



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

2019/3b

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: 727.000.19/3b)

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

2019/3b

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.

Oktober/octobre/ottobre 2019

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

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

Systematique	A	Rapports d'activité
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	B	Pratique administrative
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence ¹
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	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.

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice	2019/3b
B Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
1. Badezimmer (2. Teil), 1. Teil im RPW 2019/3a, S. 606	927
2. Edelmetalle	1018
3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
1. Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG	1021
2. BMS/Celgene	1026
3. Infront/Ringier II	1032
4. Esta/RRJ Capital/Gategroup	1035
5. Tamedia/Planet 105	1038
7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
1. Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS	1040
8. BGBM LMI LMI	
1. Raccomandazione della Commissione della concorrenza del 25 febbraio 2019 concernente l'iniziativa parlamentare "Istituzione di un albo delle imprese artigiane"	1063
2. Raccomandazione della Commissione della concorrenza del 25 febbraio 2019 concernente la modifica del regolamento della legge sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore della costruzione	1069
B 4 Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
1. Urteil vom 8. Mai 2019 in Sachen VPVW (Genehmigungsverfügung)	1074
2. Urteil vom 24. Juni 2019 in Sachen Ticketcorner Holding AG gegen WEKO	1079
B 7 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1. Jugement du Tribunal d'arrondissement de Lausanne du 18 octobre 2018 dans la cause A. – violation des règles de la circulation routière	1083
2. Arrêt de la Cour de Justice de la République et Canton de Genève du 22 août 2017 dans la cause M. A. contre Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie	1087
3. Decisione del 27 febbraio 2018 del Tribunale cantonale amministrativo	1093
C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 11. Juli 2019 in Sachen A. AG gegen B. AG betreffend vorsorgliche Massnahmen	1101
Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	1111
Index (deutsch, français e italiano)	1113

B **Verwaltungsrechtliche Praxis** **Pratique administrative** **Prassi amministrativa**

B 2 **Wettbewerbskommission** **Commission de la concurrence** **Commissione della concorrenza**

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Badezimmer (2. Teil), 1. Teil im RPW 2019/3a, S. 606

<i>Verfügung vom 29. Juni 2015 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Badezimmer wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen</i>	B.6.2.1	Vorgeschichte der Vorabklärung	930
	B.6.2.2	Der Ablauf der Vorabklärung	931
1. <i>BR Bauhandel AG, Gétaz Miauton SA und Regusci Reco SA (Cement Roadstone Holding plc. CRH) vertreten durch [...]</i>	B.6.2.2.1	Das Auskunftsbegehren des Sekretariats vom 17. August 2001	931
2. <i>Bringhen AG, vertreten durch [...]</i>	B.6.2.2.2	Die Antwort des SGVSB auf das Auskunftsbegehren	931
3. <i>Innosan SA, vertreten durch [...]</i>	B.6.2.2.3	Die Antwort von Sanitas Troesch auf das Auskunftsbegehren	932
4. <i>Kappeler AG, vertreten durch [...]</i>	B.6.2.2.4	Kartellrechtliche Einschätzungen des SGVSB anlässlich der Generalversammlung vom 13. Juni 2003	932
5. <i>SABAG Holding AG, vertreten durch [...]</i>	B.6.2.2.5	Angaben des SGVSB anlässlich eines Seminars über die Kartellgesetzrevision am 12. Mai 2004	933
6. <i>SAB Sanitär Burgener AG, vertreten durch [...]</i>	B.6.2.2.6	Einsendung von Bruttopreiskatalogen, Treffen mit Sekretariat und Schreiben des SGVSB vom 5. Juli 2004	933
7. <i>Sanidusch AG, vertreten durch [...]</i>	B.6.2.2.7	Schreiben des SGVSB vom 14. Juli 2004 zur Bruttopreissenkung 2005	934
8. <i>Sanitas Troesch AG, vertreten durch [...]</i>	B.6.2.2.8	Vermeintliche Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	934
9. <i>San Vam SA, vertreten durch [...]</i>	B.6.2.2.9	Das Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2006	936
10. <i>Spaeter Chur AG, vertreten durch [...]</i>	B.6.2.2.10	Verhalten des SGVSB nach dem Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2006	938
11. <i>Schweizerischer Grosshandelsverband der Sanitären Branche SGVSB, vertreten durch [...]</i>	(i)	SGVSB-interne Besprechungen und Schreiben vom 6. Dezember 2006	938
	(ii)	Verhalten des SGVSB ab dem Jahr 2007	940
Inhaltsverzeichnis 2. Teil	B.6.3	Die Stellungnahmen der Parteien zu den Vorabklärungsakten	941
B.6 Die Vorabklärung des Sekretariats			930
B.6.1 Beweisthema			930
B.6.2 Beweismittel und Beweiswürdigung			930
	B.6.3.1	Vorbringen der Parteien zum Informationsstand des Sekretariats	941

B.6.3.2	Vorbringen der Parteien zum Informationsstand des Sekretariats basieren auf falschen Annahmen	941	C.4.3.3	Die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG	962
(i)	Falschannahme bezüglich einheitliche Bruttopreise	942		<i>Gesetzesmaterialien und Lehre</i>	962
(ii)	Falschannahme bezüglich Bruttopreissenkung 2005	942		<i>Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden</i>	963
(iii)	Konklusion: Keine neuen beweisheblichen Tatsachen	942		<i>EU-Praxis</i>	963
B.6.4	Beweisergebnis	942	C.4.4	Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs	964
C	Erwägungen	943	C.4.4.1	Ablauf der Prüfung der Wettbewerbsbeeinträchtigung	964
C.1	Einleitung	943	C.4.4.2	Marktdefinition	966
C.2	Geltungsbereich	944	(i)	Sachlich relevanter Markt	966
C.2.1	Persönlicher Geltungsbereich	944	(ii)	Räumlich relevanter Markt	967
(i)	Teilnahme am Wirtschaftsprozess	945	(iii)	Konklusion	967
(ii)	Auftritt als selbständige wirtschaftliche Einheit	945	C.4.4.3	Überprüfung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	968
(iii)	Weitere Kriterien	946	C.4.4.3.1	Wettbewerbsabreden zwischen dem SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch	968
(iv)	Rechtsvergleich mit der EU	947	(i)	Preisabreden zwischen 1997-2004 (Koordination der Bruttopreinsniveaus)	968
(v)	Konklusion	947	1.	Umstossung der gesetzlichen Vermutung	968
C.2.2	Sachlicher und örtlicher Geltungsbereich	947	a.	Aussenwettbewerb	968
C.3	Vorbehaltene Vorschriften	947	b.	Innenwettbewerb	968
C.4	Unzulässige Wettbewerbsabreden über die Festsetzung von Preisen	947	2.	Prüfung der Erheblichkeit	969
C.4.1	Ablauf der Zulässigkeitsprüfung	947	a.	Qualitative Kriterien	969
C.4.2	Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG	948	b.	Quantitative Kriterien	969
C.4.2.1	Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen	948	i.	Aussenwettbewerb	969
a)	<i>Rechtlich erzwingbare Vereinbarung</i>	948	ii.	Innenwettbewerb	970
b)	<i>Rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung</i>	949	c.	Konklusion	970
c)	<i>Abgestimmtes Verhalten</i>	949	(ii)	Preisabrede 2004/2005 (Koordination der Senkung des Bruttopreinsniveaus 2004/2005)	970
d)	<i>Horizontale oder vertikale Konstellation</i>	952	1.	Umstossung der gesetzlichen Vermutung	970
e)	<i>Anwendung auf den vorliegenden Fall</i>	953	a.	Aussenwettbewerb	970
C.4.2.2	Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	954	b.	Innenwettbewerb	971
C.4.2.3	Fazit	956	2.	Prüfung der Erheblichkeit	971
C.4.3	Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG sowie Art. 5 Abs. 1 KG	956	a.	Qualitative Kriterien	971
C.4.3.1	Einleitung	956	b.	Quantitative Kriterien	972
C.4.3.2	Die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und Art. 5 Abs. 1 KG	956	i.	Aussenwettbewerb	972
	<i>Gesetzesmaterialien und Lehre</i>	956	ii.	Innenwettbewerb	972
	<i>Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden</i>	957	c.	Konklusion	972
	<i>EU-Praxis</i>	958	(iii)	Preisabrede 2012 (Koordination der Senkung des Bruttopreinsniveaus 2012)	972
	<i>Anwendung auf den vorliegenden Fall</i>	959	1.	Umstossung der gesetzlichen Vermutung	972

a.	Aussenwettbewerb	972	C.5.2.3	Verjährung	986
b.	Innenwettbewerb	973	C.5.2.4	Vorwerfbarkeit	988
c.	Konklusion	973	C.5.2.4.1	Abschluss der Vorabklärung vor dem Hintergrund des Prinzips von Treu und Glauben und des Willkürverbotes	988
2.	Prüfung der Erheblichkeit	973			
a.	Qualitative Kriterien	973	(i)	Einleitung	988
b.	Quantitative Kriterien	974	(ii)	Keine Berufung auf Treu und Glauben möglich	989
i.	Aussenwettbewerb	974	(iii)	Kein Vertrauensschutz aufgrund falscher Behördenausskünfte oder -zusicherungen	990
ii.	Innenwettbewerb	974	(iv)	Kein Vertrauensschutz aufgrund von Stillschweigen	995
c.	Konklusion	975	(v)	Kein widersprüchliches Verhalten	996
C.4.4.3.2	Wettbewerbsabreden innerhalb des SGVSB	975	(vi)	Kein Vertrauensschutz aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen	997
(i)	Umstossung der gesetzlichen Vermutung	975	(vii)	Keine Verletzung des Willkürverbotes	997
(ii)	Prüfung der Erheblichkeit	975	C.5.2.4.2	Vorwerfbarkeit	998
a.	Qualitative Kriterien	975	(i)	Die Praxis	1000
b.	Quantitative Kriterien	976	(ii)	Anwendung auf den vorliegenden Fall	1000
<i>Aussenwettbewerb</i>		977	C.5.2.5	Bemessung	1001
<i>Innenwettbewerb</i>		977	C.5.2.5.1	Einleitung und gesetzliche Grundlagen	1001
c.	Konklusion	978	C.5.2.5.2	Maximalsanktion	1001
C.4.4.3.3	Wettbewerbsabreden zwischen Brinthen, Burgener, Gétaz und Sanitas Troesch betreffend den Kanton Wallis.	979	C.5.2.5.3	Konkrete Sanktionsberechnung	1003
(i)	Umstossung der gesetzlichen Vermutung	979	(i)	Basisbetrag	1003
a.	Aussenwettbewerb	979	1.	Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)	1003
(ii)	Prüfung der Erheblichkeit	979	2.	Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses	1004
a.	Qualitative Kriterien	979	(ii)	Dauer des Verstosses	1006
b.	Quantitative Kriterien	980	(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	1007
i.	Aussenwettbewerb	980	1.	Erschwerende Umstände	1008
ii.	Innenwettbewerb	980		Wiederholter Verstoss	1008
c.	Konklusion	980	2.	Mildernde Umstände	1008
C.4.4.4	Gesamtwürdigung: Erheblichkeit aller betrachteter Wettbewerbsabreden	980		<i>Passive Rolle der Teampur Mitglieder</i>	1008
C.4.5	Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen	981		<i>Kooperatives Verhalten</i>	1009
C.4.6	Ergebnis	982	(iv)	Übersicht über die beachteten erschwerenden und mildernden Umstände sowie das kooperative Verhalten.	1010
C.5	Massnahmen	982	C.5.2.5.4	Maximale Sanktion	1010
C.5.1	Anordnung von Massnahmen	982	C.5.2.5.5	Verhältnismässigkeitsprüfung	1010
C.5.2	Sanktionierung	983	C.5.2.6	Ergebnis	1011
C.5.2.1	Allgemeines	983	D	Kosten	1011
C.5.2.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	983	D.1	Kostenverlegung	1011
C.5.2.2.1	Unternehmen	984	D.2	Keine Parteientschädigung	1013
C.5.2.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	984			
(i)	Grundsatz	984			
(ii)	Zeitlicher Geltungsbereich	984			
(iii)	Anwendung auf den vorliegenden Fall	985			

E	Ergebnis	1014	- das Protokoll der Vorstandssitzung vom 19. Mai 2004,
F	Dispositiv	1016	
G	Anhänge	1017	- das Protokoll der Sitzung der Kooperation Sanitär Schweiz vom 26. Oktober 2004,
G.1	Sitzungen Generalversammlung	1017	- ein Schreiben des SGVSB vom 9. Juni 2004,
G.2	Sitzungen Vorstand	1017	- ein Schreiben des SGVSB vom 5. Juli 2004,
G.3	Sitzungen Sortimentskommission	1017	- ein Schreiben des SGVSB vom 14. Juli 2004,
G.4	Sitzungen Kooperationsrat	1017	- ein Schreiben des SGVSB vom 22. März 2005,
G.5	Treffen zwischen Sanitas Troesch und SGVSB	1017	- ein Schreiben des Sekretariats an den SGVSB vom 24. März 2005,
G.6	Marktanteile	1017	- das Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2006,
G.7	Räumliche Ausdehnung der Grosshändler-tätigkeit	1017	- ein SGVSB-Vorstandsbrief vom 19. Oktober 2006,
G.8	Bruttopreisentwicklung	1017	- eine Stellungnahme des SGVSB vom 6. Dezember 2006,
G.9	Kalkulationsfaktoren und Umrechnungsfaktoren	1017	- die Fragebogenantworten des SGVSB vom 29. Januar 2013,
G.10	Rabattentwicklung	1017	
G.11	Rabattklassen Sanitas Troesch	1017	- die Stellungnahmen des SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch zu den Vorabklärungsakten,
B.6 Die Vorabklärung des Sekretariats			- den Antrag des Sekretariats vom 22. Mai 2014.

B.6.1 Beweisthema

2119. Die Wettbewerbsbehörden führen Beweis über die Vorgeschichte und den Ablauf der Vorabklärung des Sekretariats vom 17. August 2001. Die Wettbewerbsbehörden führen Beweis darüber, ob die Angaben, welche der SGVSB und Sanitas Troesch dem Sekretariat übermittelten, genau und zutreffend oder irreführend und unzutreffend waren. Sie gehen dem Beweis nach, ob der SGVSB tatsächlich eine Meldung, die er als Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG bezeichnete, eingereicht hatte und ob die Eingabe die Merkmale einer Eingabe gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG trug. Weiter ist Beweis darüber zu führen, ob der SGVSB sich auf die Angaben der Behörden ohne Bedenken stützen konnte. Schliesslich ist Beweis darüber zu führen, wie der SGVSB das Abschlusschreiben objektiv verstehen konnte und wie er sich in der Folge verhielt. Diese Beweisführung soll es ermöglichen, rechtlich zu beurteilen, ob sich der SGVSB und Sanitas Troesch auf Treu und Glauben berufen können.

B.6.2 Beweismittel und Beweiswürdigung

2120. Die Wettbewerbsbehörden stützen sich bei der Beweisführung auf die Akten der Vorabklärung und weitere sachdienliche Akten. Dies sind insbesondere:

- ein Schreiben des Sekretariats vom 17. August 2001 an Sanitas Troesch und den SGVSB mit einem Fragebogen (Sanitas Troesch),
- die Antwort des SGVSB auf den Fragebogen des Sekretariats vom 17. September 2001,
- die Antwort von Sanitas Troesch auf den Fragebogen des Sekretariats vom 17. September 2001,
- die Protokolle der SGVSB-Generalversammlung vom 13. Juni 2003 und 22. Juni 2007,

2121. Um den Sachverhalt zu erstellen, der die rechtliche Beurteilung der Frage, ob sich der SGVSB, seine Mitglieder und Sanitas Troesch auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen können, werden in der Folge die relevanten Beweismittel in chronologischer Reihenfolge aufgeführt und gewürdigt.

B.6.2.1 Vorgeschichte der Vorabklärung

2122. Das Sanitärengewerbe war bereits wiederholt von den schweizerischen Wettbewerbsbehörden untersucht worden. In ihrer ersten Sonderuntersuchung Mitte der 60er Jahre über «Die Wettbewerbsverhältnisse im Sanitärengewerbe»¹⁴⁹⁴ stellte die damalige Kartellkommission «*ein vielfältiges Geflecht horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen fest*». 1973 veröffentlichte die Kartellkommission ergänzende Ergebnisse zur Sonderuntersuchung von 1968.¹⁴⁹⁵ Beide Untersuchungen wurden mit Empfehlungen an die Beteiligten abgeschlossen. Zudem legte die Kartellkommission einen «Reglemententwurf für die von den Beteiligten zu schaffende paritätische Rekurskommission zur Beurteilung der fachlichen Kenntnisse der Installateure» fest.¹⁴⁹⁶ Ferner führte die Kartellkommission von 1970 bis 1980 sechs Vorabklärungen durch. Im Jahr 1985 beschloss die Kartellkommission erneut eine Sonderuntersuchung, welche 1986 in eine Untersuchung umgewandelt wurde, welche sie 1990 mit erneuten Empfehlungen abschloss. Die Kartellkommission richtete ihre Untersuchung primär auf die Angebotspalette der Grosshandelsstufe.¹⁴⁹⁷ Im Jahr 1999 führte das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Marktbeobachtung durch. Am 30. August

¹⁴⁹⁴ VKK 1968, 159 ff., *Die Wettbewerbsverhältnisse im Sanitärengewerbe*.

¹⁴⁹⁵ VKK 1973, 121 ff.

¹⁴⁹⁶ VKK 1973, 140 f.

¹⁴⁹⁷ VKP 1991/2, 6 f., *Die Wettbewerbsverhältnisse im Sanitärengewerbe*.

2000 eröffnete es schliesslich eine Vorabklärung. Im Rahmen dieser Vorabklärung versandte das Sekretariat Fragebogen an Sanitärinstallateure, Grosshändler und Hersteller. Das Sekretariat stellte die Vorabklärung am 11. Oktober 2006 ein. Es wurde kein Schlussbericht in der RPW veröffentlicht.

B.6.2.2 Der Ablauf der Vorabklärung

B.6.2.2.1 Das Auskunftsbegehren des Sekretariats vom 17. August 2001

2123. Mit Schreiben vom 17. August 2001 informierte das Sekretariat Sanitas Troesch und den SGVSB über die Eröffnung einer Vorabklärung. Aufgrund der bisherigen Ermittlungen gelangte es zu folgendem Schluss:

Im Bereich des Sanitär-grosshandels wurde eine Vorabklärung eröffnet. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission sieht Anzeichen für das Vorhandensein einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR 251). Aufgrund unserer bisherigen Ermittlungen hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine erste Beurteilung des beanstandeten Sachverhaltes vorgenommen.

