, so hat sich die Gesuchstellerin mit einer blossen Behauptung begnügt (Gesuch Rz. 114) und es damit versäumt, die Gepflogenheiten durch rechtzeitige und substantiierte Behauptungen zu beschreiben und zu belegen (auf die Garantiarbeiten kommt

es gerade nicht an: Rz. 24 des BHG-Urteils). Die Folgen der Beweislosigkeit gehen zu ihren Lasten.

Ohnehin erscheint nicht abwegig, dass sich die BGH erwähnten Kunden der Marke [...] (Hochpreissegment) nicht zwangsläufig gleich verhalten wie Kunden der Marken C und D, deren finanziellen Möglichkeiten breiter segmentiert sind und in einer (gerichtsnotorisch) – über beide Marken hinweg – breiten Fahrzeugpalette münden. Die Preissensibilität und damit die Akzeptanz von freien Werkstätten dürften deutlich höher sein.

Zwischenergebnis: Sollte es denn überhaupt hierauf ankommen, erscheint eine wirtschaftlich sinnvolle Tätigkeit als freie Werkstätte für die genannten Marken nicht als ausgeschlossen.

- Dem Ansatz von DIETRICH/SAURER (ist eine Marke ein Markt? In: sic! 2001 S. 593), wonach auf das Vorliegen von Interbrandwettbewerb abzustellen sei, ist prima facie einiges abzugewinnen (ebenso: REINERT/BLOCH, Basler Kommentar Kartellgesetz, 2010, N. 197 zu Art. 4 Abs. 2 KG). Die Marken der Gesuchsgegnerin haben im Neuwagen-Geschäft einen Marktanteil von 7.8 % (Gesuch Rz. 58). Wie hoch der aktuelle Anteil an allen zugelassenen Fahrzeugen in der Schweiz ist, ist unbekannt (vgl. immerhin GB 4, woraus sich ergibt, dass verschiedene Hersteller aktiv sind). Jedenfalls behauptet die Gesuchstellerin nicht, dass der Wettbewerb zwischen den Marken (interbrand) nicht funktionieren würde. Sie legt auch nicht dar, weshalb ihr ein Markenwechsel unmöglich oder unzumutbar wäre.

Fazit: Für die Beurteilung des vorliegenden Massnahmeverfahrens wird der After-Sales-Markt im KFZ-Bereich nicht markenspezifisch abgegrenzt. Ob darüber hinaus dem Systemmarktkonzept zu folgen ist, braucht vorderhand nicht geklärt zu werden.

12.5 Als nächstes ist zu prüfen, ob die Gesuchsgegnerin auf dem soeben definierten Markt als marktbeherrschend i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

12.5.1 Als marktbeherrschend geltend Unternehmen, die auf einem bestimmten Markt in der Lage sind, sich von den anderen Teilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in diesem Markt in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. KG). Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden (BGE 139 I 72 E. 9.3.1 S. 97). Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt (vgl. etwa DUCREY, a.a.O., Rz. 1626 ff.): Nebst dem nach wie vor wichtigen Marktanteil sind die Marktstruktur, die Finanzkraft der Wettbewerber, das Vertriebsnetz, der technologische Vorsprung und die Offenheit des Marktes zu beachten.

12.5.2 Die Gesuchstellerin geht *erstens* von klassischer Marktbeherrschung aus. Sie macht geltend, als exklusive Generalimporteurin sei die Gesuchsgegnerin auch exklusiv für den After-Sales-Bereich zuständig. Nur sie könne

die notwendige Ausrüstung und die zugehörigen Informationen zeitnah liefern (Gesuch Rz. 130 f.). Die Gesuchsgegnerin könne sich auf dem After-Sales-Markt für C und D gegenüber den Werkstätten völlig unabhängig verhalten; sie verfüge auf dem relevanten Markt über ein faktisches Monopol (Gesuch Rz. 132). *Zweitens* sei die Gesuchstellerin von der Gesuchsgegnerin unverschuldet wirtschaftlich abhängig. Mit dem System kostenloser Service- und Garantieleistungen (bis max. 10 Jahre oder 100'000 km; Gesuch Rz. 170) seien die Kunden an das Netz der zugelassenen Werkstätten gebunden. Mit Garantiarbeiten habe sie – die Gesuchstellerin – in der Vergangenheit 40 % ihrer Umsätze aus dem Werkstattbetrieb erzielt (Gesuch Rz. 98; GB 39). Ohne Servicevertrag werde sie einen Grossteil ihrer bisherigen Kunden verlieren. Sie verfüge weder über Verhandlungsmacht noch über ausreichende und zumutbare Alternative zu dieser Geschäftsbeziehung.

12.5.3 Dass der relevante Markt vorliegend nicht markenspezifisch abgegrenzt wird (E. 12.4 oben), schlägt auch auf die Beurteilung der Marktbeherrschung durch. Der Anteil der Marken C und D auf dem gesamten Kfz-After-sales-Markt ist weder behauptet noch bewiesen. Zu Lasten der Gesuchstellerin muss deshalb angenommen werden, dass er die Schwelle von 20 % nicht erreicht. Dies führt zufolge der allgemeinen Faustregel (DUCREY, a.a.O.; Rz. 1627) zur Verneinung klassischer Marktbeherrschung. Gründe, weshalb es sich hier anders verhalten sollte, sind nicht ersichtlich.

12.5.4 Die Gesuchstellerin beruft sich sodann auf eine unverschuldete wirtschaftliche Abhängigkeit (Gesuch Rz. 131 f. und 136 ff.). Ob und gegebenenfalls wie die Abhängigkeit bei der Beurteilung von Art. 7 Abs. 1 KG zu beachten ist, ist in der Lehre strittig (kritisch z.B. REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 23 ff. und N. 426 ff.; DUCREY, a.a.O., Rz. 1625; befürwortend z.B. Zäch, a.a.O., Rz. 580 [insb. für den Automobilhandel]; HEIZMANN, Relative Marktmacht, in: recht 20010, S. 176; zudem WEKO, „CoopForte“, in: RPW 2005/1 S. 146 ff., betr. Nachfrage-macht).

Die Frage kann offen bleiben. Denn vorliegend sind die Voraussetzungen eines relevanten Abhängigkeitsverhältnisses (vgl. etwa den Entscheid „CoopForte“, in: RPW 2005/1 S. 146 ff., Rz. 98) nicht glaubhaft gemacht. Dies aus folgenden Gründen:

- Erstens legt die Gesuchstellerin nirgends da, weshalb ein Markenwechsel unmöglich oder unzumutbar wäre (Kriterium der Ausweichmöglichkeit). Der Hinweis auf die langjährige Geschäftsbeziehung und den drohenden Kundenverlust genügt hierzu nicht. Von juristischen Personen ist im Markt eine gewisse Flexibilität zu verlangen. Dies hat auch die Gesuchstellerin erkannt, was sich in der zwischenzeitlich erfolgten Kooperation mit Maserati zeigt (vgl. AB 23).
- Zweitens ist nicht nachgewiesen, dass die Gesuchstellerin ihre Bauten, Einrichtungen und Abläufe derart auf die Anforderungen der Gesuchsgegnerin ausgerichtet hätte, dass sie nicht mit einem ökonomisch vertretbaren Aufwand zu einer anderen Marke wechseln könnte (Kriterium der „spezifischen Aktiva“ bzw. der „Umstellungskosten“). Ins Gewicht fällt hier auch, dass

die Gesuchstellerin von der Umsetzung der Service-standards 2013+ entbunden wurde, welche – so die Gesuchsgegnerin – erhebliche Investitionen in Werkzeug und Personal erst erforderlich gemacht hätten; die Gesuchstellerin betreibt ihre Werkstatt auf Basis der Standards von 2009 (Stellungnahme Rz. 158 ff.).