I. Dabei sind wir zu folgendem Schluss gekommen:

- a) Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs namentlich bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern die beteiligten Unternehmen tatsächlich oder der Möglichkeit miteinander im Wettbewerb stehen.
- b) Die in den Sanitärkatalogen aufgeführten Preislisten stellen unseres Erachtens eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1/3 KG dar. Unter der Berücksichtigung der Tatsache, dass Preislisten der verschiedenen Sanitär-Kataloge identisch zu sein scheinen, bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Preisabrede, die sich nach Gesetz nicht rechtfertigen lassen.

II. Weiteres Vorgehen:

Wir bitten Sie, uns bis am

17. September 2001

mitzuteilen, wie Sie diesen unseres Erachtens kartellrechtswidrigen Zustand zu beseitigen gedenken. Ihre Antwort wird das weitere Vorgehen maßgebend beeinflussen.¹⁴⁹⁸

2124. Aus diesem Schreiben folgt, dass das Sekretariat zumindest den Verdacht hegte, dass die Preislisten der Sanitär-grosshändler verbotene Wettbewerbsabreden darstellten. Ab dem 17. August 2001 mussten also der SGVSB und Sanitas Troesch damit rechnen, dass die Preislisten unzulässig waren. Wie oben aufgezeigt, wäre es für den SGVSB seit März 2000 (vgl. Rz 1842 ff.) möglich gewesen, individuelle Preiskataloge zu entwickeln, um das Risiko eines Wettbewerbsverstosses zu minimieren. Dessen ungeachtet entwickelte der SGVSB erst für das Jahr 2008 individuelle Preiskataloge für Gétaz, Richner, Sabag und Bringhen sowie die Teampurgros-sisten (Burgener, Kappeler und Sanidusch). Ab 2013 verwendeten auch Burgener, Kappeler und Sanidusch individuelle Preiskataloge (vgl. Rz 1824 ff.).

B.6.2.2.2 Die Antwort des SGVSB auf das Auskunftsbegehren

2125. In den Schreiben vom 17. August 2001 richtete das Sekretariat Fragen an Sanitas Troesch und den SGVSB. In seinem Antwortschreiben vom 17. September 2001 machte der SGVSB folgende Angaben:

Freiheit und Diversifizierung bei den Gruppen-Katalogen 2002

Die Kataloge für das Jahr 2002 befinden sich bereits in Bearbeitung. Dabei produziert der SGVSB im Auftrag seiner Mitglieder nicht einen für alle identischen Katalog, sondern für jede Mitgliedergruppe einen speziellen Gruppen-team-Katalog, der neben dem allgemein üblichen Sortiment auch die Sonderprogramme dieser Gruppen umfasst. Die Mitgliedergruppen bestimmen völlig frei nach ihren unternehmerischen Bedürfnissen die Sortimentierung dieser Kataloge sowie die zu publizierenden Katalogpreise. Bezüglich der Katalogpreise lässt der Markt aber faktisch keinen Handlungsspielraum zu (vgl. vorne Ziff. 1.), weshalb diese auch bei den Sonderprogrammen kaum differenzieren. Der – harte – Wettbewerb zwischen den Sanitär-fachhändlern kann und wird nicht auf der Stufe der Katalogpreise geführt, sondern auf der Stufe der Rabatte und Konditionen. Ebenso bestimmen die Mitgliedergruppen völlig frei die Auflage und die Adressaten ihrer Gruppenkataloge.¹⁴⁹⁹

2126. An diesen Äusserungen ist Folgendes richtig zu stellen: Erstens bestimmte die Sortimentskommission, welche Produkte in die Stammdaten und damit zumindest potentiell in einen Preiskatalog übernommen werden konnten (vgl. Rz 2050). Zweitens entschied die Sortimentskommission aufgrund verschiedener Kriterien über die Aufnahme von Produkten in die Stammdaten. Unter anderem sollten nur Hersteller, welche sich zum dreistufigen Vertriebsweg bekannten, in die Stammdaten ausgenommen werden (vgl. Rz 2050). Die Auswahl der Teamprodukte war überdies bis ins Jahr 2008 identisch. Viertens konnten die SGVSB-Mitglieder erst ab dem 20. April 2009 über die Aufnahme von Produkten in ihre Kataloge entscheiden (vgl. Rz 2046 ff.). Die Teampur-Kataloge, also die Kataloge der kleinsten Verbandsmitglieder, enthielten bis 2012 die identischen Produkte, da sie über den identischen Katalog verfügten. Auch diese Auswahl wurde von den SGVSB-Mitgliedern bestimmt (vgl. Rz 2062 f.). Die im Schreiben vom 17. August 2001 angegebene unternehmerische Freiheit zur Produktwahl gab es also nicht. Auch der Standpunkt, dass die Mitglieder «völlig frei» die zu publizierenden Katalogpreise bestimmten, traf nicht zu. Vielmehr bestimmte die Sortimentskommission die Katalogpreise. Die Bruttopreise unterschieden sich erst ab 2008 (vgl. Rz 1824 ff.). Auch traf es nicht zu, dass bei allen Unternehmern die Bruttopreise gleich sein mussten, weil der Markt «keinen Handlungsspielraum» zulies. Vielmehr kannte der «Markt» im Jahr 2001 nichts anderes als einheitliche Bruttopreise. Darüber hinaus wäre eine Individualisierung technisch machbar gewesen (Rz 1841 ff.).

¹⁴⁹⁸ Act. 529.01.

¹⁴⁹⁹ Act. 529.02.

2127. In dem oben in Rz 2125 erwähnten Antwortschreiben vom 17. September 2001 machte der SGVSB einen Verweis auf eine Ziffer 1. In dieser Ziffer 1 gibt der SGVSB Folgendes an:

Bei gut 60 % des gewichteten Umsatzes unserer Mitglieder werden die publizierten Katalogpreise direkt und ausschliesslich von den Herstellern festgesetzt; Tendenz steigend.

Bei knapp 40 % teilen die Hersteller dem Handel den generellen Fachhandles-Einkaufspreise (vor Berücksichtigung der kundenspezifischen Rabatte) mit; diesen Preis rechnen wir für die Publikation in den verschiedenen Katalogen auf einen Katalogpreis hoch, der dem Katalogpreisniveau entspricht, wie es durch die Hersteller, mit der Festlegung der 60 % bereits gesetzt wurde. Für den Handel besteht faktisch kein Handlungsspielraum, können doch ähnliche Produkte preislich nicht anders platziert werden, sollen sie – was der Handel ja will – auf dem Markt verkauft werden können. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass jeder Händler, der die Katalogpreise kalkuliert, in der Praxis auf dieselben Katalogpreise kommen muss.

Bezüglich der effektiven Verkaufspreise der Sanitärfachhändler an die Installateure und der Installateure an die Endkunden geben wir keinerlei Empfehlungen ab.¹⁵⁰⁰

2128. Diese Ausführungen sind unzutreffend, ähnliche oder gleiche Produkte können und werden durchaus «*preislich anders platziert*» (vgl. Rz 2113 ff.). Diese Schlussfolgerung hat jedoch mit Bezug auf die rechtlichen Konsequenzen des vorliegenden Sachverhalts keinen Einfluss.

2129. Insgesamt ist damit bewiesen, dass der SGVSB im Jahr 2001 unzutreffende Angaben machte, indem der Verband angab, die Mitglieder könnten «*völlig frei nach ihren unternehmerischen Bedürfnissen die Sortimentierung dieser Kataloge sowie die zu publizierenden Katalogpreise*» festlegen. In Wahrheit bestimmte die Sortimentskommission die einheitliche Sortimentierung und die Bruttopreise.

B.6.2.2.3 Die Antwort von Sanitas Troesch auf das Auskunftsbegehren

2130. In ihrem Antwortschreiben vom 17. September 2001 macht Sanitas Troesch unter anderem die folgenden Angaben:

Vorwurf der unzulässigen Wettbewerbsabrede

70 % unseres Umsatzvolumens werden mit Produkten abgewickelt, welche von bekannten Markenartikel-Herstellern (Laufen, Geberit, V-Zug usw.) stammen. Die Hersteller publizieren Verkaufspreislisten. Diese Verkaufspreise werden von Sanitas Troesch und auch von anderen Sanitär-Grosshändlern als Bruttopreise in die eigene Preisliste aufgenommen. Es ist daher richtig, dass die Bruttopreise für die Markenartikel der Hersteller in den verschiedenen Sanitärkatalogen identisch sind, aber nicht, weil die Grosshändler untereinander Bruttopreise absprechen, sondern weil die Hersteller diese als Preisempfehlungen publizieren (siehe Beispiel KWC als Beilage).

Der Wettbewerb unter den Sanitär-Grosshändlern spielt sich den auch nicht auf der Ebene der Bruttopreise ab, sondern ausschliesslich auf derjenigen der Nettopreise.

Bei den Produkten, welche die restlichen 30 % unseres Umsatzvolumens ausmachen, legt Sanitas Troesch die Bruttopreise selber fest (vor allem Badezimmer-Möbel, Hausmarken usw.).

Die Aufnahme der von den Herstellern publizierten Preisempfehlungen in unserem Katalog stellt daher keine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1/3 KG dar.¹⁵⁰¹ [Hervorhebung durch die Verfasser]

2131. Der Verfasser des Schreibens verschweigt, dass Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. seine Mitglieder sich zwischen 1996 und 2001 jährlich übereingekommen sind, das Bruttopreisniveau auf einer bestimmten Höhe festzulegen (vgl. B.5.2.1, Rz 797 ff.).

2132. Ferner trifft es nicht zu, dass sich der Wettbewerb nicht auf der Ebene der Bruttopreise abspiele, sondern ausschliesslich auf derjenigen der Nettopreise (vgl. B.4.7, Rz 470 ff.).

B.6.2.2.4 Kartellrechtliche Einschätzungen des SGVSB anlässlich der Generalversammlung vom 13. Juni 2003

2133. Anlässlich der Generalversammlung vom 13. Juni 2003 wurde folgende Textstelle protokolliert:

[...] Auf eine entsprechende Frage von [...] zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des team-Kataloges erläutert [...], dass ein gemeinsamer Katalog wettbewerbsrechtlich auch künftig möglich sein wird, da er im Sinne von Art. 5 des Kartellgesetzes die wirtschaftliche Effizienz verbessert durch die Senkung der Vertriebskosten im Sanitärfachhandel und zudem angesichts des Marktanteils der Mitglieder und des harten Rabattwettbewerbs keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt. Der Wettbewerbskommission wurde das Bestehen des gemeinsamen Katalogs bereits vor drei Jahren gemeldet und es erfolgte keine Beanstandung durch die Wettbewerbskommission. [...]

Diese Textstelle beweist, dass der SGVSB und seine Mitglieder anlässlich der Generalversammlung vom 13. Juni 2003 über die Weiterführung des Einheitskatalogs diskutierten. Der Verbandssekretär kam damals zum Schluss, «*[...] dass ein gemeinsamer Katalog wettbewerbsrechtlich auch künftig möglich sein wird, da er im Sinne von Art. 5 des Kartellgesetzes die wirtschaftliche Effizienz verbessert*» und «*keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt*».¹⁵⁰² Aus diesem Ausschnitt ist ersichtlich, dass der SGVSB eine wettbewerbsrechtlich abschliessende Meinung über die Herausgabe der Preiskataloge gefasst hatte, bevor das Sekretariat der Wettbewerbskommission seine Vorabklärung abgeschlossen hatte. Da der SGVSB diese Meinung vor sämtlichen Mitgliedern abgegeben hatte, ist fraglich, ob der Verband im Nachhinein anderslautende Äusserungen des Sekretariats nicht in seinem Sinne interpretierte, um sich nicht selbst zu widersprechen.

2135. Es ist somit bewiesen, dass der SGVSB am 13. Juni 2003 bereits von der kartellrechtlichen Unbedenklichkeit der gemeinsamen Herausgabe der Bruttopreiskataloge ausging und dies seinen Mitgliedern mitteilte, obwohl die Abklärungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission noch nicht abgeschlossen waren.

¹⁵⁰⁰ Act. 529.02.

¹⁵⁰¹ Act. 529.03.

¹⁵⁰² Act. 354, Protokoll der GV Nr. 279, 97.

B.6.2.2.5 Angaben des SGVSB anlässlich eines Seminars über die Kartellgesetzrevision am 12. Mai 2004

2136. Aus einem SGVSB-Vorstandsprotokoll vom 19. Mai 2004 folgt, dass der Verbandssekretär am 12. Mai 2004 an einem Seminar über die Kartellgesetzrevision in Zürich teilgenommen hatte. Anlässlich dieses Seminars diskutierte der SGVSB-Verbandssekretär mit einem damals amtierenden Vizedirektor des Sekretariats. Dem SGVSB-Vorstandsprotokoll vom 19. Mai 2004 ist die folgende Passage zu entnehmen:

[...] diskutierte die spezielle Situation des SGVSB mit [...]. Dieser orientierte ihn, dass zurzeit eine Voruntersuchung in der Sanitärbranche läuft, welche bis im Sommer abgeschlossen sein sollte. Die Reaktion der *suissetec* im Herbst 2003 auf die Kassensturz-Sendung sei kontraproduktiv gewesen. [...] erklärte [...], dass im Verband über die Katalogpreise, bedingt durch den gemeinsamen Katalog, geredet wird, jedoch nicht über die Endpreise bzw. Rabatte und Konditionen. Er orientierte ihn ausserdem über den ausserordentlich harten Wettbewerb auf allen Stufen der Sanitärbranche. [...]¹⁵⁰³

2137. Es ist somit bewiesen, dass der SGVSB-Verbandssekretär am Treffen mit dem Vizedirektor anlässlich eines Seminars erklärte, «*dass im Verband über die Katalogpreise, bedingt durch den gemeinsamen Katalog, geredet*» werde, nicht jedoch «*über die Endpreise bzw. Rabatte und Konditionen. Er orientierte ihn ausserdem über den ausserordentlich harten Wettbewerb auf allen Stufen der Sanitärbranche*».

2138. Es ist bewiesen, dass die Aussagen des SGVSB-Verbandssekretärs nicht zutrafen. Es ist bewiesen, dass die SGVSB-Mitglieder nicht nur miteinander und zusammen mit Sanitas Troesch Rabattgruppen festgelegt hatten (B.5.5.4, Rz 1887 ff., B.5.2.1.12, Rz 1184; B.5.2.2, Rz 1211 f.), sondern auch die konkrete Höhe von Rabatten sowie im Rahmen der Margenfestlegungen indirekt die Rabatthöhe beeinflusst wurde (Rz 885 ff., 892 ff., 947 ff.). Schliesslich legte die Sortimentskommission innerhalb des Verbands bis Ende 2007 die Berechnung der Basisrabatte fest (Rz 1869 ff.).

B.6.2.2.6 Einsendung von Bruttopreiskatalogen, Treffen mit Sekretariat und Schreiben des SGVSB vom 5. Juli 2004

2139. Mit Schreiben vom 9. Juni 2004 versandte der SGVSB auf telefonische Anfrage des Sekretariats vom 8. Juni 2004 hin den allgemeinen team-Katalog 2004 (ohne Gruppenteil), den Richner team-Katalog 2004 (inklusive Sonderprogramm Richner-Gruppe) und den Gétaz team-Katalog 2004 (inklusive Sonderprogramm Gétaz-Gruppe). Das Sekretariat hatte mit dem SGVSB vereinbart, die Kataloge dahingehend durchzusehen und zu prüfen, ob gewisse Modifikationen vorzunehmen seien.¹⁵⁰⁴

2140. Am 2. Juli 2004 traf sich der SGVSB mit dem Sekretariat zu einem Treffen. Dabei sollten die Kataloge besprochen werden. Gemäss der Darstellung des SGVSB sollte «*diese Angelegenheit so bereinigt werden, dass mit einer «Art Letter of Comfort» die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit der vom SGVSB im Auftrag seiner Mitglieder herausgegebenen Kataloge bescheinigt werden kann*».¹⁵⁰⁵

2141. Der SGVSB fasste in einem Schreiben vom 5. Juli 2004 das weitere Vorgehen nach dieser Besprechung zusammen. Er erwähnte insgesamt drei Punkte.

2142. Der erste Punkt lautete folgendermassen:

1. Senkung der Katalogpreise

Die Sanitas Troesch AG hat mit Scheiben vom Juni 2004 ihre Lieferanten (Sanitärhersteller) und ihre Installateur- und Architektenkunden orientiert, dass sie im Sanitas Troesch-Katalog 2005 die Katalogpreise um 11 % tiefer ansetzen wird als im laufenden Jahr. Anlässlich unserer Besprechung vom 2. Juli 2004 waren wir uns einig, dass die SGVSB-Mitglieder diesen Schritt des Marktführers nachvollziehen müssen und in ihren Katalogen 2005 ebenfalls tiefere Katalogpreise angeben müssten. Dabei würden Sie es begrüessen, wenn die SGVSB-Mitglieder die Katalogpreise nicht genau gleichviel senken würden wie die Sanitas Troesch AG. Die SGVSB-Mitglieder werden nun innert kurzer Zeit entscheiden, in welcher Weise sie die Katalogpreise 2005 in ihren Katalogen senken werden; besprechungsgemäss werden wir Ihnen das Resultat unverzüglich mitteilen.¹⁵⁰⁶

2143. Der Verfasser dieses Schreibens erweckt den Eindruck, als ob die SGVSB-Mitglieder als Reaktion auf die unabhängige vorangehende Preissenkung von Sanitas Troesch selbständig eine Preissenkung vollziehen wollten. Es ist aber im Gegenteil bewiesen, dass sich Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. seine Mitglieder in Tat und Wahrheit 2003 zusammen besprochen hatten, wie und in welchem Umfang die Marktteilnehmer eine Preissenkung durchsetzen wollten (vgl. B.5.2.1.9(i), Rz 1042 ff.). Die SGVSB-Mitglieder zogen also nicht autonom nach, sondern agierten entsprechend der Abmachung mit Sanitas Troesch. Es ist erwiesen, dass die Angaben des SGVSB unzutreffend und irreführend waren.

2144. Der zweite Punkt beinhaltet das Folgende:

2. Stichproben betreffend Preisspanne

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission macht nun im Rahmen der laufenden Vorabklärung Stichproben betreffend der Preisspanne bei Endpreisen (sowohl auf der Stufe Installateure/Endkunde als auch auf der Stufe Händler/Installateur). Diese Untersuchung und die interne wirtschaftsmathematische Auswertung sollen Ende Oktober 2004 abgeschlossen sein.¹⁵⁰⁷

2145. Dieser Punkt besagt, dass das Sekretariat gemäss SGVSB nun Stichproben zu den Preisspannen bei Endpreisen nehmen werde.

2146. Der dritte Punkt stellt fest:

3. nächste Besprechung WEKO/SGVSB im November 2004

Im November 2004 findet eine weitere Besprechung zwischen dem Sekretariat der WEKO und dem SGVSB statt

¹⁵⁰³ Act. 358, Vorstandsprotokoll 3/2004, 541.

¹⁵⁰⁴ Act. 529.04.

¹⁵⁰⁵ Act. 529.04.

¹⁵⁰⁶ Act. 529.05.

¹⁵⁰⁷ Act. 529.05.

zur Erörterung des Ergebnisses der Stichprobenuntersuchung gemäss Ziffer 2 hiavor. Sollten die Stichproben genügend differenzierte Endpreise ergeben, so wird die Tausende Vorabklärung eingestellt und im Rahmen der Einstellungs begründung das kartellrechtskonforme Verhalten des SGVSB und seiner Mitglieder festgestellt. Sollte die Stichprobenuntersuchung nach Auffassung des Sekretariats nicht genügend differenzierte Endpreise ergeben, so wird der SGVSB eine formelle Meldung zuhanden der WEKO machen, wobei noch abzuklären sein wird, ob dies eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung zur KG-Novelle vom 20. Juni 2003 (ein Jahr Übergangsfrist bis 31. März 2005) oder gemäss Art. 49a Abs. 3 KG (Widerspruchsverfahren) sein muss. Die WEKO wird diesfalls über das weitere Vorgehen und allenfalls über die Eröffnung einer formellen Untersuchung entscheiden.¹⁵⁰⁸

2147. Dieser Passage ist zu entnehmen, dass im November 2004 eine weitere Besprechung mit dem Sekretariat stattfinden sollte, um die Ergebnisse der Stichprobenuntersuchung zu erörtern. Weiter beweisen die Ausführungen, dass der SGVSB sich am 5. Juli 2004 bewusst war, dass er entweder eine Widerspruchsmeldung oder eine Meldung gemäss den Schlussbestimmungen des KG einreichen sollte.

2148. Insgesamt ist somit bewiesen, dass der SGVSB in seinem Schreiben vom 5. Juli 2004 dem Sekretariat gegenüber unzutreffende und irreführende Angaben machte. Ferner ist bewiesen, dass er am 5. Juli 2004 darüber informiert war, dass er eine Widerspruchsmeldung oder eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung des KG einreichen konnte.

B.6.2.2.7 Schreiben des SGVSB vom 14. Juli 2004 zur Bruttopreissenkung 2005

2149. Am 14. Juli 2004 informierte der SGVSB das Sekretariat wie folgt über die im Schreiben vom 5. Juli 2004 angesprochene Preissenkung durch den SGVSB:

Die Katalogpreise sind in der Schweiz höher als im angrenzenden Ausland und werden zudem immer öfter unzutreffend mit Abhol- und Nettopreisen anderer Absatzkanäle wie Baumärkte, Badstudios etc. verglichen. Dies führt zu einer zunehmenden Benachteiligung des Sanitärfachkanals in der Schweiz, die sowohl die Hersteller wie auch den Sanitärfachhandel und die Installateure trifft. Die nicht zum Verband gehörende Marktführerin Sanitas Troesch hat im Juni 2004 eine Senkung ihrer Katalogpreise um 11 % bekannt gegeben. Angesichts dieser Situation werden die Katalogpreise 2005 in den von unseren Mitgliedern herausgegebenen Katalogen auf den 1. Januar 2005 im Vergleich zu 2004 generell um 10 % gesenkt werden. Von dieser Preissenkung ausgenommen sind Klosettautomaten, Wasch- und Trockenautomaten sowie Boiler, Ersatzteile sowie Reinigungs- und Reparaturartikel. Zudem werden künftig ein Transportkostenanteil und ein Einbaukostenanteil für den Einbau von Armaturen separat ausgewiesen.

Die SGVSB-Mitglieder werden in den nächsten Wochen firmenindividuell über die Einzelheiten der Umsetzung orientieren. Namentlich entscheiden die Mitgliedsfirmen selbständig und ohne irgendwelche Vorgaben seitens des Verbandes, wie hoch sie den Transportkostenanteil und den Einbaukostenanteil für den Einbau von Armaturen festlegen wollen. Ebenso entscheiden die Mitgliedsfirmen wie bis anhin völlig selbständig über die Rabatte und Konditionen, die sie ihren Kunden anbieten wollen bzw. zufolge des harten Wettbewerbes anbieten müssen.

Mit dieser sowohl wegen der Konkurrenzierung durch andere Absatzkanäle als auch der Vorlage der Marktführerin unumgängliche Senkung der Katalogpreise 2005 wollen die SGVSB-Mitglieder die bewährte und von den Endkunden geschätzte Zusammenarbeit zwischen Sanitärherstellern, Sanitärfachhändlern und Sanitärinstallateuren gegenüber andern Absatzkanälen wieder stärken. Am sehr harten Rabatt- und Konditionenwettbewerb kann und will die Katalogpreisanpassung nichts ändern.¹⁵⁰⁹

2150. Der Verfasser dieses Schreibens erweckt erneut den Eindruck, die SGVSB-Mitglieder würden als Reaktion auf die unabhängig vorangehende Preissenkung von Sanitas Troesch selbständig eine Preissenkung vollziehen. Es ist aber im Gegenteil bewiesen, dass sich Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. seine Mitglieder in Tat und Wahrheit 2003 zusammen besprochen hatten, wie und in welchem Umfang die Marktteilnehmer eine Preissenkung durchsetzen wollten (vgl. B.5.2.1.9(i), Rz 1042 ff.). Ferner steht fest, dass der Verband zusammen mit seinen Mitgliedern bis 2004 festlegte, wie hoch der Transportkosten- und Einbaukostenanteil zu sein hatten (B.5.5.7, Rz 1960 ff.) und gab zwischen 2005 bis 2012 vor, dass diese, sofern nichts anderes vorgegeben war, höchstens 2 % des Rechnungsbetrages zu betragen hatten. Zudem gab er Rundungsregeln zu den verrechneten Beträgen heraus (vgl. Rz 1962 ff.). Schliesslich ist bewiesen, dass die SGVSB-Mitglieder miteinander und zusammen mit Sanitas Troesch – entgegen der im Brief gemachten Angaben – nicht nur Rabattgruppen festgelegt hatten (B.5.5.4, Rz 1887 ff.), sondern auch die konkrete Höhe von Rabatten sowie im Rahmen der Margenfestlegungen indirekt die Rabatthöhe beeinflusst wurde (Rz 885 ff., 892 ff., 947 ff.). Schliesslich legte die Sortimentskommission innerhalb des Verbands bis Ende 2007 die Berechnung der Basisrabatte fest (Rz 1869 ff.). Es ist somit erwiesen, dass die Angaben des SGVSB über die Bruttopreissenkung 2005 unzutreffend und irreführend waren.

B.6.2.2.8 Vermeintliche Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG

2151. Mit Schreiben vom 22. März 2005 richtete sich der SGVSB erneut an das Sekretariat. Unter dem Titel «*Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG und gemäss Schlussbestimmung zur KG-Änderung vom 20. Juni 2003 (22-0257: Vorabklärung Sanitärprodukte)*» schrieb der SGVSB:

[...] Der Sachverhalt im Umfeld unseres Verbandes ist der Wettbewerbskommission aus der laufenden Vorabklärung Sanitärprodukte 22-0257 bekannt. Da sich der Abschluss dieser Vorabklärung verzögert (vgl. Schreiben vom 14. Oktober 2004) und die Meldefrist am 31. März 2005 abläuft, fassen wir nachfolgend den Sachverhalt nochmals zusammen im Sinne einer vorsorglichen Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG und gemäss Schlussbestimmung zur KG-Änderung vom 20. Juni 2003.

¹⁵⁰⁸ Act. 529.05.

¹⁵⁰⁹ Act. 529.06.

Der Schweizerische Grosshandelsverband der Sanitären Branche SGVSB erbringt für seine Mitglieder (Liste abrufbar unter www.dasbad.ch, Über uns, Mitglieder) verschiedene Dienstleistungen. Dazu gehört namentlich das Führen einer zentralen Stammdatenverwaltung, in der die Produktarten der von unseren Mitgliedern gehandelten Sanitärprodukte wie Badewannen, Waschtische, WC, Armaturen, Accessoires etc. verwaltet und bearbeitet werden. Gestützt auf diese Stammdatenverwaltung produzieren wir im Auftrag unserer Mitglieder verschiedene Kataloge, sowohl in gedruckter als auch in elektronischer Form (CD-ROM, Internet). In diesem Zusammenhang unterstützten wir die Mitglieder auch bei der Erfassung der Bruttopreise, sowie sie nicht bereits von den Herstellern publiziert wurden. Auf die Preiselemente der Nettopreise wie Rabatte, Konditionen, Rückvergütung etc. nehmen wir keinerlei Einfluss; diese bestimmt den Markt im Rahmen eines anhaltenden und ausserordentlich harten Wettbewerbs, der in den letzten Jahren zu einem markanten Konzentrationsprozess auf allen Stufen der Sanitärbranche geführt hat.

Gestützt auf die verfügbare Literatur und die verschiedenen Besprechungen und Korrespondenzen mit Ihnen sind wir überzeugt, dass die oben beschriebenen Dienstleistungen unseres Verbandes keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 KG darstellen. Im Gegenteil helfen diese Dienstleistungen gerade mit, dass auch kleinere und mittlere Sanitärfachhändler auf dem Markt eine Überlebenschance haben und damit einer wettbewerbschädlichen Monopolisierung entgegenwirkt wird. Die vorliegende Meldung erfolgt daher lediglich, aber immerhin, zur Fristwahrung.

Sollten Sie weitere Informationen wünschen, so halten wir uns selbstverständlich zu Ihrer Verfügung, sei dies nun im Rahmen der laufenden Vorabklärung oder separat.¹⁵¹⁰ [...]

2152. Dieses Schreiben beweist fünf Dinge:

- Erstens beruft sich der SGVSB im ersten Abschnitt seines Schreibens darauf, dass dem Sekretariat der Sachverhalt bekannt sei. Damit dokumentiert der SGVSB seinen Unwillen den Sachverhalt ausführlich darzustellen, damit eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung möglich wird.
- Zweitens zeigt der SGVSB erneut, dass er sich darüber bewusst war, dass die Meldefrist für eine Meldung gemäss Schlussbestimmungen demnächst ablaufen würde und der SGVSB eine Meldung im Sinne von art. 49a Abs. 3 Bst. a KG einreichen konnte.
- Drittens macht der SGVSB im zweiten Abschnitt erneut unzutreffende Angaben. Es trifft nicht zu, dass der Verband auf die Nettopreise und Rabatte keinen Einfluss nahm (vgl. die Ausführungen und Hinweise in Rz 2138, 2150). Auf die Nettopreise nahm der Verband mit Margenerhöhungsentcheiden Einfluss (vgl. Rz 1869 ff.). Ferner hatte er zusammen mit Sanitas Troesch mehrfach gemeinsam eine Anpassung des Bruttopreis- und Rabattniveaus auf dem Grosshandelsmarkt beschlossen.
- Viertens versucht dieses Schreiben mit der Formulierung «*in diesem Zusammenhang unterstützten wir die Mitglieder auch bei der Erfassung der Bruttopreise*» vom Umstand abzulenken, dass die Bruttopreise intern im Verband und für alle Mit-

glieder festgelegt wurden. Wie bewiesen, trifft dies nicht zu.

- Fünftens steht fest, dass der SGVSB und seine Mitglieder eine Reihe weiterer Preiselemente gemeinsam beeinflussten (Eurowechselkurse, Transportkosten und Einbaukosten).

2153. Dadurch ist bewiesen, dass der SGVSB den Sachverhalt in seiner Eingabe nicht nur unvollständig, sondern auch unzutreffend wiedergab.

2154. Mit Schreiben vom 24. März 2005 antwortete das Sekretariat auf die «Meldung» des SGVSB und versandte das Schreiben vorab per Fax.

[...] Gegenstand einer Meldung können nur sanktionsbedrohte Tatbestände sein. Sanktionsfähig und damit meldefähig sind demnach einzig Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie unzulässige Verhaltensweisen nach Art. 7 KG.

Ihr Schreiben enthält keinen meldefähigen Sachverhalt und wird von uns lediglich als weitere Stellungnahme im Rahmen der laufenden Vorabklärung betreffend Preisen von Sanitärprodukten entgegengenommen. Es kann somit nicht als Meldung im Sinne des KG akzeptiert werden. [...]

Es bleibt Ihnen unbenommen, uns gegebenenfalls eine Meldung im oben erwähnten Sinne einzureichen. [...]¹⁵¹¹

2155. Aus dem Schreiben vom 24. März 2005 folgt: Einmal würde die Eingabe vom Sekretariat «*als weitere Stellungnahme im Rahmen der laufenden Vorabklärung*» entgegengenommen. Dieser Satz bedeutet, dass das Sekretariat die Eingabe des SGVSB nicht als Meldung nach Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG oder nach der Schlussbestimmung behandelte. Zweitens folgt aus dem Satz «*es kann somit nicht als Meldung im Sinne des KG akzeptiert werden*», dass die Eingabe aus Sicht des Sekretariats keine Meldung im Sinne des Kartellgesetzes war. Der Satz «*es bleibt Ihnen unbenommen, uns gegebenenfalls eine Meldung im oben erwähnten Sinne einzureichen*» beweist, dass der SGVSB eine andere Eingabe machen musste, damit er aus der Sicht des Sekretariats die entsprechenden Rechtsfolgen einer Meldung für sich geltend machen konnte.

2156. Anlässlich der Sitzung der Kooperation Sanitär Schweiz vom 15. April 2005 gab der SGVSB-Sekretär [...] folgendes zum Thema «*Wettbewerbskommission*» zu Protokoll:

[...] Der SGVSB hat unter Einhaltung der einjährigen Übergangsfrist per Ende März 2005 der Wettbewerbskommission eine formelle Meldung gemacht bezüglich seiner Leistungen an die Mitglieder im Bereich zentrale Stammdatenverwaltung und Katalogproduktion. Die Wettbewerbskommission geht davon aus, dass es sich dabei nicht um meldefähige bzw. meldepflichtige Tatbestände handelt. Aus Sicht der Sanitärbranche ist nun vorweg das Ergebnis der Marktuntersuchung der Wettbewerbskommission abzuwarten.¹⁵¹²

¹⁵¹⁰ Act. 529.07.

¹⁵¹¹ Act. 529.08.

¹⁵¹² Act. 356, 150.

2157. Aus dieser Protokollstelle folgt, dass der Verbandssekretär den Brief des Sekretariats vom 24. März 2005 gegenüber den anderen Marktteilnehmern als nicht «*meldepflichtig*» darstellt. Damit gab er die Textpassagen im Schreiben des Sekretariats vom 24. März 2005 unrichtig wieder. Dieses Wort kam im Schreiben des Sekretariats nicht vor. Das Schreiben des Sekretariats erwähnte dagegen, dass es dem SGVSB «*unbenommen*» bleibe, dem Sekretariat «*gegebenenfalls eine Meldung im oben erwähnten Sinne einzureichen*». Ferner stand fest, dass die Vorabklärung noch lief. Der SGVSB-Sekretär konnte folglich nicht darauf schliessen, die Verhaltensweisen des SGVSB seien nicht meldepflichtig.

2158. Aus der Protokollstelle folgt zudem, dass der Verbandssekretär das Sekretariat nicht dahingehend verstanden hatte, dass das vom ihm gemeldete Verhalten zulässig sei. Andernfalls hätte der Verbandssekretär nicht angemerkt, dass die Sanitärbranche «*das Ergebnis der Marktuntersuchung der Wettbewerbskommission abzuwarten*» habe. Durch diese Äusserung zeigte er an, dass er das Ergebnis der «*Marktuntersuchung*» noch nicht kannte. Er kann daher nicht darlegen, aufgrund des Schreibens des Sekretariats vom 13. März 2013, sei er davon ausgegangen, dass das Verhalten des SGVSB zulässig sei. Der SGVSB hatte sich aufgrund des Schreibens des Sekretariats also nicht geirrt.

2159. Schliesslich ist zu bedenken, dass aus dem Schreiben des Sekretariats folgt, es bleibe dem SGVSB «*unbenommen*» eine Meldung im Sinne des Kartellgesetzes einzureichen. Es wäre dem SGVSB offen gestanden, erneut eine verbesserte Version seiner Meldung einzureichen. Zumal ihm diese Option seit spätestens dem 5. Juli 2004 bewusst war (Rz 2146 f.), hätte er nicht bis kurz vor Ablauf der Übergangsfrist abwarten sollen, um ein Dokument einzureichen, das vom Sekretariat nicht als Meldung im Sinne der Schlussbestimmungen akzeptiert wurde. In der Folge wurde keine weitere Meldung des SGVSB beim Sekretariat eingereicht.

2160. Insgesamt steht fest, dass der SGVSB nach dem 24. März 2005 weder davon ausgehen konnte, er habe eine Meldung im Sinne von Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG oder im Sinne der Schlussbestimmungen eingereicht, noch, dass seine Verhaltensweisen gesetzeskonform seien.

B.6.2.2.9 Das Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2006

2161. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 teilte das Sekretariat dem SGVSB schliesslich die Einstellung der Vorabklärung 22-0257 mit:

Wir beziehen uns auf die bisher geführte Korrespondenz in rubrizierter Angelegenheit. Wir dürfen Ihnen mitteilen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die Vorabklärung in dieser Sache einstellt. Summarisch begründen wir dies wie folgt:

I. Sachverhalt

Das Sekretariat hat vor dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet, um die **Preisbildungsmechanismen in der Sanitärbranche insgesamt** zu überprüfen. Die Wettbewerbslage wurde sowohl auf der Ebene der

Grossisten als auch der Sanitär- Installateure geprüft. Miteinbezogen wurden ferner die Vertriebsvereinbarungen zwischen Grossisten und Sanitärinstallateuren. Die Beschaffungsmöglichkeiten der Sanitärinstallateure im nahe liegenden Ausland sind jedoch nicht überprüft worden.