- Drittens ist die Altersstruktur der in der relevanten Region vorhandenen Fahrzeuge (Verhältnis „garantieberechtigt“ zu „älter als 20 Jahre bzw. > 100'000 km“) weder behauptet noch glaubhaft gemacht. Es erscheint vorderhand nicht ausgeschlossen, dass der Umsatzverlust aufgrund wegfallender Garantiarbeiten bei geschicktem Wechsel des Fokus ganz oder zumindest in akzeptablem Umfang kompensiert werden kann.

Fazit: Das Vorliegen einer relevanten Abhängigkeit ist zu verneinen. Damit braucht nicht näher erörtert zu werden, ob die angebliche Abhängigkeit allenfalls selbstverschuldet ist (Folge einer strategischen Option, die sich nachträglich als unvorteilhaft erweist; Klumpenrisiko).

12.6 Nach dem Gesagten gebricht es bereits am ersten Tatbestandsmerkmal von Art. 7 Abs. 1 KG, der Marktbeherrschung. Die weiteren Voraussetzungen (Benachteiligung der Marktgegenseite oder Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung; vgl. E. 12.3 oben) brauchen deshalb nicht mehr geprüft zu werden.

Vollständigkeitshalber sei trotzdem auf Folgendes hingewiesen: Unter dem Tatbestandsmerkmal des „Missbrauchs“ wird geprüft, ob das kritisierte Verhalten allenfalls von sachlichen bzw. betriebswirtschaftlichen Gründen geleitet war (sog. „legitimate business reasons“). Missbrauch ist zu verneinen, wenn sich betriebswirtschaftlich sinnvolle Handlungen eines marktbeherrschenden Unternehmens nachteilig auf Dritte auswirken (DUCREY; a.a.O., Rz. 1643). Vorliegend wären vor allem die angeblich „unterdurchschnittlichen Leistungen“ der Gesuchstellerin zu betrachten gewesen (Schutzschrift Rz. 10 ff.). Dabei hätte sich durchaus die Frage gestellt, ob es denn nicht legitim ist, einen (wenn auch langjährigen) Vertragspartner zu ersetzen, wenn dieser in den aktuellen Rankings im unteren Bereich (angeblich Nr. 76 von 79 im Jahr 2016; AB 6) rangiert.

12.7 Einzugehen ist schliesslich auf die zweite behauptete Anspruchsgrundlage: Zu Beginn ihres Gesuchs weist die Gesuchstellerin darauf hin, dass sich der angebliche Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages auch aus Art. 5 KG ergebe, „wie er in der Vertikal-Bekanntmachung der WEKO“ enthalten sei (Rz. 9). Dazu Folgendes:

12.7.1 Die Gesuchstellerin belässt es bei einer pauschalen Erwähnung dieser Anspruchsgrundlage. Sie führt nicht konkret aus, worin sie eine Abrede sieht, die entweder den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder den wirksamen Wettbewerb beseitigt (Art. 5 Abs. 1 KG). Auch den Hinweis auf die Vertikal-Bekanntmachung konkretisiert sie nicht. Damit ist der Anspruch von vornherein nicht glaubhaft gemacht, vor allem wenn damit eine Leistungsmassnahme begründet werden soll.

12.7.2 Selbst wenn – was weder behauptet noch glaubhaft gemacht ist – eine Wettbewerbsabrede bestünde, so

wäre diese von vornherein unerheblich. Es ist nicht dargelegt, dass der Marktanteil der Gesuchsgegnerin 15 % überschreitet (vgl. aber Ziff. 13 der Vertikal-Bekanntmachung der WEKO).

12.7.3 Hinzuweisen bleibt auf Ziff. 22 der Erläuterungen der WEKO zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor.

Diese Ziffer steht unter dem Titel „Selektive Vertriebssystem für zugelassene Werkstätten (zu Art. 4 KFZ-Bek)“. Sie besagt, dass all jene Werkstätten, die in der Lage sind, die vom Kraftfahrzeuganbieter vorgesehenen qualitativen Kriterien zu erfüllen, die Möglichkeit hätten, als zugelassene Händler ins Werkstattnetz aufgenommen zu werden. Dies umfasse insbesondere die zugelassenen Händler, deren Händlervertrag aufgelöst worden sei, die aber weiterhin als zugelassene Werkstatt tätig sein wollten. Immerhin seien die Kraftfahrzeuganbieter vor Abschluss eines entsprechenden Werkstattvertrags befugt, zu überprüfen, ob die Bewerber die vorgegebenen Kriterien erfüllen.

Dazu Folgendes:

- Der Anspruch ist nur in den Erläuterungen beschrieben. Eine Begründung fehlt. Eine rechtliche oder argumentative Stütze findet sich weder in der zugehörigen Bekanntmachung noch in Art. 5 KG (vgl. hierzu auch Ziff. 7.3.4 des Urteils des Handelsgerichts Zürich vom 17. Dezember 2014, in: RPW 2014/4, S. 825 ff., S. 830). Die Aussagekraft ist daher stark zu relativieren.
- Ohnehin führt die Gesuchstellerin in tatsächlicher Hinsicht nicht aus, dass sie in der Lage wäre, die aktuellen qualitativen Kriterien der Gesuchsgegnerin zu erfüllen bzw. die nötigen Anpassungen bis am 1. April 2018 vornehmen zu können. Demgegenüber legt die Gesuchsgegnerin glaubhaft dar, dass die Gesuchstellerin die geltenden Servicestandards gerade nicht erfüllt, weil ihr die diesbezüglichen (teuren) Investitionen im Hinblick auf die (aus ihrer Sicht einvernehmlich vereinbarte) Trennung abgenommen worden seien (Stellungnahme Rz. 124 und 158).
- Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf das Gegenargument einzugehen, wonach die Durchführbarkeit und die sachgemässe Ausführung der Reparatur- und Wartungsarbeiten durch die Zulassung weiterer Werkstätten gefährdet wären (Argument der maximalen Anzahl wirtschaftlich verträglicher Werkstätten; vgl. etwa Schutzschrift Rz. 17 und 36, wobei hier den Besonderheiten des Berner Oberlands Rechnung zu tragen wäre).
- Auch hier gilt der Vorbehalt der Erheblichkeit der Abrede (E. 12.7.2 oben).

12.8 Ergebnis: Die Begehren der Gesuchstellerin lassen sich bei summarischer Prüfung und mit Blick auf die erhöhten Anforderungen bei Leistungsmassnahmen nicht auf Art. 7 oder Art. 5 KG abstützen. Folglich gebricht es am Verfügungsanspruch (Art. 261 Abs. 1 Bst. a ZPO).

13. Verfügungsgrund, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit

13.1 Nachdem bereits der Verfügungsanspruch verneint wurde, brauchen die weiteren Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mehr geprüft zu werden.

13.2 Trotzdem sei angemerkt, dass (1.) der Gesuchstellerin primär finanzielle Nachteile drohen, wobei die Gegenpartei als zahlungskräftig einzustufen ist, und dass (2.) lange Zeit zugewartet wurde, bevor vorsorglicher Rechtsschutz beantragt wurde. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann hier aber letztlich offenbleiben.