II. Rechtsgrundlage

Die summarischen Abklärungen dienen der Überprüfung, ob Anhaltspunkte für **systematische Verstösse** gegen folgende Normen vorliegen:

a) **Horizontale Absprachen.** Laut Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, d.h. die Unzulässigkeit, bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen zwischen direkten Konkurrenten vermutet.

b) **Vertikale Absprachen.** Nach Art. 5 Abs. 4 KG wird ebenfalls die Unzulässigkeit von Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise vermutet.

III. Ergebnis

Nach unseren Ermittlungen sind wir zum Schluss gekommen, dass keine Anhaltspunkte für systematische Kartellrechtsverstösse i.S. der genannten Rechtsvorschriften vorliegen. Die Erhebungen haben namentlich gezeigt, dass der durch die Herausgabe von (unverbindlichen) Preislisten entstandene Verdacht von systematischen Wettbewerbsverstössen sich nicht erhärten lässt. Dies ist unter anderem auf den Umstand zurückzuführen, dass ein gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen besteht.

IV. Vorbehalt

Dieses Schreiben enthält einen zweifachen Vorbehalt:

a) Die Wettbewerbskommission wird durch das Schreiben des Sekretariats nicht gebunden.

b) Gegenstand der Vorabklärung waren die Preisbildungsmechanismen in der Sanitärbranche insgesamt in den Jahren 2004-2005. Sollten dem Sekretariat neue Tatsachen zur Kenntnis gelangen oder neue Anzeigen betreffend einzelner Produkte im Sanitärbereich, insbesondere in Bezug auf einen fehlenden Preiswettbewerb zukommen, behalten wir uns die erneute Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens ausdrücklich vor.

V. Weiteres Vorgehen

Wir weisen Sie darauf hin, dass die Herausgabe und das Benutzen von Produktkatalogen mit Preisempfehlungen kartellrechtlich nicht unproblematisch sind.

a) Wir legen Ihnen den vom Sekretariat in Vernehmlassung geschickten Revisionsentwurf der Bekanntmachung über die Beurteilung vertikaler Abreden bei. Wie Sie diesem Regelwerk entnehmen können, wird die alleinige Benützung von Preisempfehlungen als wettbewerbsrechtlich problematisch beurteilt, da sie zu unzulässigen Preisfixierungen führen können. In solch einem Fall wird laut dem Entwurf der Bekanntmachung die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. Dies kann nicht durch den blossen Nachweis von Interbrand-Wettbewerb (hier Wettbewerb unter den Grossisten) widerlegt werden. Bei einem Verstoß gegen das Kartellgesetz, namentlich bei unzulässigen Preisbindungen zweiter Hand, drohen den beteiligten Unternehmen hohe Geldstrafen (Art. 49a KG).

b) Wir empfehlen Ihnen daher, auf die Herausgabe derartiger Preislisten zu verzichten.

[...] ¹⁵¹³ [Fette Schrift durch die Verfasser des Originalschreibens]

2162. Aus diesem Schreiben folgen vier Elemente:

- i) Untersucht wurden die Preisbildungsmechanismen in der Sanitärbranche in den Jahren 2004-2005 (I, IVb). Dabei wurde der Wettbewerb zwischen den Grossisten und die Vertriebsvereinbarungen zwischen den Grossisten und den Installateuren betrachtet.
- ii) Das Sekretariat stellte als Ergebnis fest, dass keine Anhaltspunkte für systematische Kartellrechtsverstösse bestünden. Dieser Umstand sei darauf zurückzuführen, dass ein gewisser Wettbewerb auf der Ebene der Installateure bestehe, dank der Gewährung von Rabatten und Nachlässen.
- iii) Das Sekretariat brachte zwei Vorbehalte an: Die WEKO wird nicht gebunden und das Sekretariat behält sich die Eröffnung eines Verfahrens vor, im Falle neuer Anzeigen und falls neue Tatsachen zu Tage gefördert würden.
- iv) Das Sekretariat wies darauf hin, dass die Verwendung von Produktkatalogen mit Preisempfehlungen kartellrechtlich problematisch sein könnte. Das Sekretariat empfahl auf die Herausgabe der Preislisten zu verzichten.

2163. Diese vier Punkte müssen in den Kontext der Geschehnisse und bedürfen der Erläuterung. Zum ersten Punkt (i) ist festzuhalten, dass die Untersuchungsperiode einen begrenzten Zeitraum von zwei Jahren betrifft. Allfällige zuvor oder danach erfolgte Abmachungen und Vorkommnisse können von vornherein nicht in die Betrachtungen des Sekretariats eingeflossen sein. Das Sekretariat befand sich in einer Vorabklärung, welche der Abklärung diene, ob eine Untersuchung eröffnet werden sollte. Es hat zahlreiche Fakten im Zeitraum vor Ablauf der Übergangsfrist am 1. April 2005 gemäss Schlussbestimmungen des Kartellgesetzes erhoben. Dem Sekretariat stand die Möglichkeit von Hausdurchsuchungen während dieser Phase noch nicht zur Verfügung. Es musste sich also auf die erfragten Angaben der Parteien verlassen und entschied entsprechend gestützt darauf darüber, ob eine Untersuchung zu eröffnen war. Wie oben aufgezeigt, haben sowohl der SGVSB als auch Sanitas Troesch teils irreführende und teils unwahre Angaben gemacht. Das Sekretariat stützte sich bei seiner Analyse auf diese Angaben.

2164. Unter anderem basierend auf diesen Angaben kam das Sekretariat zweitens (ii) zum Schluss, es bestehe ein gewisser Wettbewerb auf der Ebene der Installateure. Hätte das Sekretariat gewusst, dass die Grossisten genau diesen Rabattwettbewerb beeinflussten, indem sie die Rabattgruppen, Basisrabatte, Rabattpanzen sowie höchst und niedrigste Rabatte miteinander besprachen, wäre es zu einem anderen Resultat gelangt. Denn wenn sich Rabattdifferenzen ausmachen liessen, konnte dies als Zeichen funktionierenden Restwettbewerbs interpretiert werden. Wenn jedoch dieser Wettbewerb von vornherein durch die Konkurrenten beeinflusst wurde, was dem Sekretariat nicht bekannt war, ist er verfälscht. Wie bewiesen funktioniert der Rabattwettbewerb gerade nicht vollumfänglich.

2165. Der Vollständigkeit halber sei auf die Einschränkung im Schreiben hingewiesen, dass sich der Verdacht auf *systematische* Wettbewerbsbeschränkungen nicht erhärten liesse. Diese Einschränkung schliesst das Vorliegen von nicht systematischen Wettbewerbsbeschränkungen nicht aus. Diesem formalen Argument messen die Behörden bei der vorliegenden Abhandlung jedoch keine Bedeutung zu.

2166. Drittens (iii) machte das Sekretariat Vorbehalte. Es zeigt auf, dass die Möglichkeit einer Untersuchung weiterhin besteht. Dies hat zwei Gründe, einerseits wird die WEKO von Gesetzes wegen nicht gebunden durch das Schreiben des Sekretariats und andererseits behält sich das Sekretariat eine Verfahrenseröffnung beim Vorliegen neuer Anzeigen oder neuer Informationen vor. Als Quintessenz dieses dritten Punktes ist festzuhalten, dass der SGVSB die Einleitung eines neuen Verfahrens nicht ausschliessen und darauf vertrauen konnte.

2167. Viertens (iv) gab das Sekretariat an, dass es die Herausgabe von gemeinsamen Bruttopreislisten für bedenklich hielt. Es empfahl daher, auf die Herausgabe zu verzichten. Der SGVSB verzichtete entgegen dieser Empfehlung nicht auf die Herausgabe der Preiskataloge. Allerdings wurden ab 2008 fünf verschiedene Preisniveaus in den Katalogen abgedruckt.

2168. Es ist damit erwiesen, dass sich der SGVSB nicht darauf berufen kann, er sei gestützt auf die vorbehaltlosen Angaben der Behörden davon ausgegangen, sein Handeln sei gesetzeskonform gewesen. Es ist ferner bewiesen, dass der SGVSB gegenüber dem Sekretariat unzutreffende und irreführende Angaben gemacht hatte. Dieses Verhalten war mitverantwortlich für das Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2006.

2169. Insbesondere ist bewiesen, dass der SGVSB aus dem Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2006 nicht ableiten konnte, es sei gesetzeskonform, mit Sanitas Troesch über gemeinsam Bruttopreissenkungen sowie Rabattgruppen übereinzukommen. Es steht zudem fest, dass der SGVSB nicht annehmen durfte, es sei gesetzeskonform, mit seinen Mitgliedern Rabattpanzenbreiten in seinen Beilagen der SGVSB-Artikelverwaltung zu berechnen, Margen zu fixieren, Eurokurse festzulegen und die Produktauswahl in den Katalogen für die Mitglieder zu fixieren und weiterhin die Auswahl und Preise seiner kleinsten Mitglieder zu bestimmen.

2170. Ferner verzichtete sowohl der SGVSB als auch Sanitas Troesch darauf, eine Meldung gemäss Schlussbestimmung des Kartellgesetzes einzureichen. Der SGVSB wurde darauf hingewiesen, dass seine Eingabe den Anforderungen an eine solche Meldung nicht genüge. Insgesamt konnte der SGVSB nicht davon ausgehen, sein Handeln sei legitim.

¹⁵¹³ Act. 238, 129 f.; Act. 529.09.

B.6.2.2.10 Verhalten des SGVSB nach dem Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2006

(i) SGVSB-interne Besprechungen und Schreiben vom 6. Dezember 2006

2171. In einem Schreiben vom 19. Oktober 2006 hielt der SGVSB-Sekretär in einem internen Schreiben folgendes fest:

Wettbewerbskommission; Entscheid des Sekretariates der Wettbewerbskommission vom 11. Oktober 2006

Sehr geehrte Herren

Beiliegend erhalten Sie das Schreiben des Sekretariates der Wettbewerbskommission vom 11. Oktober 2006 samt Beilage. Mit diesem Schreiben bringt die Wettbewerbskommission nun (endlich) die bereits seit Jahren laufende Vorabklärung zu den Preisbildungsmechanismen in der Sanitärbranche (22-0257) zu Ende.

Das Erfreuliche vorweg: Die Wettbewerbskommission kommt zum Ergebnis, dass die Herausgabe von unverbindlichen Preislisten (team-Kataloge) entgegen den ersten Annahmen keine Kartellrechtsverletzung darstellt, da «ein gewisser Preiswettbewerb» dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen bestehe. Das System gemeinsam publizierter team-Kataloge ist damit kartellrechtlich nicht in Frage gestellt. Allerdings hat die Wettbewerbskommission keine Freude an solchen Publikationen und empfiehlt daher auf eine weitere Herausgabe freiwillig zu verzichten. Die von der Wettbewerbskommission dem Schreiben beigelegte «Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden» scheint zur Unterstreichung dieser Empfehlung allerdings nur beschränkt geeignet, handelt es sich bei den team-Katalogen wohl kaum um «vertikale Abreden» im Sinne des Kartellrechts (vgl. die Definition in Ziffer 1 dieser Bekanntmachung).

Wir werden die Angelegenheit an der nächsten Vorstandssitzung besprechen.¹⁵¹⁴ [...]

2172. Dieses Schreiben beweist, dass der SGVSB-Sekretär «die Herausgabe von unverbindlichen Preislisten (team-Katalogen)» als zulässig qualifiziert. Gleichzeitig stellt er fest, dass «die Wettbewerbskommission keine Freude an solchen Publikationen» habe und daher empfehle «auf eine weitere Herausgabe freiwillig zu verzichten.» Es ist folglich bewiesen, dass der Sekretär «die Wettbewerbskommission» dahingehend verstanden hatte. Schliesslich hatte der Sekretär verstanden, dass es sich bei den team-Katalog nicht um vertikale Abreden handelte und die Vertikalbekanntmachung folglich nicht zur Anwendung gelangen konnte.

2173. Dem Protokoll der Vorstandssitzung vom 25. Oktober 2006 ist folgendes zu entnehmen:

3. Wettbewerbsrecht

Der Entscheid der Vorabklärung der Wettbewerbskommission vom 11. Oktober 2006 ist dem Vorstand mit Vorstandsbrief vom 19. Oktober 2006 zugestellt worden. Der Sekretär stellt nochmals fest, dass nach einer jahrelangen Geschichte die Vorabklärung der Wettbewerbskommission nun ergeben hat, dass in der Sanitärbranche keine Wettbewerbsbehindernde Situation herrscht. Die Wettbewerbskommission kommt zum Ergebnis, dass

«der durch die Herausgabe von (unverbindlichen) Preislisten entstandene Verdacht von systematischen Wettbewerbsverstössen sich nicht erhärten lässt. Dies ist

unter anderem auf den Umstand zurückzuführen, dass ein gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen besteht.»

Vom harten Wettbewerb auf der Handelsstufe ist nicht die Rede, da die Wettbewerbskommission in ihrer Erhebung nur die effektiven Endkundenpreise verglichen hat, d.h. die Preise, die die Installateure ihren Kunden in Rechnung stellen. [...] sieht vorderhand keine Veranlassung, weitere Schritte zu unternehmen, nachdem die Wettbewerbskommission eindeutig genügenden Wettbewerb festgestellt und die Vorabklärung eingestellt hat. Allerdings ist festzustellen, dass die Wettbewerbskommission durch die in ihrem Brief geäusserten «Drohgebärden» signalisiert, dass sie es begrüßen würde, wenn freiwillig auf die Herausgabe von Preislisten verzichtet würde.

Bei der anschliessenden Diskussion sind sich die Vorstandsmitglieder einig, dass sich eine weitere Individualisierung bei den Katalogen fortsetzen wird. Verschiedene Vorgehensweisen sind möglich, wie auch das Beispiel der Gétaz Romang mit der geplanten Herausgabe eines selbst produzierten Kataloges unter Benutzung der SGVSB-Stammdaten zeigt. [...] und [...] sehen eher eine Lösung mit firmeneigener Preiskalkulation und Katalogproduktion beim Verband.

[...] präzisiert die Funktion der Sortimentskommission und ist der Ansicht, dass sie der Zusammenschluss derjenigen Mitglieder ist, die mit einer gemeinsamen Katalogpreisbasis auftreten möchten. Der Präsident befürwortet die Teilnahme in der Sortimentskommission für eine gemeinsame Entscheidungsfindung für die Aufnahme eines Produktes, doch für den Kalkulationsteil soll jedes Mitglied frei wählen, welche Variante oder welchen Weg es beschreiten will. [...] weist nochmals darauf hin, dass durch den Wechsel zum WebClient-System heute schon - unter Berücksichtigung einer angemessenen Vorlaufzeit - die Produktionsmöglichkeit eines individuellen Kataloges pro Mitglied besteht.

Als weitere Vorgehensweise wird der Sekretär zum Entscheid der Wettbewerbskommission vom 11. Oktober 2006 kurz Stellung nehmen. Nach Ablauf einer angemessenen Frist für eine eventuelle Rückantwort der Wettbewerbskommission werden die Mitglieder entsprechend orientiert.

2174. Aus dieser Protokollstelle folgt:

- i) Der SGVSB wusste, dass das Sekretariat nicht die Grosshandelsstufe untersucht hatte, sondern vielmehr die Installateur- bzw. Endkundenpreise analysiert hatte,
- ii) Der SGVSB-Sekretär sah keine Veranlassung zum Handeln,
- iii) Der SGVSB las eine «Drohgebärde» aus dem Schreiben des Sekretariats der WEKO, die darin bestand, dass «freiwillig auf die Herausgabe von Preislisten» zu verzichten sei.
- iv) Es sollte eine weitere Individualisierung der Kataloge fortgesetzt werden.
- v) Die Sortimentskommission sollte nicht mehr gemeinsame Katalogpreise setzen, sondern nur noch gemeinsam über die Aufnahme eines Produktes entscheiden.

¹⁵¹⁴ Act. 357, 26.

vi) Der Sekretär sollte zum «Entscheid der Wettbewerbskommission vom 11. Oktober 2006» Stellung nehmen.

2175. Als Folge des Vorstandsbeschlusses vom 25. Oktober 2006 reagierte der SGVSB am 6. Dezember 2006 auf das Schreiben des Sekretariats vom 24. März 2005 und auf das Abschluss Schreiben vom 11. Oktober 2006. Der SGVSB hielt fest:

Mit Schreiben vom 22. März 2005 haben wir Ihnen im Sinne einer vorsorglichen Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG und gemäss Schlussbestimmung zur KG-Änderung vom 20. Juni 2003 die **Sachlage** aus Sicht des Sanitärfachhandels wie folgt dargelegt:

Der Schweizerische Grosshandelsverband der Sanitären Branche SGVSB erbringt für seine Mitglieder (Liste abrufbar unter www.dasbad.ch, Über uns, Mitglieder) verschiedene Dienstleistungen. Dazu gehört namentlich das Führen einer zentralen **Stammdatenverwaltung**, in der die Produktarten der von unseren Mitgliedern gehandelten Sanitärprodukte wie Badewannen, Waschtische, WC, Armaturen, Accessoires etc. verwaltet und bearbeitet werden. Gestützt auf diese Stammdatenverwaltung produzieren wir im Auftrag unserer Mitglieder verschiedene **Kataloge**, sowohl in gedruckter als auch in elektronischer Form (CD-ROM, Internet). In diesem Zusammenhang unterstützten wir die Mitglieder auch bei der **Erfassung** der Bruttopreise, soweit sie nicht bereits von den Herstellern publiziert wurden. Auf die Preiselemente der Nettopreise wie Rabatte, Konditionen, Rückvergütung etc. nehmen wir keinerlei Einfluss; diese bestimmt den Markt im Rahmen eines anhaltenden und ausserordentlich harten Wettbewerbs, der in den letzten Jahren zu einem markanten Konzentrationsprozess auf allen Stufen der Sanitärbranche geführt hat.

Wir haben dabei dargelegt, dass wir gestützt auf die verfügbare Literatur und die verschiedenen Besprechungen und Korrespondenzen mit Ihnen überzeugt sind, dass die oben beschriebenen Dienstleistungen unseres Verbandes **keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung** im Sinne von Art. 5 KG darstellen. Im Gegenteil helfen diese Dienstleistungen gerade mit, dass auch kleinere und mittlere Sanitärfachhändler auf dem Markt eine Überlebenschance haben und damit einer wettbewerbsschädlichen Monopolisierung entgegenwirkt wird.

Wir nehmen deshalb gemäss Ihrer Verfügung vom 11. Oktober 2006 mit Befriedigung zur Kenntnis, dass die vom Sekretariat der Wettbewerbskommission durchgeführte **Marktuntersuchung** gezeigt hat, dass in der Sanitärbranche Wettbewerb herrscht und **keine Anhaltspunkte für systematische Kartellrechtsverstoss** im Sinne von Art. 5 KG (horizontale oder vertikale Absprachen) vorliegen. Namentlich stellen wir fest, dass die **Herausgabe von (unverbindlichen) Preislisten kein Wettbewerbsverstoss** darstellt. Damit bestätigen Sie die von uns vorgenommene rechtliche Beurteilung, wonach die vorne genannten Dienstleistungen unseres Verbandes wettbewerbsrechtlich zulässig sind.

Ob und in welcher konkreten Ausgestaltung unverbindliche Preislisten in Zukunft herausgegeben werden, können nach diesem Befund unsere **Mitglieder** eigenverantwortlich und nach Massgabe ihrer allenfalls unterschiedlichen Unternehmensstrategien **entscheiden**. Dabei ist durchaus denkbar, dass sich diese Preislisten künftig entsprechend Ihrer Empfehlung noch weiter individualisieren und differenzieren werden. Wichtig ist im gegenwärtigen Zeitpunkt aber die Feststellung, dass unsere Mitglieder, wenn dies ihrer Unternehmensstrategie entspricht, **auch weiterhin**

durch den **Verband gemeinsame unverbindliche Preislisten bzw. Kataloge** herausgeben können.¹⁵¹⁵

[Grussformel]

2176. Das Schreiben gliedert sich in fünf Abschnitte, welche der Reihe nach zu analysieren sind:

Erster Abschnitt

2177. Im ersten Abschnitt stellt der SGVSB fest, dass er vorsorglich eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eingereicht habe.

2178. Diese Feststellung ist unzutreffend. Erstens ist bewiesen, dass dem Schreiben des Sekretariats vom 24. März 2005 entnommen werden kann, dass der SGVSB seines Erachtens keine solche Meldung eingereicht hatte (vgl. Rz 2155). Zweitens ging der SGVSB erwiesenermassen selbst davon aus, dass er keine solche Meldung eingereicht hatte (vgl. Rz 2156). Drittens ist bewiesen, dass der SGVSB dem Sekretariat einen unzutreffenden und unvollständigen Sachverhalt mitgeteilt hatte (vgl. Rz 2152).

Zweiter und dritter Abschnitt

2179. Es fällt erstens auf, dass der zweite und dritte Abschnitt des Schreibens eine Kopie des zweiten und dritten Abschnitts des SGVSB-Schreibens vom 22. März 2005 sind (vgl. oben Rz 2151). Einzig der Satz «*Die vorliegende Meldung erfolgt daher lediglich, aber immerhin, zur Fristwahrung*» wurde im vorliegenden Schreiben gestrichen. Entsprechend enthält die Passage im Schreiben vom 6. Dezember 2006 dieselben unzutreffenden Aussagen bezüglich der verschiedenen Preiselemente wie das Schreiben vom 22. März 2005 (vgl. Rz 2152 Lemma 3, Rz 2138, Rz 2150 Rz 1869 ff.).

Vierter Abschnitt

2180. Im vierten Abschnitt wiederholt der SGVSB einen Teil der Befunde des Sekretariats im Abschluss Schreiben vom 11. Oktober 2006 und fügt seine diesbezügliche Interpretation bei. Gemäss ihm stellte die Herausgabe von unverbindlichen Preislisten kein Wettbewerbsverstoss dar. Dadurch bestätige das Sekretariat die rechtliche Beurteilung des Verbandes, dass die Dienstleistungen des Verbandes kartellrechtskonform seien.

2181. Dieser Schluss geht zu weit. So wurde die Aussage zur Herausgabe von unverbindlichen Preislisten im Abschluss Schreiben nicht gemacht. Vielmehr entnimmt der SGVSB diese Aussage aus der Vertikalbekanntmachung der WEKO. Diese Bekanntmachung hat, wie der Name bereits sagt, das vertikale Verhältnis zwischen Händlern und Abnehmern zum Gegenstand. Die Aussage, dass unverbindliche Preislisten grundsätzlich zulässig seien, konnte sich somit von vornherein nur auf das Verhältnis zwischen Sanitärgrosshändlern und Sanitärinstallateuren beziehen. Sie beschlägt nicht das Verhältnis zwischen den einzelnen Sanitärgrosshändlern. Der SGVSB hatte – wie bewiesen – selbst erkannt, dass die Vertikalbekanntmachung nicht auf das Verhältnis zwischen den Sanitärgrosshändlern zur Anwendung gelangte (Rz 2172). Dennoch stützte er sich darauf.

¹⁵¹⁵ Act. 529.10.

2182. Schliesslich bestätigt das Sekretariat nicht die Gesetzeskonformität der Dienstleistungen des Verbands. Die Dienstleistungen des Verbands waren nicht untersucht worden, vielmehr betrachtete das Sekretariat, ob bei der Preisbildung Wettbewerb bestand. Das Sekretariat kam zum Resultat, dass *«ein gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen besteht»*. D.h., es rechnete damit, dass ein gewisser Preiswettbewerb bestand, weil der Sanitärinstallateur dem Endkunden einen Rabatt gewährte. Über die Dienstleistungen des Verbands sagte das Sekretariat damit nichts aus. Mit Bezug auf die Dienstleistung des Verbands, welche darin bestand, Kataloge für seine Mitglieder zu produzieren, sagte das Sekretariat wörtlich: *«Wir empfehlen Ihnen daher, auf die Herausgabe derartiger Preislisten zu verzichten.»*

2183. Wie bewiesen, hatte dies der SGVSB erkannt, wie er in seinem erwähnten internen Schreiben vom 19. Oktober 2006 festhielt. Der SGVSB schrieb, dass *«die Wettbewerbskommission keine Freude an solchen Publikationen»* habe und daher empfehle *«auf eine weitere Herausgabe freiwillig zu verzichten»*¹⁵¹⁶ (Rz 2172).

2184. Es mutet daher widersprüchlich an, wenn der SGVSB dennoch davon ausgeht, dass die Mitglieder weiterhin durch den Verband gemeinsame unverbindliche Preislisten bzw. Kataloge herausgeben können.

Fünfter Abschnitt

2185. Im fünften Abschnitt macht der SGVSB Angaben über das mögliche künftige Verhalten der SGVSB-Mitglieder.

- i) So hält der SGVSB fest, die SGVSB-Mitglieder könnten *«eigenverantwortlich»* und *«nach Massgabe ihrer allenfalls unterschiedlichen Unternehmensstrategien»* beschliessen, wie sie die Preislisten ausgestalten wollten.
- ii) Es sei denkbar, dass die SGVSB-Mitglieder die Preislisten künftig *«individualisieren und differenzieren»* würden. Er stellte sodann fest, dass die Mitglieder auch weiterhin gemeinsame unverbindliche Preislisten und Kataloge herausgeben könnten.

2186. Dazu ist folgendes zu sagen: Die Angaben des SGVSB im Punkt i) sind Selbstverständlichkeiten, welche keiner rechtlichen Würdigung zugänglich sind. Die Angaben in Punkt ii) sind vage, so folgt daraus weder, was der SGVSB unter individualisieren und differenzieren versteht, noch was er mit *«gemeinsamen unverbindlichen Preislisten»* meint. Schliesslich sagt der SGVSB auch nicht, wie sich die SGVSB-Mitglieder künftig verhalten werden. Schliesslich bittet der SGVSB das Sekretariat weder um die Beantwortung einer Frage noch um eine Bestätigung seiner Einschätzungen. Auch deklariert der SGVSB seine Absichten, welche er mit dem Schreiben verfolgt, nicht.

2187. Anlässlich der Beantwortung eines Fragebogens des Sekretariats vom 29. Januar 2013 nahm der SGVSB zum *«Entscheid der Wettbewerbskommission 2006»* [recte: Abschlusschreiben des Sekretariats der WEKO] Stellung. Anlässlich dieser Stellungnahme offenbarte der

SGVSB den Grund des Schreibens vom 6. Dezember 2006. Gemäss Stellungnahme ist für den SGVSB die Herausgabe von gemeinsamen Katalogen mit unverbindlichen Bruttopreisen, wie dies der SGVSB im Auftrag seiner Mitglieder mache, nicht zu beanstanden. Der SGVSB habe dies in seinem Schreiben vom 6. Dezember 2006 an die *«Wettbewerbskommission [recte: Sekretariat der WEKO] auch nochmals ausdrücklich hervorgehoben, ohne dass dem die Wettbewerbskommission [recte Sekretariat der WEKO]»* dem widersprochen hätte.¹⁵¹⁷ In subjektiver Hinsicht ist somit erwiesen, dass der SGVSB das Sekretariat rechtlich binden wollte durch sein Schreiben vom 6. Dezember 2006.

2188. Es ist somit erwiesen, dass der SGVSB wusste, dass er gemäss dem Sekretariat der WEKO keine Kataloge mit gemeinsamen, einheitlichen Bruttopreisen mehr herausgeben sollte. Es ist bewiesen, dass er ein Schreiben verfasste, in welchem er

- a. wider besseres Wissen darlegte, eine Meldung gemäss Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG oder der Schlussbestimmungen des Kartellgesetzes eingereicht zu haben,
- b. unzutreffende und irreführende Sachverhaltsangaben machte,
- c. basierend darauf, streitbare rechtliche Folgerungen anstellte,
- d. teils einer rechtlichen Würdigung nicht zugängliche und teils unklare Angaben über das künftige der SGVSB-Mitglieder machte, ohne eine Frage oder einen Antrag zu stellen,
- e. basierend auf den vorgenannten Punkten die Behörde rechtlich binden wollte.

(ii) Verhalten des SGVSB ab dem Jahr 2007

2189. Dem Protokoll der SGVSB-Generalversammlung vom 22. Juni 2007 ist folgendes zu entnehmen:

[...] Erfreulicherweise hat die Wettbewerbskommission ihre Vorabklärung betreffend Sanitärbranche abgeschlossen und festgestellt, dass die Führung einer zentralen Stammdatenverwaltung durch den SGVSB und die Produktion von gemeinsamen Bruttopreiskatalogen kartellrechtlich nicht zu beanstanden sind. Trotzdem hat sich die Tendenz verstärkt, sowohl inhaltlich wie preislich firmenindividuelle Kataloge herauszugeben. Um dieser Entwicklung zu begegnen, hat der Verband seine Software entsprechend aufgerüstet. [...] ¹⁵¹⁸

2190. Die anlässlich der SGVSB-Generalversammlung gemachten Aussagen stimmen nicht mit denjenigen des internen Schreibens des SGVSB vom 19. Oktober 2006 überein. Damals stellte der SGVSB fest, die Wettbewerbsbehörden wollten, dass der SGVSB freiwillig verzichte, den Katalog weiterhin herauszugeben. Am 22. Juni 2007 erklärte er im Gegensatz dazu, es habe sich *«die Tendenz verstärkt, sowohl inhaltlich wie preislich firmenindividuelle Kataloge herauszugeben.»*

¹⁵¹⁶ Act. 357, 26.

¹⁵¹⁷ Act. 381, 2.

¹⁵¹⁸ Act. 354, 150.

2191. Im Jahr 2008 gab der SGVSB schliesslich einen Bruttopreiskatalog für die Bringhen, CRH, Sabag und die Teampur-Grossisten heraus. Im Jahr 2013 erschienen schliesslich für jedes Mitglied eigenständige Kataloge.

2192. Unabhängig vom bereits erbrachten Beweis, dass der SGVSB das Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2006 nicht falsch verstanden hatte, besteht noch ein weiterer objektiver Beweis. Die Differenzierung der Bruttopreise nach Abschluss der Vorabklärung widerspricht der These, wonach der SGVSB das Sekretariat der WEKO falsch verstanden haben soll und aus diesem Grund weiterhin Bruttopreiskataloge mit einheitlichen Preisen herausgab.

B.6.3 Die Stellungnahmen der Parteien zu den Vorabklärungsakten

B.6.3.1 Vorbringen der Parteien zum Informationsstand des Sekretariats

2193. Burgener, Kappeler und Sanidusch bringen vor, aus den Aktenstücken V5, V11, 529.02, V86, 529.05 und 529.06 gehe hervor, dass die Behauptung des Sekretariats, ihm sei «im Zeitpunkt des Erlasses der Einstellungsverfügung vom 11. Oktober 2006 nicht bekannt gewesen, dass die Bruttopreise verbandsintern für alle Mitglieder festgelegt w[ü]rden, unzutreffend [sei].» Das Sekretariat habe gewusst, dass der SGVSB für seine Mitglieder eine Stammdatenverwaltung betreibe und Bruttopreise herausgebe, in denen die allgemeinen Geschäftsbedingungen abgedruckt waren. Das Sekretariat bzw. die WEKO könne diese Sachverhalte Burgener, Kappeler und Sanidusch nicht entgegenhalten.¹⁵¹⁹

2194. Auch der SGVSB bringt vor, das Sekretariat bringe den Einwand vor, nicht gewusst zu haben, «dass der SGVSB für seine Mitglieder einen Bruttopreiskatalog mit identischen Bruttopreisen herausgebe und im Übrigen von den Parteien nicht richtig und angemessen orientiert worden sei.»¹⁵²⁰ In diesem Zusammenhang bringt der SGVSB vor, das Sekretariat habe folgendes festgehalten in seinem Antrag vom 20. Mai 2014:

[...] «Das Sekretariat sei damals vielmehr zum Resultat gekommen, es bestünde ein «gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen» (Rz. 971). Diese Beurteilung wäre nach Ansicht des Sekretariats jedoch «mit Sicherheit» anders ausgefallen, wenn es gewusst hätte, dass (was bestritten und vom Sekretariat nicht bewiesen ist) «der SGVSB bzw. seine Mitglieder das Bruttopreinsniveau gemeinsam festgelegt hatten und den Rabattwettbewerb gemeinsam einschränkten» (Rz. 971). Vor diesem Hintergrund, so das rechtliche Fazit des Sekretariats, könne der SGVSB keinen Vertrauensschutz geltend machen, ihm fehle es an seiner eigenen Gutgläubigkeit (Rz. 971). [...]» [Hervorhebung hinzugefügt]¹⁵²¹

2195. Der SGVSB führt weiter aus:

[...] «Namentlich Ist aufgrund der bereits zu diesem Zeitpunkt bei den Verfahrensakten liegenden Dokumenten erstellt, dass das Sekretariat bei seinem Entscheid zur Einstellung der Vorabklärung am 11. Oktober 2006 bereits seit Jahren umfassend über die Herausgabe eines gemeinsamen Bruttopreiskataloges sowie die Reduktion der Bruttopreise namentlich für das Jahr 2005 informiert war.»¹⁵²²

2196. Der SGVSB belegt seine Vorbringen mit einer Reihe von Verfahrensakten (Act. 529.01 f., Act 529.04-

529.06, Act 529.9 f., Act. V9, Act V11, Act V 4, Act V95, Act V103) und bezeichnet Schreiben, welche er seiner Eingabe nicht beigelegt hat.¹⁵²³

2197. Die Vorbringen von Sabag gehen in dieselbe Richtung¹⁵²⁴:

[...] «Namentlich verfügte das Sekretariat unbestreitbar über Kenntnisse darüber, dass (i) die (unverbindlichen) Bruttopreise in den Katalogen der Verbandsmitglieder nicht firmenindividuell festgelegt waren; und dass (ii) selbst die Bruttopreissenkung im Jahr 2005 vorgängig der Wettbewerbsbehörde bekannt war (vgl. Stellungnahme zum Antrag vom 22. September 2014 Rz. 150 m.w.H.). Diese Tatsachen ergeben sich mit Blick in die Vorabklärungsakten, wie nachfolgende Ausführungen aufzeigen:» [...]

2198. Auch SABAG stützt ihre Vorbringen auf eine Reihe von Verfahrensakten (Act. V5, 2; Act. V11; 1 f.; Act. V1 f., Act. V155, Act. V157, Act. V187, Act. V85 f., Act. V88, 7 f.).¹⁵²⁵

2199. Selbst Sanitas Troesch, welche gar nicht Teil des SGVSB und der gemeinsamen Bruttopreiskataloge des SGVSB war, behauptet:

[...] «In der Stellungnahme vom 6. Oktober 2014 (Act. 935) haben wir gezeigt, dass dem Sekretariat, anders als dies das Sekretariat heute darzustellen versucht, beim Abschluss der Vorabklärung im Oktober 2006 hinlänglich bekannt war, dass die Mitglieder des SGVSB einen Katalog mit gemeinsam festgelegten Bruttopreisen herausgaben und ihre Bruttopreise 2005 gemeinsam senkten (Act. 935, Rz. 733 ff.).[...]»¹⁵²⁶

2200. Diesen Befund sieht Sanitas Troesch in verschiedenen Aktenstücken bestätigt (Act. V4, 1, Act. V5, 2 f., Act. V10, Act. V 11, 1; Act. V86).¹⁵²⁷

B.6.3.2 Vorbringen der Parteien zum Informationsstand des Sekretariats basieren auf falschen Annahmen

2201. Sämtliche aufgeführten Parteivorbringen basieren auf zwei falschen Annahmen: Erstens gehen sie davon aus, das Sekretariat habe behauptet, nicht gewusst zu haben, dass die SGVSB-Mitglieder einheitliche Bruttopreise gehabt hätten (vgl. hierzu unten B.6.3.2(i), Rz 2202 ff.). Zweitens gehen sie davon aus, das Sekretariat habe behauptet, nichts von der Bruttopreissenkung im Jahr 2005 gewusst zu haben, bzw. nicht gewusst zu haben, dass die SGVSB-Mitglieder ihre Bruttopreise gemeinsam senken würden (vgl. hierzu unten B.6.3.2(ii), Rz 2201 ff.). Diese Annahmen sind unzutreffend (vgl. bezüglich Bruttopreise vgl. Act. 640-650, Rz 743 f., 752 [entspricht in der vorliegenden Verfügung Rz 2123 Bst. b. und Rz 2124¹⁵²⁸ und Rz 2136]; vgl. bezüglich

¹⁵¹⁹ Act. 1058, 1059, 1060 Rz 3 ff., Rz 8.