14. Das Massnahmegesuch ist abzuweisen. Der Antrag auf Sicherheitsleistung (Stellungnahme Rz. 147 f.) wird dadurch gegenstandslos.

15. Abschliessend wird der guten Ordnung halber Vermerk genommen, dass die Gesuchsgegnerin ausführt (und damit gleichzeitig zusichert), die Gesuchstellerin könne die im Gesuch beantragten Leistungen wie IT-Zugang, Ersatzteile und Werkzeuge ohne Weiteres als sog. freie Werkstätte bei ihr beziehen (Stellungnahme Rz. 34, 108, 125 und 152).

V. Kosten

16. Als unterliegende Partei trägt die Gesuchstellerin die Prozesskosten (Art. 106 Abs. 1 ZPO), bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 ZPO).

16.1 Auszugehen ist vom unbestritten gebliebenen Streitwert von CHF 500'000.00 (Gesuch Rz. 53; Stellungnahme Rz. 11).

16.2 Bei einem Streitwert von CHF 500'000.00 bis CHF 1 Mio. beträgt der Gebührenrahmen vor Handelsgericht CHF 9'000.00 bis CHF 70'000.00 (Art. 42 Abs. 1 Bst. e des Verfassungskostendekrets [VKD; BSG 161.12]). Der Reduktionsgrund von Art. 42 Abs. 2 VKD kommt nicht zum Tragen, da die Hauptsache bereits rechtshängig ist. Unter Berücksichtigung des summarischen Verfahrens, der Bedeutung des Geschäfts und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin wird die Gebühr auf das Minimum, d.h. CHF 9'000.00, festgesetzt (vgl. Art. 5 VKD). Die Gebühr wird mit dem gleichhohen Kostenvorschuss der Gesuchstellerin verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

16.3 Antragsgemäss hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). In ordentlichen Verfahren gilt beim genannten Streitwert ein Honorarrahmen CHF 11'800.00 bis CHF 49'200.00 (Art. 5 Abs. 1 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]). In summarischen Verfahren reduziert sich dieser Rahmen auf 30 bis 60 Prozent hiervon (Art. 5 Abs. 2 PKV), d.h. CHF 3'540.00 bis CHF 29'520.00. Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich das Honorar nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeiten des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

In ihrer Kostennote vom 23. bzw. 26. März 2018 machen die Rechtsanwälte der Gesuchsgegnerin ein Anwaltshonorar von CHF 15'956.00, Auslagen von CHF 478.65 sowie die Mehrwertsteuer von CHF 1'265.50 geltend.

Das geltend gemachte Anwaltshonorar entspricht einer Ausschöpfung des Tarifr Rahmens von knapp 48 % ($[29'520-3'540]*0.478+3'540$), was den konkreten Verhältnissen ohne Weiteres angemessen ist.

Ebenfalls zu keinen Bemerkungen Anlass geben die geltend gemachten Auslagen von CHF 478.65.

Nicht zu entschädigen ist indessen die Mehrwertsteuer. Da selber mehrwertsteuerpflichtig, kann die Gesuchsgegnerin die ihrer Rechtsvertretung geschuldeten Steuerkosten in ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung als Vorsteuer zum Abzug bringen. Es fällt ihr kein tatsächlicher Aufwand an. Eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme deshalb einer mit Art. 95 Abs. 2 ZPO unvereinbaren Überentschädigung gleich. Daher ist die MWST nicht zu entschädigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3).

Die Parteientschädigung wird somit auf insgesamt CHF 16'434.65 (Honorar: CHF 15'956.00; Auslagen: CHF 478.65) festgesetzt.

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Massnahmeverfahrens werden bestimmt auf CHF 9'000.00. Sie werden der Gesuchstellerin zur Zahlung auferlegt und mit dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 16'434.65 (Honorar: CHF 15'956.00; Auslagen: CHF 478.65; keine Entschädigung der MWST) zu bezahlen.
4. Zu eröffnen (Einschreiben):
 - Den ParteienMitzuteilen (A-Post):
 - Dem Sekretariat der WEKO (Art. 48 Abs. 2 KG)

[Rechtsmittelbelehrung]

C 1	4. Entscheid des Handelsgerichts des Obergerichts des Kantons Bern vom 14. Dezember 2018 in Sachen A. AG gegen B. AG – Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) – Gesuch vom 26. Oktober 2018
-----	--

Entscheid HG 18 113 des Handelsgerichts des Obergerichts des Kantons Bern vom 14. Dezember 2018 A. AG, in [...], vertreten durch [...], Gesuchstellerin gegen B. AG, in [...], vertreten durch [...], Gesuchsgegnerin – Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen), Gesuch vom 26. Oktober 2018

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1.

1.1. Die B. AG ist exklusive Generalimporteurin von Fahrzeugen der Marken C. und D. Sie hat hierfür in der Schweiz ein selektives Vertriebs- und Werkstattnetz eingerichtet.

1.2 Die A. AG ist seit knapp 20 Jahren autorisierte C.- bzw. D-Händlerin und betreibt eine Autogarage mit Werkstatt in [...].

1.3 Am 25. Januar 2013 kündigte die B. AG die Geschäftsbeziehung mit der A. AG per 31. Januar 2015. Nach mehrfacher Verlängerung der Kündigungsfrist endeten die Händlerverträge per 31. Dezember 2017. Die im Verlauf ausgekoppelten bzw. separat vereinbarten Serviceverträge liefen am 31. März 2018 aus.

1.4 Die A. AG verlangte von der B. AG mehrfach die Weiterführung der Geschäftsbeziehung, später insbesondere den Abschluss mehrjähriger Serviceverträge, was die B. AG ablehnte.

2.

2.1 Am 16. Februar 2018 (Eingang: 20. Februar 2018) reichte die A. AG (nachfolgend: Gesuchstellerin) beim Handelsgericht des Kantons Bern gegen die B. AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) eine Klage (Verfahren HG 2018 18 [nachfolgend: Klageverfahren]; pag. 1 ff.) und ein Gesuch (Verfahren HG 2018 19 [nachfolgend: Massnahmeverfahren 1]; pag. 1 ff.) ein. Sie beantragte was folgt:

1. Die [Gesuchsgegnerin] sei zu verpflichten, mit der [Gesuchstellerin] einen Servicevertrag für die Marken „C“ (inkl. „iC“) und „D“ zu marktüblichen Konditionen mit Beginn 1. April 2018 abzuschliessen. Die [Gesuchsgegnerin] sei namentlich zu verpflichten,
 - a) den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlich sind;
 - b) die [Gesuchstellerin] mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken erforderlichen Originalersatzteilen zu nichtdiskriminierenden Konditionen zu beliefern;

c) der [Gesuchstellerin] sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken erforderlichen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen;

d) der [Gesuchstellerin] weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen „C“- und „D“-Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren;

e) der [Gesuchstellerin] die Durchführung von und Entschädigung für Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) für Personenfahrzeuge der erwähnten Marken zu gewähren.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der [Gesuchsgegnerin].

3. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 seien für die Dauer des Verfahrens vorsorglich anzuordnen.

4. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 i.V.m. 3 seien bis zum Massnahmeentscheid superprovisorisch und ohne Anhörung der [Gesuchsgegnerin] anzuordnen.

5. Es sei nach Massgabe von Art. 15 Abs. 1 KG bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten über die kartellrechtlich relevanten Fragen einzuholen, namentlich (i) zur Bestimmung des relevanten Marktes, (ii) zur marktbeherrschenden Stellung der [Gesuchsgegnerin] auf dem relevanten Markt (Art. 4 Abs. 2 KG) sowie (iii) zum Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 Abs. 2 KG) infolge der Verweigerung einer Geschäftsbeziehung nach Ziff. 1.

2.2 Der Instruktionsrichter wies den Antrag auf superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Verfügung vom 21. Februar 2018 ab (Massnahmeverfahren 1; pag. 57).

2.3 Am 12. März 2018 reichte die Gesuchsgegnerin eine auf die Unzuständigkeitseinrede beschränkte Klageantwort ein und beantragte u.a., das Klageverfahren sei auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit zu beschränken (Klageverfahren; pag. 74 ff.).

2.4 Mit Entscheid vom 26. März 2018 wies der Vizepräsident des Handelsgerichts des Kantons Bern das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (Massnahmeverfahren 1; pag. 126 ff.).

2.5 Mit Verfügung vom 12. Juni 2018 wies der Instruktionsrichter im Klageverfahren den von der Beklagte/Gesuchsgegnerin gestellten prozessualen Antrag auf Beschränkung des Verfahrens auf die (Vor-)Frage der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, verbunden mit der Ausfällung eines selbständig anfechtbaren (Zwischen-)Entscheides, ab (Klageverfahren; pag. 151 f.).

2.6 Am 20. September 2018 reichte die Gesuchsgegnerin ihre (vollständige) Klageantwort ein (Klageverfahren; pag. 177 ff.).⁴

2.7 Mit Replik vom 26. Oktober 2018 hielt die Gesuchstellerin an ihren Anträgen der Klage/des Gesuchs vom 16. Februar 2018 fest (vgl. oben E. 2.1) und stellte folgende zusätzliche Anträge (Klageverfahren; pag. 234):

6. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1, eventualiter gemäss Ziff. 1 a) – e), seine für die Dauer des Verfahrens vorsorglich anzuordnen.
7. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 6 seien bis zum Massnahmeentscheid superprovisorisch anzuordnen.

2.8 Mit Verfügung vom 5. November 2019 wies der Instruktionsrichter das (neue) Gesuch um superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen ab, soweit es nicht gegenstandslos geworden war (Verfahren HG 2018 113 [nachfolgend: Massnahmeverfahren 2]; pag. 279). Er forderte die Gesuchsgegnerin zur Einreichung einer Stellungnahme zu den (neu) beantragten vorsorglichen Massnahmen bis am 23. November 2018 auf (Massnahmeverfahren 2; pag. 278 f.).

2.9 Mit Eingabe vom 21. November 2018 (Eingang: 22. November 2018; nachfolgend: Stellungnahme) beantragte die Gesuchsgegnerin, auf das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen; subeventualiter sei die Gesuchstellerin zur Leistung einer Sicherheit i.S.v. Art. 264 Abs. 1 ZPO in der Höhe von mindestens CHF 1'400'000.00 zu verpflichten; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchstellerin (Massnahmeverfahren 2; pag. 285).

2.10 Am 22. November 2018 verfügte der Instruktionsrichter, der (einfache) Schriftenwechsel im Massnahmeverfahren 2 sei abgeschlossen und es werde ein schriftlicher Entscheid ergehen (Massnahmeverfahren 2; pag. 295).

2.11 Auf Ersuchen des Gerichts reichten die Parteien in der Folge ihre Kostennoten ein. Mit Verfügung vom 7. Dezember 2018 stellte der Instruktionsrichter die Kostennote der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin zu (pag. 299). Die Gesuchstellerin teilte mit Eingabe vom 11. Dezember 2018 mit, sie habe keine Anmerkungen zur Kostennote der Gesuchsgegnerin (pag. 301). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2018 stellte der Instruktionsrichter die Kostennote der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin zu (pag. 307).

II. Formelles

3. Bei hängigem Hauptprozess entscheidet der Präsident des Handelsgerichts – und als dessen Stellvertreter der Vizepräsident – in allen Angelegenheiten, die gemäss Art. 248 ff. ZPO im summarischen Verfahren zu behandeln sind (Art. 12 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 Bst. C des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]). Da die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nach Art. 248 Bst. d ZPO im summarischen Verfahren erfolgt, ist der Vizepräsident vorliegend zuständig.

4. Das Gericht tritt auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob dies der Fall ist (Art. 60 ZPO).

5. Prozessvoraussetzung ist nach Art. 59 Abs. 2 Bst. e ZPO, dass die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin in ihrem (erneuten) Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 26. Oktober 2018 deckt sich (mit Ausnahme eines neu hinzugefügten Eventualbegehrens; dazu unten E. 5.3) mit ihrem Rechtsbegehren im ersten Massnahmegesuch vom 16. Februar 2018; es stellt sich daher die Frage, ob der erste Massnahmeentscheid des Handelsgerichts vom 26. März 2018 einer erneuten Prüfung vorsorglicher Massnahmen entgegensteht.

5.1 Allgemein verbietet die materielle Rechtskraft jedem späteren Gericht, auf eine Klage einzutreten, deren Streitgegenstand mit dem rechtskräftig beurteilten (*res iudicata*, d.h. abgeurteilte Sache) identisch ist, sofern der Kläger nicht ein schutzwürdiges Interesse an der Wiederholung des früheren Entscheids geltend machen kann (BGE 142 III 210 E. 2.1 S. 212; 139 III 126 E. 3.1 S. 128; 121 III 474 E. 2 S. 477). Die Identität von prozessualen Ansprüchen beurteilt sich nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen (BGE 139 III 126 E. 3.2.3 S. 131). Identität der Streitgegenstände ist zu verneinen, wenn zwar aus dem gleichen Rechtsgrund wie im Vorprozess geklagt wird, aber neue erhebliche Tatsachen geltend gemacht werden, die seitdem eingetreten sind und den Anspruch in der nunmehr eingeklagten Form erst entstehen liessen. Diesfalls stützt sich die neue Klage auf rechtsbegründende oder rechtsverändernde Tatsachen, die im frühen Prozess nicht zu beurteilen waren und ausserhalb der zeitlichen Grenzen der materiellen Rechtskraft des früheren Urteils liegen (BGE 139 III 126 E. 3.2.1 S. 130 mit Hinweisen).

5.2 Summarentscheide sind grundsätzlich den ordentlichen Entscheiden hinsichtlich Rechtskraft gleichgestellt, d.h. sie werden mit Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig und damit – unter Vorbehalt einer Revision nach Art. 328 ff. ZPO unwiderrufbar (BGE 1421 III 376 E. 3.3.4 S. 381, 43 E. 2.5.2 S. 46 mit Hinweisen). Entscheide über vorsorgliche Massnahmen können zwar bei veränderten Umständen nach Art. 268 Abs. 1 ZPO geändert oder aufgehoben werden; auch ihnen kommt indes eine beschränkte Rechtskraft zu (BGE 141 III 376 E. 3.3.4 S. 381). So ist etwa ein Abänderungsgesuch bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren nach einem Rückzug eines früheren Abänderungsgesuchs – der einer Abweisung gleichgestellt ist – nur unter der Voraussetzung veränderter Verhältnisse zulässig (BGE 141 III 376 E. 3.4 S. 382). Dies lässt sich wie folgt verallgemeinern: Nach Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen scheidet ein neuer Antrag um vorsorgliche Massnahmen bei unverändertem Sachverhalt an der Rechtskraftwirkung (PAUL OBERHAMMER, in: *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl. 2014, N. 38 zu Art. 236 ZPO; THOMAS SPRECHER, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl. 2017, N. 7 zu Art. 268 ZPO; FRANCESCO TREZZINI, *Provvedimenti cautelari in base al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC]*, 2015, N. 568; SIMON ZINGG, in: *Berner Kommentar*, 2012, N. 111 [S. 612] zu Art. 59 ZPO; JOHANN ZÜRCHER, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar*, Brunner et al. [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 13 zu Art. 268 ZPO).