¹⁵²⁰ Act. 1061, 2.

¹⁵²¹ Act. 1061, 3.

¹⁵²² Act. 1061, 3.

¹⁵²³ Act. 1061, 3-7.

¹⁵²⁴ Act. 1055, 1.

¹⁵²⁵ Act. 1055, 2-4.

¹⁵²⁶ Act. 1064, Rz 1.

¹⁵²⁷ Act. 1064, Rz 2 ff.

¹⁵²⁸ Das Sekretariat spricht im zitierten Schreiben vom 17. August 2001 von den Preislisten der Sanitär-grosshändler, welche verbotene Wettbewerbsabreden darstellten. Eine solche Aussage macht gar keinen Sinn, wenn das Sekretariat von völlig verschiedenen Bruttopreisen ausgegangen wäre.

Bruttopreissenkung 2005, Act. 640-650, Rz 756 f. und 760 f. [entspricht in der vorliegenden Verfügung den Rz 2141 f. und Rz 2149 f.]

(i) Falschannahme bezüglich einheitliche Bruttopreise

2202. Dieses unzutreffende Verständnis, kann anhand der Argumentationsweise des SGVSB dargestellt werden. Der SGVSB zitiert den unterstrichenen Ausschnitt in Rz 971 aus dem Antrag des Sekretariats vom 20. Mai 2014 vermeintlich wörtlich, was die Anführungs- und Schlusszeichen aufzeigen:

Diese Beurteilung wäre nach Ansicht des Sekretariats jedoch «mit Sicherheit» anders ausgefallen, wenn es gewusst hätte, dass (was bestritten und vom Sekretariat nicht bewiesen ist) «der SGVSB bzw. seine Mitglieder das Bruttopreinsniveau gemeinsam festgelegt hatten und den Rabattwettbewerb gemeinsam einschränkten» (Rz. 971).[...]

2203. Dabei handelt es sich um ein Falschzitat. Das Original beinhaltet zusätzlich die drei Worte «und Sanitas Troesch.» Rz 971 des Antrags vom 20. Mai 2014 lautet in Wirklichkeit folgendermassen:

«Denn hätte es gewusst, dass der SGVSB bzw. seine Mitglieder und Sanitas Troesch das Bruttopreinsniveau gemeinsam festgelegt hatten und den Rabattwettbewerb gemeinsam einschränkten, wäre es mit Sicherheit zu einem anderen Schluss gekommen.» [Hervorhebungen hinzugefügt]

2204. Die Weglassung des Satzteils durch den SGVSB erklärt, weshalb er unzutreffende Prämissen für seine Stellungnahmen aufstellt. Der Originalsatz in Rz 971 des Antrags bezieht sich nicht auf den SGVSB bzw. seine Mitglieder alleine. Vielmehr bezieht er sich auf zwei Seiten: Den SGVSB bzw. seine Mitglieder auf der einen Seite und Sanitas Troesch auf der anderen Seite. Ferner sagt der Satz nicht aus, das Sekretariat habe nicht gewusst, dass die *Bruttopreise* der SGVSB-Mitglieder gleich gewesen seien. Vielmehr spricht der Satz vom *Bruttopreinsniveau*. Tatsächlich steht in Rz 971 des Antrags also, das Sekretariat habe nicht gewusst, dass die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch das *Bruttopreinsniveau* gemeinsam festgelegt hatten. Mit dem Niveau ist die Bruttopreissenkung von 10 % bzw. 11 % der Bruttopreise gemeint, welche das Sekretariat unter den Titeln B.5.2.1.8 (Rz 982 ff., B.5.2.1.9(i) 1040 ff.), B.5.2.1.9(ii) (Rz 1095 ff.), Rz B.5.2.1.9(i) (Rz 1148 ff.) nachweist.

2205. Zusammenfassend steht fest: Die Parteien versuchen mit ihren Vorbringen einen unbestrittenen Umstand zu beweisen. Ferner fördern die von ihnen zitierten Beweisstücke keine neuen Tatsachen zutage, welche das Sekretariat nicht bereits beachtet hätte.

(ii) Falschannahme bezüglich Bruttopreissenkung 2005

2206. Sowohl Sabag als auch Sanitas Troesch bringen vor, das Sekretariat behaupte, es habe nichts über die Bruttopreissenkung im Jahr 2005 gewusst, bzw. es habe nichts darüber gewusst, dass die SGVSB-Mitglieder die Bruttopreissenkung 2005 gemeinsam vollzogen hätten.¹⁵²⁹

2207. Diese Vorbringen sind unzutreffend. Das Sekretariat hat keine solchen Behauptungen aufgestellt. Viel-

mehr enthält der Antrag vom 20. Mai 2014¹⁵³⁰ in den Rz 756 f. und Rz 760 f. wörtliche Zitate aus den Schreiben des SGVSB vom 5. Juli 2004¹⁵³¹ und vom 14. Juli 2004.¹⁵³² In den zitierten Passagen teilt der SGVSB dem Sekretariat mit, dass seine Mitglieder gedenken, die Bruttopreise um 10 % zu senken. Das Sekretariat behauptet folglich nicht etwa nichts von der Bruttopreissenkung im Jahr 2005 gewusst zu haben, sondern wirft dem SGVSB vor, den Eindruck erweckt zu haben, die Preisherabsetzung durch Sanitas Troesch auf der einen Seite und den SGVSB-Mitgliedern auf der anderen Seite sei unabhängig voneinander erfolgt (vgl. Act. 640-650, Rz 757, Rz 761 [in der vorliegenden Verfügung Rz 2143, Rz 2150]).

(iii) Konklusion: Keine neuen beweis erheblichen Tatsachen

2208. Es steht somit fest, dass die Vorbringen der Parteien zum Informationsstand des Sekretariats während der Vorabklärung sowohl bezüglich der einheitlichen Bruttopreise der SGVSB-Mitglieder als auch bezüglich der Bruttopreissenkung 2005 auf unzutreffenden Annahmen beruhen. Die Vorbringen verändern den Sachverhaltsablauf nicht und vermögen auch die aufgeführten Beweismittel nicht in Zweifel zu ziehen.

B.6.4 Beweisergebnis

2209. Insgesamt ist damit bewiesen, dass der SGVSB im Jahr 2001 unzutreffende Angaben machte, indem der Verband angab, die Mitglieder könnten «*völlig frei nach ihren unternehmerischen Bedürfnissen die Sortimentierung dieser Kataloge sowie die zu publizierenden Katalogpreise*» festlegen. In Wahrheit bestimmte die Sortimentskommission die einheitliche Sortimentierung und die Bruttopreise (Rz 2125 f.).

2210. Es ist bewiesen, dass Sanitas Troesch gegenüber dem Sekretariat unzutreffende Angaben machte. Sie gab an, die übereinstimmenden Bruttopreise von Sanitas Troesch und den SGVSB-Mitgliedern seien auf die Herstellerpreislisten zurückzuführen. Dabei steht fest, dass Sanitas Troesch und der SGVSB zwischen 1996 und 2001 jährlich das Bruttopreis- und Rabattniveau miteinander koordiniert hatten. Ferner ist es unzutreffend, dass der Wettbewerb sich einzig auf Nettopreisebene abspiele (Rz 2130 ff.).

2211. Es ist bewiesen, dass der SGVSB am 13. Juni 2003 bereits von der kartellrechtlichen Unbedenklichkeit der gemeinsamen Herausgabe der Bruttopreiskataloge ausging und dies seinen Mitgliedern mitteilte, obwohl die Abklärungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission noch nicht abgeschlossen waren (Rz 2133 ff.).

¹⁵²⁹ Act. 1064, Rz 1.

¹⁵³⁰ Act. 640-650.

¹⁵³¹ Act. 529.05.

¹⁵³² Act. 529.06.

2212. Es ist bewiesen, dass die Aussagen des SGVSB-Verbandssekretärs vom 12. Mai 2004 gegenüber einem ehemaligen Vizedirektor des Sekretariats, es werde nicht über Rabatte geredet, nicht zutrafen (vgl. Rz 2136 ff.). Denn es ist bewiesen, dass die SGVSB-Mitglieder miteinander und zusammen mit Sanitas Troesch nicht nur Rabattgruppen festgelegt hatten (B.5.5.4, Rz 1887 ff., B.5.2.1.12, Rz 1184; B.5.2.2, Rz 1211 f.), sondern auch die Bandbreite von Rabatten sowie im Rahmen der Margenfestlegungen indirekt die Rabatthöhe beeinflusst wurde (Rz 885 ff., 892 ff., 947 ff.). Schliesslich legte die Sortimentskommission innerhalb des Verbands bis Ende 2007 die Berechnung der Basisrabatte fest (Rz 1869 ff.).

2213. Es ist bewiesen, dass der SGVSB im Schreiben vom 5. Juli 2004 dem Sekretariat gegenüber unzutreffende und irreführende Angaben machte, indem er den Eindruck erweckte, dass die SGVSB-Mitglieder als Reaktion auf die unabhängige vorangehende Preissenkung von Sanitas Troesch selbständig eine Preissenkung vollziehen wollten. Es ist aber im Gegenteil bewiesen, dass sich Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. seine Mitglieder in Tat und Wahrheit 2003 zusammen besprochen hatten, wie und in welchem Umfang die Marktteilnehmer eine Preissenkung durchsetzen wollten (vgl. B.5.2.1.9(i), Rz 1042 ff.). Die SGVSB-Mitglieder zogen also nicht autonom nach, sondern agierten entsprechend der Abmachung mit Sanitas Troesch. Ferner ist bewiesen, dass der SGVSB am 5. Juli 2004 darüber informiert war, dass er eine Widerspruchsmeldung oder eine Meldung gemäss den Schlussbestimmungen des KG einreichen konnte (Rz 2141 ff.).

2214. Es ist bewiesen, dass der SGVSB mit Schreiben vom 14. Juli 2004 an das Sekretariat der WEKO erneut den Eindruck erwecken wollte, die SGVSB-Mitglieder würden als Reaktion auf die unabhängig vorangehende Preissenkung von Sanitas Troesch selbständig eine Preissenkung vollziehen. Es ist aber im Gegenteil bewiesen, dass sich Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. seine Mitglieder in Tat und Wahrheit 2003 zusammen besprochen hatten, wie und in welchem Umfang die Marktteilnehmer eine Preissenkung durchsetzen wollten (vgl. B.5.2.1.9(i), Rz 1042 ff.). Ferner ist bewiesen, dass die SGVSB-Mitglieder miteinander und zusammen mit Sanitas Troesch – entgegen der im Brief gemachten Angaben – nicht nur Rabattgruppen festgelegt hatten (B.5.5.4, Rz 1887 ff., B.5.2.1.12, Rz 1184; B.5.2.2, Rz 1211 f), sondern auch die konkrete Höhe von Rabatten sowie im Rahmen der Margenfestlegungen indirekt die Rabatthöhe beeinflusst wurde (Rz 885 ff., 892 ff., 947 ff.). Es ist somit erwiesen, dass die Angaben des SGVSB über die Bruttopreissenkung 2005 unzutreffend und irreführend waren.

2215. Es ist bewiesen, dass der SGVSB nach dem 24. März 2005 weder davon ausgehen konnte, er habe eine Meldung im Sinne von Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG oder im Sinne der Schlussbestimmungen eingereicht, noch, dass seine Verhaltensweisen und diejenigen seiner Mitglieder gesetzeskonform seien (Rz 2151 ff.).

2216. Die in den vorangehenden Randziffern 2209 ff. genannten Beweise zeigen, dass der SGVSB gegenüber dem Sekretariat unzutreffende und irreführende Anga-

ben gemacht hatte. Dieses Verhalten war mitverantwortlich für den Inhalt des Schreibens des Sekretariats vom 11. Oktober 2006.

2217. Es ist erwiesen, dass sich der SGVSB aufgrund des Schreibens des Sekretariats der WEKO nicht darauf berufen konnte, er sei gestützt auf die vorbehaltlosen Angaben der Behörden davon ausgegangen, sein Handeln sei gesetzeskonform gewesen. Es ist bewiesen, dass der SGVSB nicht davon ausgehen konnte, das Sekretariat habe mit seinem Schreiben vom 11. Oktober 2006 zugesichert, es sei zulässig, mit Sanitas Troesch die Bruttopreis- und die damit einhergehenden Rabattniveausenkungen zu koordinieren, Rabattgruppen zu entwickeln, Rabattpannbreiten in seinen Beilagen der SGVSB-Artikelverwaltung zu berechnen, innerhalb des SGVSB Margen zu fixieren, Eurokurse festzulegen und die Produktauswahl in den Katalogen für die SGVSB-Mitglieder zu fixieren und weiterhin die Auswahl und Preise seiner kleinsten Mitglieder zu bestimmen.

2218. Es ist erwiesen, dass der SGVSB wusste, dass er gemäss dem Sekretariat der WEKO keine Kataloge mit gemeinsamen, einheitlichen Bruttopreisen mehr herausgeben sollte. Es ist bewiesen, dass er ein auf den 6. Dezember 2006 datiertes Schreiben verfasste, in welchem er

- a. wider besseres Wissen darlegte, eine Meldung gemäss Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG oder der Schlussbestimmungen des Kartellgesetzes eingereicht zu haben,
- b. unzutreffende und irreführende Sachverhaltsangaben machte,
- c. basierend darauf, streitbare rechtliche Folgerungen anstellte,
- d. teils einer rechtlichen Würdigung nicht zugängliche und teils unklare Angaben über das künftige der SGVSB-Mitglieder machte, ohne eine Frage oder einen Antrag zu stellen.

2219. Es ist ebenfalls erwiesen, dass der SGVSB basierend auf den vorgenannten Punkten die Behörde rechtlich binden wollte (Rz 2171 ff.).

2220. Auch die erwiesene Differenzierung der Bruttopreise innerhalb des SGVSB nach Abschluss der Vorabklärung widerspricht der These, dass der SGVSB das Sekretariat der WEKO falsch verstanden haben soll und aus diesem Grund weiterhin Bruttopreiskataloge mit einheitlichen Preisen herausgab.

2221. Wie dieses Beweisergebnis rechtlich zu würdigen ist und welche Rechtsfolgen daraus abzuleiten sind, wird im Rahmen der Ausführungen zur Sanktionierung unter dem Titel der Vorwerfbarkeit (C.5.2.4.1, Rz 2494 ff.) überprüft.

C Erwägungen

C.1 Einleitung

2222. Nachfolgend sind die verschiedenen bewiesenen Vorkommnisse rechtlich zu würdigen. Das Sekretariat prüft konkret, ob die Sachverhaltsabschnitte die Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG und von Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen. Im Anschluss daran prüft es die Tatbestands-

mässigkeit von Art. 49a Abs. 1 KG und damit zusammenhängende Fragen.

C.2 Geltungsbereich

2223. Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes (KG) ist in Art. 2 KG festgelegt und umfasst drei Aspekte: Erstens gibt die Norm an, auf wen das Gesetz Anwendung findet (persönlicher Geltungsbereich), zweitens welche Sachverhalte unter das Gesetz fallen (sachlicher Geltungsbereich) und drittens wo das Kartellgesetz gilt (örtlicher Geltungsbereich). Diese drei Aspekte sind in der Folge der Reihe nach zu prüfen.¹⁵³³

C.2.1 Persönlicher Geltungsbereich

2224. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Unternehmen sind gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

2225. Der vorliegende Sachverhalt umfasst keine öffentlich-rechtliche Unternehmen, weshalb sich die nachfolgenden Betrachtungen auf Unternehmen des privaten Rechts beschränken. Privatrechtliche Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sind sämtliche Wirtschaftsteilnehmer, die dem Zivilgesetzbuch sowie dem Obligationenrecht unterstellt sind. Somit werden vordergründig natürliche Personen, Handelsgesellschaften gemäss OR sowie die Vereine und Stiftungen des ZGB vom Unternehmensbegriff des Kartellgesetzes erfasst.¹⁵³⁴

2226. Der Bundesrat und ein bedeutender Teil der Lehre ergänzen Art. 2 Abs. 1^{bis} KG dahingehend, dass lediglich Marktteilnehmer Unternehmen sind, die *selbständig* als Anbieter oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess teilnehmen.¹⁵³⁵ Dieser Sichtweise folgte die WEKO in ihrer bisherigen Praxis.¹⁵³⁶ Demnach ist zu untersuchen, ob ein Rechtssubjekt einerseits am Wirtschaftsprozess teilnimmt (i) und dabei andererseits als wirtschaftlich selbständige Einheit auftritt (ii).¹⁵³⁷

2227. Es ist unstrittig, dass sämtliche SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch den so gearteten Unternehmensbegriff erfüllen und somit das KG auf sie Anwendung findet. Näher zu prüfen ist die Rechtslage hingegen mit Bezug auf den SGVSB. Zwar fällt der Verband als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB vordergründig in den Geltungsbereich des Gesetzes, doch qualifizierte die WEKO entsprechend den soeben genannten Kriterien in ihrer bisherigen Praxis nicht jeden Verein als Unternehmen im Sinne des KG.¹⁵³⁸ Mit Bezug auf den SGVSB sind die Kriterien (i) und (ii) daher näher zu prüfen.

2228. Die WEKO prüft die Kriterien der Teilnahme am Wirtschaftsprozess und des Auftritts als selbständige wirtschaftliche Einheit auch bei der Beantwortung der Frage, ob ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 2 VKU¹⁵³⁹ durch Gründung oder Kontrollerwerb eines Gemeinschaftsunternehmens vorliegt.¹⁵⁴⁰ Der Einheitlichkeit der Praxis der WEKO willen und zur Vermeidung von Widersprüchen wird die diesbezügliche Rechtsprechung zur Beurteilung der Frage, ob der SGVSB ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG darstellt, analog herangezogen.

2229. Um Missverständnissen zuvorzukommen sei klar gestellt, dass es für die Beantwortung der Frage, ob der SGVSB ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes ist, nicht darauf ankommt, auf welchem Markt der SGVSB tätig ist.

2230. Dennoch sei vorab nochmals auf das Beweisergebnis zur eigenständigen Tätigkeit des SGVSB im Markt für Sanitär-grosshandel hingewiesen:

- Es steht fest, dass sich der SGVSB als Dienstleister für seine Mitglieder wahrnimmt. Seine Dienstleistungen bestehen zu 85 % aus der Stammdatenverwaltung. Um die Stammdaten zu aktualisieren, tritt der Verband selbständig mit den Herstellern in Kontakt, um die Produktdaten und Basispreise zu erheben. Die Hersteller zahlen für die Aufnahme in die Stammdatenverwaltung einen Herstellerbeitrag. Diese Herstellerbeiträge machen zwei Drittel des SGVSB-Umsatzes aus. Der SGVSB erzielt mit der Stammdatenverwaltung Gewinne. Mit anderen Worten werden die Dienstleistungen des SGVSB durch die Hersteller finanziert. Der SGVSB erzielt damit einen von seinen Mitgliedern losgelösten Umsatz und Gewinn und ist von seinen Mitgliedern finanziell unabhängig.
- Es ist bewiesen, dass der SGVSB im Markt benötigte Leistungen (Stammdatenverwaltung und Katalogproduktion) eigenständig erbringt. Die Stammdatenverwaltung und Katalogproduktion müsste sonst von den SGVSB-Mitgliedern selbst oder allenfalls einem beauftragten Drittunternehmen ausgeführt werden. Die Stammdatenverwaltung und Katalogproduktion ist in die Kerntätigkeit der Sanitär-grosshändler eingebunden, da der Kaufentscheid eines Kunden von den in Offerten aufgeführten Katalogpreisen und dadurch der Stammdatenverwaltung abhängt. Die Dienstleistung, welche der Verband anbietet, steht grundsätzlich jedem Marktteilnehmer offen. Damit ist erwiesen, dass der SGVSB eine wirtschaftlich eigenständige Einheit bildet, die auf dem Markt für Sanitär-grosshandel auftritt (Rz 155 ff.).

¹⁵³³ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 533 ff.; BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 2 N 3 ff., 19 ff., N 30 ff. N KG.

¹⁵³⁴ VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 2 N 24.

¹⁵³⁵ BBl 1995 I 533; vgl. auch CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, (Fn 1534), Art. 2 N 22; Jens Lehne, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/ Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 9.

¹⁵³⁶ Grundlegend RPW 2000/2, 172 Rz 26 f., *Association fribourgeoise des écoles de circulation*.

¹⁵³⁷ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, (Fn 1534), Art. 2 N 22; BSK KG-Lehne (Fn 1535), Art. 2 N 9.

¹⁵³⁸ RPW 2012/4, 823, Rz 45, *Vertrieb von Musik*; RPW 2000/2, 172 Rz 26 f., *Association fribourgeoise des écoles de circulation*; vgl. CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, (Fn 1534), Art. 2 N 27.

¹⁵³⁹ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996, SR 251.4.

¹⁵⁴⁰ RPW 2011/2, 283, Rz 3, *Resun Plus AG*.

(i) Teilnahme am Wirtschaftsprozess

2231. In den folgenden Fällen bejahte die WEKO eine Teilnahme eines Gemeinschaftsunternehmens am Wirtschaftsprozess:

- a. Im Fall *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN* trat das geplante Gemeinschaftsunternehmen PPN AG gemäss WEKO als Nachfrager am Markt auf, weil die PPN AG Werbungs- und Vermarktungsdienstleistungen anbiete und im eigenen Namen und auf eigene Rechnung aufträte. Ferner verfüge das Unternehmen über einen eigenen Marktzugang und eine eigene Marktpräsenz und erbringe nicht nur eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Gründerunternehmen.¹⁵⁴¹
- b. Beim Zusammenschlussvorhaben *Galenica/Fresenius Medical Care* sollte das geplante Gemeinschaftsunternehmen für sämtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Forschung, Entwicklung und dem Vertrieb eines Phosphatbinders weltweit verantwortlich sein. Darin eingeschlossen sollten die Durchführung klinischer Studien, die weltweite Registrierung, die globale Vermarktung und der Vertrieb sowie die Weiterentwicklung des Produktes sein. Damit trete das Gemeinschaftsunternehmen als Anbieter auf dem Markt auf.¹⁵⁴²
- c. Die WEKO entschied, dass die EMI Music Publishing auch nach dem gemeinsamen Erwerb durch *Sony/Mubadala* eigenständig am Markt aufträte. Entscheidend war, dass die gemeinsam erworbene EMI Music Publishing das Musikverlagsgeschäft auch nach dem Erwerb selbständig weiterführen würde.¹⁵⁴³
- d. Das Gemeinschaftsunternehmen der *Schweizerischen Post/La Poste* ist gemäss WEKO daher als Anbieter am Markt tätig, da es weltweit direkten Zugang zu seinen Kunden haben werde und seine grenzüberschreitenden Dienstleistungen unter einer eigenen Marke erbringen werde. Gleichzeitig erbringe das Unternehmen spezifische Dienstleistungen für die Muttergesellschaften.¹⁵⁴⁴
- e. Im Fall *BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.* trat das Gemeinschaftsunternehmens Amylin gemäss WEKO als Anbieterin am Markt auf, da es Arzneimittel produzierte und vertrieb.¹⁵⁴⁵

2232. Vorliegend steht fest, dass der SGVSB als Verein im Sinne von Art. 60 ZGB eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Der Verband verwaltet für seine Mitglieder Stammdaten im beschriebenen Umfang und leitete diese Daten zur Katalogproduktion weiter (B.3.1.5, Rz 155 ff.). Ferner unterhält der Verband eine Website, auf welcher die Mitgliederkataloge abgebildet waren. Die Website enthielt zudem Verlinkungen zu den Ausstellungen seiner Mitglieder und zu den Produkten verschiedener Hersteller. Diese Dienstleistungen standen grundsätzlich denjenigen Sanitär-grosshändlern offen, welche dem Verband beitreten wollten.

2233. Der Verband erbringt nicht nur Dienstleistungen für seine Mitglieder, sondern auch für die Hersteller. Denn einerseits erlaubt der Katalog in Papierform oder

online dem Endkunden eine Vorauswahl der ihn interessierenden Produkte zu treffen und andererseits erstellen die Sanitär-grosshändler ihre Offerten basierend auf diesen Stammdaten. Der Kaufentscheid eines Endkunden hängt somit wesentlich von den Katalogen und den damit zusammenhängenden ständig aktualisierten Stammdaten ab. Ferner weist der Verband auf seiner Website auf die verschiedenen Hersteller hin und stellte die Links zu deren Verkaufsseiten bereit. Von der vom Verband erbrachten Dienstleistung profitieren also auch die Hersteller, deren Produkte die Stammdaten und Kataloge aufgenommen wurden.

2234. Insgesamt erbringt der SGVSB somit Dienstleistungen, welche nicht nur seinen Mitgliedern offenstehen, sondern auch verschiedenen Herstellern. Ferner steht das Dienstleistungsangebot jedem Grosshändler offen, der dem Verband beitreten wollte. Vor dem Hintergrund der oben genannten Rechtsprechung kann davon ausgegangen werden, dass der SGVSB am Wirtschaftsprozess teilnimmt.¹⁵⁴⁶

(ii) Auftritt als selbständige wirtschaftliche Einheit

2235. Es fragt sich weiter, ob der SGVSB als selbständige wirtschaftliche Einheit am Markt auftritt. Gemäss Rechtsprechung der WEKO bedeutet das Erfordernis nicht, dass das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Entscheidungen selbständig treffen können muss. Das Vollfunktionskriterium liegt in der Selbständigkeit des Gemeinschaftsunternehmens in operativer/funktionaler Hinsicht.¹⁵⁴⁷

2236. In den folgenden Fällen betrachtete die WEKO die wirtschaftliche Selbständigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens als erwiesen:

- a. Im Fall *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa* war das Gemeinschaftsunternehmen in der Lage, eine eigenständige Geschäftspolitik zu verfolgen. Sämtliche Verträge zwischen Muttergesellschaften und Gemeinschaftsunternehmen sollten nach dem Fremdvergleichsgrundsatz abgeschlossen werden. Das operative Geschäft wurde durch ein eigenes Management besorgt. Ferner war der Verwaltungsratspräsident

¹⁵⁴¹ RPW 2012/1, 149, Rz 40, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹⁵⁴² RPW 2011/4, 658, Rz 33, *Galenica/Fresenius Medical Care*.

¹⁵⁴³ RPW 2012/2, 428, Rz 22 f., *Sony/Mubadala – EMI MP*.

¹⁵⁴⁴ RPW 2012/4, 867, Rz 32 ff., *Schweizerische Post/La Poste*.

¹⁵⁴⁵ RPW 2013/1, 107, Rz 18 f., *BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.*

¹⁵⁴⁶ Ein Teil der Lehre will als Teilnahme am Wirtschaftsprozess nicht nur den tatsächlichen, freiwilligen Leistungsaustausch am Markt verstehen, sondern auch die entsprechende Vorbereitung und Hinwirkung. Die Unternehmenseigenschaft kann bereits aufgrund eines einzelnen Marktauftrittes bestehen; vgl. SOPHIE HENCKEL/PATRICK L. KRAUSKOPF, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 2006, 740-751, 744 f.

¹⁵⁴⁷ RPW 2012/4, 867, Rz 36, *Schweizer Post/La Poste*; RPW 2012/1, 149, Rz 42, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; Vgl. auch Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008/C 95/01, Rz 93 unter Bezugnahme auf EuG, T-282/02, *Cementbouw/Kommission*, Slg. 2006 II-319, Rz 62; übernommen von MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 Rz 316.

unabhängig von den Muttergesellschaften. Schliesslich verfügte das Unternehmen über genügend betriebliche und finanzielle Ressourcen sowie eigene Nutzungslizenzen und eine eigene IT-Struktur.¹⁵⁴⁸

- b. Ähnlich qualifizierte die WEKO die wirtschaftliche Selbständigkeit des Gemeinschaftsunternehmens *FluxSwiss* im Zusammenschlussvorhaben *GIM/Fluxys/Swissgas/FluxSwiss/Tansitgas*. Das Unternehmen verfolge eine eigenständige Geschäftspolitik, da die Muttergesellschaften nicht im relevanten Markt tätig seien.¹⁵⁴⁹
- c. In den beiden Zusammenschlussvorhaben *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*¹⁵⁵⁰ und *Schweizerischen Post/La Poste* qualifizierte die WEKO ein Gemeinschaftsunternehmen dann als selbständige wirtschaftliche Einheit, wenn es in operativer und funktionaler Hinsicht selbständig sei. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Selbständigkeit spiele es keine Rolle, wenn das Gemeinschaftsunternehmen nicht sämtliche Entscheidungen selbständig treffen könne.¹⁵⁵¹

2237. Es steht fest, dass der SGVSB eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgt, indem er Dienstleistungen erbringt, welche gemäss seinem Leitbild die Geschäftstätigkeiten seiner Mitglieder «unterstützen, ergänzen oder ersetzen» (vgl. Rz 97). Er erbrachte also Dienstleistungen, die seine Mitglieder nachfragten und nicht selber erbrachten. Hätte der SGVSB die Dienstleistung nicht erbracht, hätten seine Mitglieder eine eigene Geschäftseinheit dafür errichten müssen oder ein Drittunternehmen mit der Dienstleistung beauftragen müssen. Der SGVSB führt eine zentrale Datenbank, welche nicht nur sämtliche Produkte enthält, die in den Online- und Papierkatalogen seiner Mitglieder figurieren, sondern auch weitere Produkte derselben Hersteller. Zudem unterhält der Verband eine Website, die seinen Mitgliedern als Werbepattform dient. Der SGVSB erbringt also von seinen Mitgliedern operational und funktional unterschiedliche Dienstleistungen und ist daher eine selbständige wirtschaftliche Einheit im Sinne der genannten Rechtsprechung der WEKO.¹⁵⁵²

(iii) Weitere Kriterien

2238. Zur Beurteilung des Vollfunktionscharakters eines Gemeinschaftsunternehmens verwendet die WEKO noch weitere Kriterien wie die Dauer, ein eigenes Management für das Tagesgeschäft, ausreichende Ressourcen, wie eigenes Personal und finanzielle Mittel, und materielle sowie immaterielle Vermögenswerte.¹⁵⁵³ Da bereits aufgrund der vorstehenden Kriterien (i) und (ii) feststeht, dass der Verband ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG ist, brauchen diese Kriterien streng genommen nicht mehr geprüft zu werden. Insbesondere wird damit nicht beurteilt, ob der SGVSB ein Gemeinschaftsunternehmen mit Vollfunktionscharakter ist. Dennoch verdeutlicht der Hinweis auf die nachfolgenden Kriterien zusätzlich, dass der SGVSB ein Unternehmen im Sinne des Art. 2 KG ist.

2239. Es steht fest, dass der SGVSB seit über 100 Jahren besteht und die Dienstleistung im Zusammenhang mit der Stammdatenverwaltung und Katalogproduktion

bereits seit den 90er Jahren anbietet. Die Tätigkeit ist also auf Dauer angelegt. Der Verband verfügt zudem mit dem Sekretär über ein statutarisch vorgesehenes Management, dem die Geschäftsführung des Verbands obliegt (Art. 29 Statuten).¹⁵⁵⁴ Auch der Präsident des Verbands arbeitet bereits seit Beginn des vorliegenden Verfahrens nicht mehr gleichzeitig für die Richner (CRH). Der Geschäftsführung ist zudem ein administratives Sekretariat unterstellt und eine Datenmanagementstelle in Thun. Die dortigen Mitarbeiter erledigen die Verbandsaufgaben vollzeitleich. Insgesamt verfügt der Verband über rund 700-800 Stellenprozent. Dem Verband stehen zudem finanzielle Mittel zur Verfügung. Gemäss Art. 33 der Verbandsstatuten stehen ihm Einnahmen aus Lieferantenbeiträgen, Erträge aus dem Verbandsvermögen, jährlichen Mitgliederbeiträge, jährlichen Dienstleistungsentschädigungen der Mitglieder und Beiträge zur Erfüllung besonderer Aufgaben zur Verfügung. Zwei Drittel seiner Umsätze erwirtschaftet der SGVSB mit Beiträgen von Herstellern (Rz 151).¹⁵⁵⁵ Gemäss EU-Praxis, an der sich die schweizerische Praxis orientiert,¹⁵⁵⁶ ist der Umstand, dass ein Gemeinschaftsunternehmen mehr als die Hälfte seines Umsatzes mit Dritten erzielt, typischerweise ein Indiz für dessen Vollfunktion,¹⁵⁵⁷ was im vorliegenden Zusammenhang zugleich ein Indiz für die Unternehmenseigenschaft im Sinne von Art. 2 KG ist.

¹⁵⁴⁸ RPW 2013/4, 665, Rz 33 f., *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

¹⁵⁴⁹ RPW 2012/3, 697, Rz 42 f., *GIM/Fluxys/Swiss-gas/FluxSwiss/Tansitgas*.

¹⁵⁵⁰ RPW 2012/1, 149, Rz 40, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹⁵⁵¹ RPW 2012/4, 867, Rz 36, *Schweizerische Post/La Poste*; RPW 2012/1, 149, Rz 42, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹⁵⁵² Dieser Schluss stimmt auch mit der Praxis der WEKO in Sachen *Resun Plus AG* überein. Die WEKO qualifizierte damals die *Resun Plus AG* nicht als selbständige wirtschaftliche Einheit, da sie zwar als Nachfragerin von Planungs- und Projektierungsdienstleistungen (bzw. Generalunternehmerleistungen im Bereich Kernkraftwerke) auf den entsprechenden Beschaffungsmärkten auftrat, hingegen nicht als Anbieterin von Produkten/Dienstleistungen. Sie erbrachte ihre Leistungen zudem ausschliesslich für die beteiligten Partner und hatte auch nicht vor, die Leistungen für Dritte zu erbringen, RPW 2011/2, 284, Rz 7, *Resun Plus AG*.

Die wirtschaftliche Tätigkeit des SGVSB unterscheidet sich grundlegend von derjenigen der *Resun Plus AG*. Der SGVSB tritt erstens als Anbieter und nicht als Nachfrager am Markt auf. Zweitens erbringt er seine Dienstleistung nicht lediglich für einen von vornherein geschlossenen Kreis von Beteiligten. Nebst den bereits im Verband vertretenen Grosshändler können grundsätzlich alle Sanitär-grosshändler dem SGVSB beitreten und auf diese Weise von den Dienstleistungen profitieren (vgl. etwa die Ausführungen in Act. 358, Vorstandsprotokoll 4/2002, 329; ferner trat dem Verband seit Verfahrensbeginn ein zusätzliches Unternehmen bei). Ferner erbringt der SGVSB seine Dienstleistungen auch für die Hersteller, wobei seine Dienstleistung auch hier grundsätzlich jedem offensteht, der ein Interesse bekundet in den Katalog aufgenommen zu werden.

¹⁵⁵³ RPW 2012/1, 149, Rz 38, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹⁵⁵⁴ Act. 372.40.

¹⁵⁵⁵ Act. 381, Antworten auf Fragen 5 und 6.

¹⁵⁵⁶ RPW 2011/2, 283, Rz 5 f., *Resun Plus AG*.

¹⁵⁵⁷ Vgl. auch Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008/C 95/01, Rz 98.

(iv) Rechtsvergleich mit der EU

2240. In der Rechtsache C-194/14 P AC *Treuhand/Europäische Kommission*¹⁵⁵⁸ entscheidet der EuGH, dass ein in der Schweiz ansässiges Beratungsunternehmen wegen seiner aktiven Beteiligung an der Durchführung oder Überwachung eines Kartells in voller Kenntnis der Sachlage gegen den heutigen Art. 101 AEUV verstossen habe und daher zu Recht sanktioniert worden sei.