5.3 Die Gesuchstellerin stellt neben ihrem Hauptbegehren, das mit dem Rechtsbegehren im ersten Massnahmegesuch vom 16. Februar 2018 übereinstimmt, neu zusätzlich ein Eventualbegehren. Dies ändert indessen nichts in Bezug auf die Identität des Streitgegenstands. Identische Rechtsbegehren liegen nämlich auch vor, wenn mit dem späteren Rechtsbegehren ein Teil des früheren Rechtsbegehrens geltend gemacht wird (BGE 139 III 126 E. 3.2.3 S. 131 mit Hinweis; vgl. auch SIMON ZINGG, in: Berner Kommentar, 2012, N. 71 zu Art. 59 ZPO). Dies ist hier der Fall: Während die Gesuchstellerin mit dem Hauptbegehren die vorsorgliche Anordnung der Massnahmen gemäss der gesamten Ziff. 1 (des Klagebegehrens) beantragt, verlangt sie mit dem Eventualbegehren bloss die Anordnung der Massnahmen gemäss Zif. 1 a) – e). Die Rechtsbegehren des ersten und des zweiten Massnahmegesuchs sind somit identisch. Eine Behandlung des (erneuten) Massnahmegesuchs der Gesuchstellerin setzt demnach einen veränderten Sachverhalt voraus.

5.4 Bei Einreichung eines neuen Gesuchs aufgrund veränderten Sachverhalts müssen sich die neuen erheblichen Tatsachen auf diejenigen Anspruchsvoraussetzungen beziehen, deren Verneinung zur Abweisung des früheren Gesuchs geführt hat. So kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung etwa eine Klage, welche mangels Fälligkeit abgewiesen wurde, erneut mit der Begründung erhoben werden, die Fälligkeit sei zwischenzeitlich eingetreten (Urteil des Bundesgerichts 4A_209/2007 vom 5. September 2007 E. 2.2.1).

5.5 Im ersten Massnahmeverfahren hat das Handelsgericht das Gesuch der Gesuchstellerin mit der Begründung abgewiesen, ein Verfügungsanspruch sei zu verneinen. Damit das Handelsgericht erneut über vorsorgliche Massnahmen entscheiden könnte, müsste die Gesuchstellerin somit neue Tatsachen vorbringen, welche für die Frage des Verfügungsanspruchs erheblich sind. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Gesuchstellerin bringe gegenüber dem vorangehenden Gesuch nichts Neues vor, was relevant wäre (Stellungnahme, N. 4, 41).

5.6 Die Gesuchstellerin stützt sich in ihrem neuen Gesuch einerseits auf die zwischenzeitlich erstellten Halbjahres-Geschäftsabschlüsse und andererseits auf die Zusammenfassung des Schlussberichtes des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) betreffend Vorprüfung des Vertriebsnetzes der AMAG vom 1. Mai 2018 (Massnahmeverfahren 2; pag. 265). Die Halbjahres-Geschäftsabschlüsse betreffen selbst nach den eigenen Angaben der Gesuchstellerin (Massnahmeverfahren 2; pag. 265 ff. N. 120 ff.) nicht den Verfügungsanspruch, sondern den Verfügungsgrund und die Dringlichkeit. Für den Verfügungsanspruch relevant ist damit (auch nach Ansicht der Gesuchstellerin selbst) einzig die Zusammenfassung des Schlussberichtes des Sekretariats der WEKO in Sachen AMAG.

5.7 Die Gesuchstellerin bringt dazu vor, der Verfügungsanspruch stehe und falle mit der Abgrenzung des relevanten Marktes, die sich auch auf die Marktbeherrschung auswirke (Massnahmeverfahren 2; pag. 265 N. 121 f.). Das Sekretariat der WEKO habe im Schlussbericht der Vorprüfung des Vertriebsnetzes der AMAG vom 1. Mai 2018 festgehalten, der Aftersales-Markt sei markenspezi-

fisch abzugrenzen und die AMAG könnte deshalb marktbeherrschend sein. Die Gesuchstellerin leitet daraus ab, dass dies auch in Bezug auf die Gesuchsgegnerin gelte, da eine solche Position grundsätzlich jedem Generalimporteur oder Betreiber eines Vertriebsnetzes zukomme. Der Schlussbericht der WEKO in Sachen AMAG lasse sich somit auch für die Begründung der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin auf dem Aftersales-Markt heranziehen. Im Übrigen verwies die Gesuchstellerin auf ihre Ausführungen in der Eingabe vom 16. Februar 2018 (erstes Massnahmegesuch).

5.8 Die Gesuchstellerin bezieht sich auf folgende Passage in der Zusammenfassung des Schlussberichtes der WEKO in Sachen Vorabklärung „AMAG Vertriebsnetz“: „Wie (...) ausgeführt, ist provisorisch davon auszugehen, dass die AMAG auf den Märkten für die Erbringung von Serviceleistungen und für den Verkauf von Ersatzteilen möglicherweise über eine marktbeherrschende Stellung verfügt“ (Beilage 52 zur Replik/Massnahmegesuch 2; Rz. 21). Das Sekretariat der WEKO verweist an dieser Stelle auf Rz. 14 der Zusammenfassung, welche wie folgt lautet: „In diesem Zusammenhang ist provisorisch davon auszugehen, dass die Märkte für die Erbringung von Serviceleistungen und für den Verkauf von Ersatzteilen markenspezifisch abzugrenzen sind und die AMAG auf diesen Märkten, infolge hoher Marktanteile, möglicherweise über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.“

5.9 Die Vorbringen der Gesuchstellerin stellen aus folgenden Gründen keine neuen erheblichen Tatsachen dar: Zunächst handelt es sich lediglich um eine Vorabklärung und nicht um eine Untersuchung, die zudem vom Sekretariat der WEKO durchgeführt und (in Form einer Zusammenfassung) veröffentlicht wurde und nicht von der WEKO selbst. Sodann ist die Formulierung so offen und vage („provisorisch davon auszugehen“, „möglicherweise marktbeherrschende Stellung“), dass sich daraus kaum etwas ableiten lässt. Zu beachten ist hier auch, dass Zivilgericht selbst an Gutachten der WEKO, welche gestützt auf Art. 15 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) zum konkreten Fall eingeholt werden, nicht gebunden sind (vgl. nur RETO JACOBS/GION GIGER, in: Basel Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 2, 28 zu Art. 15 KG mit zahlreichen Hinweisen; PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, 2004, N. 5 zu Art. 15 KG). Damit kann offenbleiben, ob es sich bei den neuen Vorbringen der Gesuchstellerin überhaupt um Tatsachen handelt, da sie jedenfalls nicht erheblich sind, um die im ersten Massnahmeentscheid vom 26. März 2018 betreffend Aftersales-Markt im Zusammenhand mit den Marken „C“ (inkl. „iC“) und „D“ getroffenen Schussfolgerungen in einem neuen Licht erscheinen zu lassen.

5.10 Die Zusammenfassung des Schlussberichtes des Sekretariats der WEKO vom 1. Mai 2018 führt nach dem Gesagten auf der Sachverhaltsebene nicht zu einer Veränderung gegenüber demjenigen Sachverhalt, der dem ersten Massnahmeentscheid vom 26. März 2018 zugrunde liegt. Damit scheidet der erneute Antrag der Gesuchstellerin an der Rechtskraftwirkung des ersten Massnahmeentscheids. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin vom 26. Oktober 2018 ist nicht einzutreten.

6. Damit ist auf die (erneute) Bestreitung der örtlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Bern durch die Gesuchsgegnerin (Stellungnahme, N. 12 f.) nicht einzugehen.

III. Prozesskosten

7. Nach Art. 104 Abs. 3 ZPO kann über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen zusammen mit der Hauptsache entschieden werden. Eine separate Kosten- und Entschädigungsregelung bleibt indessen möglich und ist insbesondere dann angezeigt, wenn ein Massnahmegesuch abgewiesen wird (HANS SCHMID, in: Kurzkomentar ZPO, Oberhammer et al. [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 104 ZPO; MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, 201, N. 10 zu Art. 104 ZPO; ADRIAN URWYLER/MYRIAM GRÜTTER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Brunner et al. [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, Fn. 11 bei N. 5 zu Art. 104 ZPO). Dasselbe muss gelten, wenn auf ein Massnahmegesuch nicht eingetreten wird. Jedenfalls sollte über die Verteilung unnötiger Prozesskosten im Zusammenhang mit dem Massnahmeverfahren im Massnahmeentscheid befunden werden (DAVID JENNY, in: Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm et al. [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 9 zu Art. 104 ZPO).

8. Die Gesuchsgegnerin ist der Ansicht, die Kosten für das vorliegende Massnahmeverfahren seien unnötig gewesen, weil die Gesuchstellerin bereits mit einem praktisch identischen Gesuch unterlegen sei und das erneute Gesuch auch bereits aus rein formellen Gründen abzuweisen sei. Wie es sich damit verhält, kann offenbleiben, da die Gesuchstellerin jedenfalls unterliegt, und sich daher eine gesonderte Kostenliquidation – wie bereits im ersten Massnahmeentscheid vom 26. März 2018 – ohnehin rechtfertigt.

9. Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO).

10. Die **Gerichtskosten** bestehen vorliegend aus der Pauschale für den Entscheid (Entscheidgebühren; Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO):

10.1 Die Entscheidgebühren richten sich nach dem Streitwert des Verfahrens (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ und Art. 42 Abs. 1 des Dekrets vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.21]).

10.2 Vorliegend beträgt der Streitwert gemäss unbestritten gebliebener Schätzung der Gesuchstellerin CHF 500'000.00 (Vgl. Klage/Gesuch vom 16. Februar 2018, N. 53). Die Entscheidgebühren liegen bei einem Streitwert von CHF 500'000.00 bis CHF 1'000'000.00 zwischen CHF 9'000.00 und CHF 70'000.00 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ und Art. 42 Abs. 1 Bst. e VKD). Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich die Entscheidgebühren nach dem gesamten Zeit- und Arbeitsaufwand, der Bedeutung des Geschäfts sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Kostenpflichtigen (Art. 5 VKD). Wird ein Verfahren durch Nichteintreten erledigt, so kann die Mindestgebühren unterschritten werden (Art. 7 Abs. 1 VKD).

10.3 Zeit- und Arbeitsaufwand waren im vorliegenden Verfahren unterdurchschnittlich. Da auf das Gesuch nicht

einzutreten ist, rechtfertigt es sich vorliegend, die Mindestgebühren von CHF 9'000.00 zu unterschreiten und die Entscheidgebühren auf CHF 5'000.00 festzusetzen.

11. Die Gerichtskosten werden **der unterliegenden Partei auferlegt** (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

11.1 Da vorliegend die Gesuchstellerin unterliegt, sind die Gerichtskosten ihr aufzuerlegen.

11.2 Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

11.3 Vorliegend hat die Gesuchstellerin einen Vorschuss von CHF 5'000.00 geleistet. Die Gerichtskosten werden mit diesem Vorschuss verrechnet.

12. Als **Parteientschädigung** gelten im vorliegenden Fall die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 Bst. b ZPO).

12.1 Die Kosten einer berufsmässigen Vertretung liegen bei einem Streitwert über CHF 300'000.00 bis CHF 600'000.00 zwischen CHF 11'800.00 und CHF 49'200.00 (Art. 41 Abs. 2 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostensatzes [PKV; BSG 168.811]). In summarischen Verfahren (Art. 248 ff. ZPO) beträgt das Honorar 30 bis 60 Prozent dieses Betrags (Art. 5 Abs. 3 PKV), mithin CHF 3'540.00 (30 % von CHF 11'800.00) bis CHF 29'520.00 (60 % von CHF 49'200.00).

12.2 Die Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin machen ein Honorar von CHF 8'225.00 zuzüglich Mehrwertsteuer geltend. Da die Gesuchsgegnerin selbst merhwertsteuerpflichtig ist, kann sie die ihren Rechtsvertretern bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer in Abzug bringen (Art. 28 des Mehrwertsteuergesetzes vom 12. Juni 2009 [MWSTG; SR 641.20]); die Mehrwertsteuer ist deshalb bei der Bestimmung der Parteientschädigung nicht zu berücksichtigen (Praxisfestlegung gemäss Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. November 2014; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5 und 4A_489/2017 vom 26. März 2018 E. 6). Damit beträgt das geltend gemachte Honorar von CHF 8'225.00. Dieses ist angemessen und damit zuzusprechen.

12.3 Die geltend gemachten Auslagen von CHF 271.40 erscheinen ebenfalls angemessen. Auszugehen ist somit von einem Betrag von gesamthaft CHF 8'496.40.

13. Die Gesuchsgegnerin obsiegt in vollem Umfang und hat entsprechend Anspruch auf Zusprechung der vollen Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsgegnerin ist demnach eine Parteientschädigung von CHF 8'496.40 zuzusprechen. Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Der Vizepräsident entscheidet:

1. Auf das Gesuch wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtskosten werden auf CHF 5'000.00 festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt. Der Betrag

wird mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000.00 verrechnet.

3. Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin eine Parteienschädigung von CHF 8'496.40 zu bezahlen.

4. Zu eröffnen (per Einschreiben):

- den Parteien

Mitzuteilen (A-Post):

- dem Sekretariat der WEKO (Art. 48 Abs. 2 KG)

[Rechtsmittelbelehrung]

C 2

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

C 2

1. Urteil vom 10. September 2018 – Partnerschaftsvertrag; Kartellrecht; Zwischenentscheid über die Zuständigkeit zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen - Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichtspräsidenten des Kantons Obwalden

Urteil 4A_340/2018 des Bundesgerichts, I. zivilrechtliche Abteilung, vom 10. September 2018, A. AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen B. AG, vertreten durch [...], Beschwerdegegnerin – Gegenstand: Partnerschaftsvertrag; Kartellrecht; Zwischenentscheid über die Zuständigkeit zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen - Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichtspräsidenten des Kantons Obwalden vom 2. Mai 2018 (P 18/002/LPR)

Sachverhalt:
A.

Die A. AG mit Sitz in U. bezweckt den Handel mit Motorfahrzeugen aller Art sowie den Betrieb von Autoreparaturwerkstätten. Sie führt einen Garagenbetrieb.

Die B. AG mit Sitz in V. betreibt ein Import- und Exportunternehmen, das mit Motorfahrzeugen handelt. Sie widmet sich zudem dem Handel mit Ersatzteilen und Zubehör für Fahrzeuge. Für den Reparatur- und Kundendienst sowie den Verkauf von Ersatzteilen für Motorfahrzeuge der Marke X. unterhält sie als Importeurin ein selektives Werkstattnetz.

Die B. AG und die A. AG schlossen am 1. Juni 2006 einen unbefristeten Servicevertrag ab, mit dem die A. AG an dieses Werkstattnetz angeschlossen wurde. Letztere verpflichtete sich insbesondere zur Vermarktung und zum Verkauf von Zubehör und Ersatzteilen der Marke X. sowie zu Reparatur und Kundendienstleistungen für Fahrzeuge dieser Marke.

Mit Schreiben vom 12. Februar 2016 kündigte die B. AG den Servicevertrag per 28. Februar 2018. Die A. AG ersuchte die B. AG daraufhin mit Schreiben vom 30. September und vom 31. Oktober 2017 erfolglos um die Fortsetzung der Partnerschaft und Weiterführung des Servicevertrages für X. zu angemessenen Konditionen auch nach dem 28. Februar 2018.

B.

Am 9. Januar 2018 reichte die A. AG beim Obergericht Obwalden Klage ein. Sie beantragte, die B. AG sei zu verpflichten, mit ihr einen Servicevertrag für die Marke X. zu marktüblichen Konditionen mit Beginn am 1. März 2018 abzuschliessen.

Gleichzeitig mit der Klage im Hauptverfahren reichte die A. AG ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sowie

ein Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen ein, mit denen sie verlangte, die Massnahmen des Klagebegehrens seien für die Dauer des Verfahrens vorsorglich bzw. bis zum Massnahmenentscheid superprovisorisch anzuordnen.

Mit Entscheid vom 16. Januar 2018 wies der Obergerichtspräsident I das Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen ab und setzte der B. AG eine Frist an, um zum Massnahmengesuch Stellung zu nehmen. Diese beantragte mit Stellungnahme vom 19. Februar 2018, es sei auf das Gesuch wegen örtlicher Unzuständigkeit des angerufenen Obergerichts nicht einzutreten.

Am 2. Mai 2018 trat der Obergerichtspräsident I auf das Massnahmengesuch wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit nicht ein.

C.

Die A. AG (Beschwerdeführerin) erhob gegen den Entscheid vom 2. Mai 2018 mit Eingabe vom 4. Juni 2018 Beschwerde in Zivilsachen. Am 5. Juni 2018 teilte die Beschwerdeführerin mit, sie habe versehentlich eine unrichtige Beschwerdebeilage 4 eingereicht und übermittelte die korrekte Beilage 4, mit der Bitte, diese der B. AG (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) zur Kenntnis zu bringen.

Auf die Einholung von Vernehmlassungen zur Beschwerde wurde vorliegend verzichtet.

Erwägungen:
1.

Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig gegen Endentscheide, worunter solche Entscheide zu verstehen sind, die den Prozess beenden, sei es insgesamt (Art. 90 BGG), sei es hinsichtlich eines Teils der gestellten Begehren, die unabhängig von den anderen beurteilbar sind, sei es nur für einen Teil der Streitgenossen (Art. 91 BGG; zum Ganzen BGE 135 III 212 E. 1.2 S. 216 ff.; 133 III 629 E. 2.1/2.2). Ebenfalls zulässig ist die Beschwerde gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide, welche die Zuständigkeit oder den Ausstand betreffen (Art. 92 BGG). Gegen andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ist die sofortige Beschwerde nur unter den alternativen Voraussetzungen nach Art. 93 Abs. 1 lit. a und b BGG zulässig.

1.1. Die Vorinstanz trat im angefochtenen Entscheid auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Anordnung von

vorsorglichen Massnahmen nicht ein und entschied damit über deren Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

1.1.1. Solche Entscheide gelten nur dann als Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG, wenn sie in einem eigenständigen Verfahren ergehen. Selbständig eröffnete Massnahmenentscheide, die vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand haben bzw. unter der Bedingung, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, stellen Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG dar (BGE 138 III 76 E. 1.2, 333 E. 1.2 S. 334 f.; 137 III 324 E. 1.1 S. 327 f.).

1.1.2. Es handelt sich bei den Letzteren, d.h. bei den nicht in einem eigenständigen Verfahren ergangenen Massnahmenentscheiden, auch dann nicht um ohne weiteres anfechtbare Entscheide im Sinne von Art. 92 BGG, wenn das angerufene Gericht auf das Massnahmengesuch nicht eintritt, weil es - wie vorliegend - seine Zuständigkeit verneint.

Die Bestimmung von Art. 92 Abs. 1 BGG beruht auf Gründen der Verfahrensökonomie, da es bei der Zuständigkeit um eine Frage geht, die unmittelbar und endgültig entschieden werden muss, ohne den Ausgang der Hauptsache abzuwarten. Entsprechend kann ein selbständig eröffneter Entscheid über die Zuständigkeit nur dann nach Art. 92 BGG unmittelbar angefochten werden, wenn damit endgültig und für die Instanz verbindlich über die Zuständigkeitsfrage entschieden wurde (BGE 138 III 558 E. 1.3; 133 IV 288 E. 2; Urteil 4A_264/2018 vom 7. Juni 2018 E. 2.1; s. auch BGE 143 III 462 E. 3).

Dies ist bei einem Zuständigkeitsentscheid, der nicht im Rahmen eines eigenständigen Massnahmenverfahrens ergangen ist, nicht der Fall. Vielmehr ist das Gericht im Rahmen des Hauptverfahrens (das im vorliegenden Prozess auf die Frage der Zuständigkeit beschränkt wurde und in dessen Rahmen der verbindliche Entscheid über die Zuständigkeit der Instanz erst ansteht) nicht an diesen gebunden und frei, seine Zuständigkeit bei der Beurteilung der Hauptsache abweichend vom Massnahmenentscheid zu bejahen (Urteil 4P.201/2004 vom 29. November 2004 E. 4.2; s. auch BGE 135 III 446 S. 448 f.; vgl. dagegen BGE 138 III 555 E. 1, der einen Zuständigkeitsentscheid in einem eigenständigen Verfahren [s. BGE 138 III 46 E. 1.1 S. 46] um vorsorgliche Beweisführung betraf).

Die Interessen des Massnahmengesuchstellers sind durch einen solchen Entscheid - wie bei jedem abschlägigen Entscheid über ein Massnahmengesuch - daher nur insoweit tangiert, als die verlangten Massnahmen nicht angeordnet werden, während die Frage der Zuständigkeit der Instanz zur Behandlung der Hauptsache offenbleibt. Dementsprechend und auch angesichts seiner nicht endgültigen Natur könnte das Bundesgericht einen solchen Entscheid denn auch nur mit beschränkter Kognition gemäss Art. 98 BGG überprüfen (vgl. dazu BGE 138 III 728 E. 2.2 - 2.4).

Der Gesuchsteller, auf dessen Massnahmengesuch in einem nicht eigenständigen Massnahmenverfahren mangels Zuständigkeit des Massnahmenrichters nicht eingetreten wird, ist interessenmässig gleichgestellt wie derjenige, dessen Massnahmengesuch in einem solchen Verfahren abgewiesen wird. Die einzige für ihn nachteilige

Folge bleibt in beiden Fällen, dass die Anordnung der verlangten vorsorglichen Massnahmen unterbleibt. Bei entsprechenden, nicht in einem eigenständigen Verfahren ergangenen Entscheiden handelt es sich in beiden Fällen um Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG.

1.1.3. Der vorliegend angefochtene Entscheid betrifft vorsorgliche Massnahmen, welche die Beschwerdeführerin mit der gleichzeitig anhängig gemachten Klage für die Dauer des entsprechenden Hauptverfahrens beantragte. Er erging damit nicht in einem eigenständigen Verfahren und es handelt sich dabei dementsprechend um einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid, der nicht das Haupt- bzw. das Klageverfahren abschliesst, sondern lediglich das Nebenverfahren über vorsorgliche Massnahmen. Dies verkennt die Beschwerdeführerin, wenn sie die Auffassung vertritt, beim angefochtenen Entscheid handle es sich um einen Endentscheid nach Art. 90 BGG.

Es handelt sich bei diesem nach dem Ausgeführten auch nicht um einen endgültigen, die Instanz bindenden Entscheid über die Zuständigkeit des Gerichts zur Behandlung der Streitigkeit, der nach Art. 92 Abs. 1 BGG unmittelbar nach dessen Erlass mit Beschwerde anfechtbar wäre und vom Betroffenen nach Art. 92 Abs. 2 BGG angefochten werden müsste, um nicht des Rechts verlustig zu gehen, einen späteren Zuständigkeitsentscheid im Hauptverfahren anzufechten. Vielmehr handelt es sich dabei um einen anderen selbständig eröffneten Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

1.2. Gegen Zwischenentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 93 BGG fällt die Zulässigkeit der Beschwerde nach Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG von vornherein ausser Betracht und steht die Beschwerde nur offen, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Dabei muss es sich um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, der auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden kann (BGE 143 III 416 E. 1.3; 141 III 80 E. 1.2; 139 V 604 E. 3.2; 138 III 46 E. 1.2 S. 47; 137 III 324 E. 1.1 S. 328; je mit Hinweisen). Rein tatsächliche Nachteile wie die Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens reichen nicht aus (BGE 142 III 798 E. 2.2 S. 801; 141 III 80 E. 1.2; 138 III 190 E. 6 S. 192; 137 III 380 E. 1.2.1 mit Hinweisen). Die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden bildet aus prozessökonomischen Gründen eine Ausnahme vom Grundsatz, dass sich das Bundesgericht mit jeder Angelegenheit nur einmal befassen soll (BGE 142 III 798 E. 2.2 S. 801; 141 III 80 E. 1.2 S. 81). Die Ausnahme ist restriktiv zu handhaben (BGE 138 III 94 E. 2.2 S. 95; 134 III 188 E. 2.2).

Während die frühere Rechtsprechung bei Zwischenentscheiden, mit denen vorsorgliche Massnahmen erlassen oder verweigert wurden, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil regelmässig bejahte (BGE 134 I 83 E. 3.1 S. 87 mit Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung), wird nach der neueren, nunmehr gefestigten Rechtsprechung verlangt, dass ein Beschwerdeführer in der Beschwerdebegründung aufzeigt, inwiefern ihm im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur drohe (BGE 137 III 324 E. 1.1 S. 328 f.; Urteile 4A_585/2014 vom 27. November 2014 E. 1.1 mit zahlreichen Hinweisen, sic! 3/2015 S. 175, und 4A_169/2015

vom 30. Juni 2015 E. 1.1). Die Beschwerdeführerin legt indessen - in der unrichtigen Annahme, es liege ein Entscheidungsfall vor - mit keinem Wort dar, inwiefern ihr durch den angefochtenen Entscheid ein nicht wieder gutzumachender Nachteil drohen soll, was auch nicht ohne weiteres in die Augen springt.

Auf die Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden.

2.

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem geringen Aufwand für das vorliegende Verfahren ist bei der Bemessung der Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdegegnerin hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da ihr aus dem bundesgerichtlichen Verfahren kein Aufwand entstanden ist (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergerichtspräsidenten des Kantons Obwalden schriftlich mitgeteilt.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral	GebrV	and Trade Verordnung über
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gebrauchsgegenstände Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	H	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	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 117, 127 f.
Abrede 1 ff., 12 ff., 16 ff., 77 ff., 84 f., 97, 99, 115 ff., 122,
124 ff., 148, 153, 158 f., 167, 179, 206, 209, 213, 216,
223, 236 f.
Acquiring 165, 167, 169 ff.
Anhörung 2, 8, 84, 112 ff., 118, 132, 214, 228 f.
Apotheker/innen -
Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 168
Befristung des Entscheids -
Breitbanddienste -
Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 169 f., 172
Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 78 f., 85, 133 ff.
Effizienzprüfung -
Einstellung einer Untersuchung -
einvernehmliche Regelung 9, 15, 86, 206, 208
Erheblichkeit 4, 85, 126 f., 129 ff., 237
Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
mitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
Interchange Fee 11, 30, 67, 129, 165, 170
Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 120,
147, 153 f., 159 ff., 173, 176, 179, 189, 191, 233
Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
Krankenversicherer 6
Kreditkarten 6, 165, 169 f.
Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 236
- M**
- Marktaufteilung -
marktbeherrschende Stellung 2 f., 5, 7 f., 82, 152, 155, 158,
161, 164, 169 f., 172 f., 175 ff., 180, 186 ff., 190, 205, 235,
241
Marktgegenseite 79, 120, 122, 134, 155 ff., 161 ff., 171, 177,
181 f., 184, 189, 233, 236
Marktorganisation -
Marktstruktur 14, 235
Marktzutrittsschranken 77, 79
Meldepflicht 4, 82 f., 154 f., 161, 169, 176, 179 f., 189
Missbrauch 3, 5 ff., 80, 82, 85, 127 ff., 173, 204 f., 221, 228,
233, 236, 239
- N**
- Netzwerk 160, 162, 183
Netzwerkkosten -
Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
potenzieller Wettbewerb 85, 124
Preisabrede 2, 4, 8 f., 14, 16, 85, 119, 131, 134
Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 89, 94, 96 ff., 99 ff., 107 f., 117 ff., 132, 134, 206,
211
Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 4, 7, 12, 15 f., 102, 129, 134, 136 ff., 145
Senkung Herstellkosten -
Submission 1 ff., 9, 11 f., 14, 16 ff., 67, 72, 209
Submissionskartell 17 ff.

T	Veröffentlichung 8, 104, 142 ff., 206, 208 ff.
Tarife 190, 194 ff., 201 ff.	Verschulden 135, 138
Tarifvertrag 131	Vierparteiensysteme -
Tierärzte/innen -	vorbehaltene Vorschriften 7, 85, 116, 169, 179
Transparenzmassnahmen -	vorgezogene Recyclinggebühren -

U	W
Umstossung der Vermutung -	Wettbewerb um den Markt -
Untersuchung 2 ff., 84 ff., 97, 100, 102 f., 105, 110 f., 114 ff., 127, 130, 134, 137 f., 140, 142, 144 ff., 148, 161 f., 172, 181, 189 f., 200, 206 ff., 211, 241	X
unzulässige Wettbewerbsabrede 7, 9 f, 85, 115, 117, 129, 134, 139, 141, 206	Y
V	Z
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Zahlungsmittel -
	zweiseitige Märkte -