2241. Die AC Treuhand hatte mehrere Zusammenkünfte zwischen Herstellern – welche Mitglied eines Kartells waren – organisiert, bei denen sie anwesend war und sich aktiv beteiligte, indem sie Liefermengen der betreffenden Güter erfasste und den betreffenden Herstellern zur Verfügung stellte. Sie hatte gegen Vergütung angeboten, bei Spannungen zwischen diesen Herstellern als Moderator aufzutreten. Die AC Treuhand ermutigte die Hersteller ferner zu Kompromissen.¹⁵⁵⁹

2242. Gemäss Gerichtshof bezieht sich der Wortlaut des heutigen Art. 101 AEUV auf alle Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, die – sei es in horizontalen oder vertikalen Beziehungen – den Wettbewerb im gemeinsamen Markt verfälschen. Darin bezieht er auch Parteien mit ein, die nicht im selben Markt tätig sind wie die Parteien der Vereinbarung und unabhängig davon, dass nur das Geschäftsverhalten einer der Parteien durch die Vereinbarungen betroffen war.¹⁵⁶⁰

2243. Im vorliegenden Fall nimmt der SGVSB nicht nur selbst als selbständige wirtschaftliche Einheit am Wirtschaftsprozess teil, im Unterschied zum AC Treuhand-Fall erbringt der Verband selbst auch Dienstleistungen, welche Teil der Kerntätigkeiten des relevanten Marktes sind. Die Tätigkeit des Verbands geht über eine blosser Beratungstätigkeit hinaus. Die rechtsvergleichende Optik unterstützt folglich nicht nur das Auslegungsergebnis, wonach der SGVSB ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes ist, sondern widerspricht auch der Auslegung nicht, dass er gegebenenfalls Teil einer Vereinbarung ist.

(v) Konklusion

2244. Abschliessend steht somit fest, dass der SGVSB ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ist, was der neuesten Praxis der WEKO in Sachen *Vertrieb von Musik*¹⁵⁶¹ und *Abrede im Speditionsbereich*¹⁵⁶² entspricht, wo die Branchenverbände *International Federation of the Phonographic Industry Schweiz (IFPI Schweiz)* und *Spedlogswiss* als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG qualifiziert wurden.

C.2.2 Sachlicher und örtlicher Geltungsbereich

2245. Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes erstreckt sich u.a. auf Kartell- und Wettbewerbsabreden (Art. 2 Abs. 1 KG). Von dieser Umschreibung werden sämtliche Formen privat veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen erfasst.¹⁵⁶³ Nicht von Belang ist, ob eine horizontale oder vertikale, verbindliche oder unverbindliche Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen vorliegt. Entscheidend ist hingegen, dass mehrere Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen zusammenwirken, um sich oder andere hinsichtlich der Ausübung oder der

Aufnahme des Wettbewerbs zu beschränken. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG gesetzlich definiert und deren Vorliegen nachfolgend unter dem Titel C.4.2 (Rz. 2252 ff.) überprüft.

2246. Hinsichtlich des örtlichen und zeitlichen Geltungsbereichs sind vorliegend keine weitergehenden Ausführungen notwendig. Es sei lediglich angemerkt, dass beim Vorliegen von sanktionierbaren Tatbeständen aufgrund des Rückwirkungsverbotes lediglich Sachverhalte ab dem 1. April 2004 erfasst werden.¹⁵⁶⁴

C.3 Vorbehaltene Vorschriften

2247. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

2248. Mit Bezug auf die hier in Frage stehenden Märkte gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

C.4 Unzulässige Wettbewerbsabreden über die Festsetzung von Preisen

C.4.1 Ablauf der Zulässigkeitsprüfung

2249. Aufgrund der Systematik des Kartellgesetzes muss die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Sachverhalts in drei Schritten überprüft werden. Zuerst muss abgeklärt werden, ob überhaupt eine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes (Art. 4 Abs. 1 KG) vorliegt (C.4.2, Rz 2250 ff.). Damit ist die Frage, ob diese Abrede zulässig ist, noch nicht beantwortet.¹⁵⁶⁵ In einem zweiten Schritt wird daher geprüft, ob die beschriebenen Sachverhalte einem Abredetyp im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. a bzw. c KG entsprechen (C.4.3, Rz 2287 ff.),¹⁵⁶⁶ dessen Auswirkungen erheblich im Sinne des Gesetzes sind (C.4.4, Rz 2321 ff.). Drittens wird geprüft, ob Rechtfertigungsgründe bestehen (C.4.5, Rz 2449 ff.).

¹⁵⁵⁸ EuGH Rs. C-194/14 P AC *Treuhand/Europäische Kommission*, ECLI:EU:C:2015:717.

¹⁵⁵⁹ EuGH Rs. C-194/14 P AC *Treuhand/Europäische Kommission*, ECLI:EU:C:2015:717, Rz 7, 37 f.

¹⁵⁶⁰ EuGH Rs. C-194/14 P AC *Treuhand/Europäische Kommission*, ECLI:EU:C:2015:717, Rz 35, Rz 46.

¹⁵⁶¹ RPW 2012/4, 823, Rz 44 ff., *Vertrieb von Musik*.

¹⁵⁶² RPW 2013/2, 153, Rz 66, *Abrede im Speditionsbereich*.

¹⁵⁶³ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., zit. nach dem Sonderdruck, 80 f., 534; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz 244 ff.

¹⁵⁶⁴ Vgl. etwa RPW 2006/4, 659, *Unique*.

¹⁵⁶⁵ Vgl. statt vieler THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Amstutz/Reinert (Hrsg.), Art. 4 N 41.

¹⁵⁶⁶ Vgl. WALTER STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 57 ff., 58.

C.4.2 Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

2250. Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erstens rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche zweitens zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen abgeschlossen wurden (vgl. C.4.2.1). Drittens müssen so geartete Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. C.4.2.2). Wie anschliessend dargelegt wird, erfüllt eine Grosszahl der im Sachverhaltsteil bewiesenen Ereignisse den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG.

2251. Bei der Schaffung des Kartellgesetzes wurde vom Gesetzgeber Wert auf dessen Europarechtsverträglichkeit gelegt.¹⁵⁶⁷ Art. 4 KG entspricht denn auch zu weiten Teilen Art. 101 AEUV.¹⁵⁶⁸ So entsprechen sich die Elemente der Teilnehmer an der Abrede (Unternehmen), der Formen der Abreden (Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweisen) und die Folgen der Abrede (eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken).¹⁵⁶⁹ Diesbezüglich kann daher auch die europäische Rechtsprechung und Lehre zur Begründung herangezogen werden.¹⁵⁷⁰

C.4.2.1 Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen

2252. Unter den Begriff der Wettbewerbsabreden fallen gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sowohl Vereinbarungen als auch abgestimmte Verhaltensweisen.¹⁵⁷¹ Wie Art. 4 Abs. 1 KG klarstellt, spielt es für die rechtliche Qualifikation eines Sachverhalts als Vereinbarung (Wettbewerbsabrede) keine Rolle, ob diese rechtlich erzwingbar ist. Das heisst, die rechtliche Form, welche die Parteien ihrem Verhalten zu Grunde legen, spielt keine Rolle für dessen rechtliche Qualifikation als Wettbewerbsabrede.¹⁵⁷² Konkret bedeutet dies gemäss Botschaft, dass keine formelle vertragliche Grundlage über das Wettbewerbsverhalten bestehen muss, auch ein *Gentlemen's Agreement* oder ein sog. *Frühstückskartell* sind Wettbewerbsabreden.¹⁵⁷³ In der Lehre und Praxis werden informelle Verträge, Statuten, rechtliche nicht zwingenden Übereinkommen, unter Umständen auch Empfehlungen, abgestimmte Verhalten und Verbandsbeschlüsse als Wettbewerbsabreden qualifiziert.¹⁵⁷⁴

2253. Da die juristische Form bei der Qualifikation eines Sachverhaltes als Abrede keine Rolle spielt, ist gemäss Botschaft das entscheidende Tatbestandsmerkmal, das *«bewusste und gewollte Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen. Beim sich allenfalls aus einer bestimmten Marktstruktur (Oligopol) ergebenden spontan gleichförmigen Verhalten fehlt es an einem solchen bewussten und gewollten Zusammenwirken.»*¹⁵⁷⁵

2254. Art. 4 KG unterscheidet drei Formen von Abreden: a) rechtlich zwingende Vereinbarungen, b) rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie c) abgestimmte Verhaltensweisen. Rechtlich erzwingbaren und nicht erzwingbaren Vereinbarungen ist gemein, dass sie zustande kommen, wenn die Parteien ihren übereinstimmenden Willen zum Ausdruck bringen, sich daran zu halten. Der übereinstimmende Wille kann ausdrücklich

(schriftlich oder mündlich) oder auch stillschweigend durch konkludentes Verhalten erklärt werden.¹⁵⁷⁶

a) Rechtlich erzwingbare Vereinbarung

2255. Rechtliche erzwingbar sind Vereinbarungen, für deren Nichteinhaltung eine Sanktion vorgesehen ist, wobei die Sanktion z.B. in einer Verwarnung, einer Busse oder im Ausschluss aus einem Verband liegen kann.¹⁵⁷⁷ Rechtlich erzwingbare Vereinbarungen können einmal die Form eines Vertrages im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR annehmen (wobei dahingestellt bleiben kann, ob ein solcher Vertrag gemäss Art. 20 OR nichtig wäre,¹⁵⁷⁸ zumal die gerichtliche Durchsetzbarkeit für die Qualifikation eines Sachverhalts als Wettbewerbsabrede

¹⁵⁶⁷ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995, 495: *«Dem Vorentwurf wurde in zahlreichen Vernehmlassungen attestiert, dass das Postulat der Europaverträglichkeit weitgehend verwirklicht werden konnte.»* Das Bundesgericht übersah dies in seinem Urteil 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011, E.4.3.2., wonach in der Botschaft «in den grundsätzlichen Bemerkungen zum Gesetzesentwurf [...] das Ziel der EU-Kompatibilität nicht genannt» werde. Das genannte Zitat zur Europaverträglichkeit befindet sich zwei Seiten vor den «grundsätzlichen Bemerkungen», die vom Bundesgericht zitiert werden; RPW 2011/4, 586, Rz 410 und Fn 394, ASCOPA.

¹⁵⁶⁸ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012, 47 ff.

¹⁵⁶⁹ MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 4 N 22; vgl. auch RPW 2011/4, 586, Rz 410, ASCOPA.

¹⁵⁷⁰ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. IV.5., inbes. Rz 172, *Swisscom AG/WEKO*; ROLAND KÖCHLI/PHILIP M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 4 N 22 f.; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 4 N 26 ff.; Jürg Borer, Kartellgesetz, 2011, Art. 4 N 5.

¹⁵⁷¹ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 192, E. 6.1, *Betonsan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2003/4, 897, E. 4.1, *Fahrlehrer im Kanton Graubünden*.

¹⁵⁷² CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 N 22; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1565), Art. 4 N 81; BORER (Fn 1570), Art. 4 N 7; RICHARD WISH/DAVID BAILEY, Competition Law, 2012, 99; VIVIAN ROSE/PETER ROTH, in: Bellamy/Child, European Community Law of Competition, Rose/Roth (Hrsg.), 2008, 108 N 2.023, N 2038; HERMANN JOSEF BUNTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 2010, Art. 81 N 22.

¹⁵⁷³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 22. November 1994, BBl. 1995 I 545; zum Begriff des *Gentlemen's Agreement* vgl. Rose/Roth (Fn 1572), 108 N 2.023 und dort angegebene Rechtsprechung des EuG.

¹⁵⁷⁴ SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 5; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 N 22; bezüglich Verbandsbeschlüssen RPW 2011/4, 583, Rz 385 ff., ASCOPA.

¹⁵⁷⁵ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 22. November 1994, BBl. 1995 I 545; vgl. auch CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 N 21.

¹⁵⁷⁶ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1565), Art. 4 N 83; Bunte (Fn 1572), Art. 81 N 19-21.

¹⁵⁷⁷ BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 4 N 33; ROLAND KÖCHLI/PHILIP M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 4 N 6 f.; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Amstutz/Reinert (Hrsg.), Art. 4 N 83.

¹⁵⁷⁸ Vgl. dazu Urteil des BGer 4A_16/2008 vom 12.6.2008, RPW 2008/3, 536 f. E. 2, *Almonte SA/Air Mercury AG*.

keine Rolle spielt). Ferner können sie im Rahmen einer Gesellschaft zustande kommen, wie z.B. durch Statuten, Reglemente, Beschlüsse oder Gesellschaftsverträge.¹⁵⁷⁹

2256. Als rechtlich erzwingbare Vereinbarungen wurden etwa folgende Sachverhalte qualifiziert:

- i. Die Bestimmungen der Sektionsstatuten des *Schweizerischen Verbands der Immobilien Treuhänder (SVIT)* und der *Union Suisse des professionnels de l'immobilier (USPI)*. Gemäss diesen Statuten konnte die Nichteinhaltung der Honorarordnung mit dem Ausschluss aus dem Verband sanktioniert werden.¹⁵⁸⁰
- ii. Die Klausel in einem Händlervertrag, BMW- und MINI-Neufahrzeuge aus dem EWR nicht an Abnehmer (Händler, unabhängige Vermittler und Endkunden) in der Schweiz zu liefern. Die vertragliche Verpflichtung von BMW-Händlern in der Schweiz, keine Importe aus dem Ausland zu tätigen, sondern nur Fahrzeuge bei BMW Schweiz zu beziehen.¹⁵⁸¹
- iii. Ein Vertrag zwischen der SLNC, Fiber to the Home Fribourg (FTTH FR) und Swisscom, der den Verkauf von exklusiven Nutzungsrechten an Gebäudefasern an Swisscom und FTTH FR regelt. Auf diese Weise wurden andere Wettbewerber vom Angebot der SLNC ausgeschlossen.¹⁵⁸²

b) Rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung

2257. Bei rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarungen (Gentlemen's Agreement, Frühstückskartell¹⁵⁸³) wollen die Parteien sich zwar verpflichten, hingegen kann der Verstoss gegen diese Vereinbarung nicht mit Hilfe einer Sanktion durchgesetzt werden.¹⁵⁸⁴ Es besteht keine rechtliche Pflicht, hingegen möglicherweise eine moralische oder sittliche Pflicht zur Einhaltung der Vereinbarung.¹⁵⁸⁵

2258. Die folgenden Sachverhalte wurden in der Rechtsprechung als rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen beurteilt:

- i. Die scheinbar unverbindlichen Preisempfehlungen des „*Verbands Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR)*“, dessen Einhaltung der VTR durch Druckausübung sicherstellte.¹⁵⁸⁶
- ii. Die im Rahmen der «*Association des Médecins du canton de Genève (AMG)*» ausgearbeitete Tarifempfehlung für Verbandsmitglieder.¹⁵⁸⁷

c) Abgestimmtes Verhalten

2259. Wie bereits erwähnt, gelten nicht nur Vereinbarungen, sondern auch abgestimmte Verhaltensweisen als Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Der Gesetzgeber verdeutlicht damit, dass die beteiligten Unternehmen ihr Marktverhalten nicht ausdrücklich vereinbaren müssen, um sich abzustimmen.¹⁵⁸⁸ Beim abgestimmten Verhalten koordinieren sich die beteiligten Unternehmen, ohne einen Vertrag im eigentlichen Sinne abzuschliessen, hingegen ersetzen sie den mit Risiken verbundenen Wettbewerb bewusst durch eine praktische Zusammenarbeit.¹⁵⁸⁹

2260. Das abgestimmte Verhalten ergibt sich daraus, dass die beteiligten Unternehmen ihr wettbewerbsrelevantes Verhalten in irgendeiner Form aufeinander abstimmen und bewusst und gewollt zusammenwirken.¹⁵⁹⁰ Dies bedingt ein Mindestmass an Koordination der unternehmerischen Pläne, wozu sich die Beteiligten in beliebiger Form miteinander verständigen.¹⁵⁹¹ Vorausgesetzt ist mit anderen Worten, dass bestimmte Kommunikationselemente bestehen bzw. ein bestimmtes Mass an Kontakten zwischen den Wettbewerbern, um sich dem antizipierten Marktverhalten der anderen anzupassen.¹⁵⁹²

2261. Das abgestimmte Verhalten ist vom zulässigen Parallelverhalten abzugrenzen,¹⁵⁹³ welches nicht vom Abredobegriff des Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird. Ein solch zulässiges Parallelverhalten liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren.¹⁵⁹⁴

¹⁵⁷⁹ SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 33; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1565), Art. 4 N 85 ff.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 N 30 ff.

¹⁵⁸⁰ RPW 1998/2, 192, Rz 17, SVIT-Honorarrichtlinien.

¹⁵⁸¹ RPW 2012/3, 549, Rz 86 ff., BMW.

¹⁵⁸² RPW 2012/2, 174, Rz 40, FTTH Freiburg, vgl. zudem die weiteren dort erwähnten Verträge, Rz 47 ff.

¹⁵⁸³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 22. November 1994, BBl. 1995 I 545.

¹⁵⁸⁴ SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in: Homburger et al., Art. 4 N 34; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 8.

¹⁵⁸⁵ SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in: Homburger et al., Art. 4 N 34; ROSE/ROTH (Fn 1572), 108 N 2.023; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1565), Art. 4 Abs. 1 N 94; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 30.

¹⁵⁸⁶ RPW 2006/4, 593, Rz 25 f., *Tarif des Verbands Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR)*.

¹⁵⁸⁷ RPW 2003/2, 269, Rz 16, *Tarifcation des honoraires des médecins genevois en matière des soins privés*.

¹⁵⁸⁸ BORER (Fn 1570), Art. 4 N 12.

¹⁵⁸⁹ Vgl. zuletzt Urteil des EuG vom 17. Mai 2013 T-154/09 *Manuli Rubber Industries SpA*, Rz 160; ferner die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes: EuGH C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV*, Slg. 2009 I-4529 Rz 26; EuGH C-199/92 *P Hüls AG*, Slg. 1999 I-04287 Rz 158; EuGH C-49/92 *P Anic Partecipazioni SpA*, Slg. 1999 I-04125 Rz 115; EuGH verb. Rs. C-89/85 et al. *Ahlström*, Slg. 1993 I-00111 Rz 63; EuGH verb. Rs 40-48/73 et al. *Suiker Unie* Slg. 1975 01663 Rz 26/28; BORER (Fn 1570), Art. 4 N 13; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1565), Art. 4 Abs. 1 N 101.

¹⁵⁹⁰ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 22. November 1994, BBl. 1995 I 545; RPW/DPC 2002/1, 81 Rz 16, *Benzinmarkt Schweiz* (Zeitraum 1993-2000); SCHMIDHAUSER (Fn), in: Homburger et al., Art. 4 N 44; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 I N 32.

¹⁵⁹¹ Urteil des BVGer B 8404/2010 vom 23. September 2014, E. 5.3.7.2., *SFS/Unimarket AG/WEKO* (nicht rechtskräftig); BORER (Fn 1570), Art. 4 N 13.

¹⁵⁹² Urteil des BVGer B 8404/2010 vom 23. September 2014, E. 5.3.7.3., *SFS/Unimarket AG/WEKO* (nicht rechtskräftig); RPW 2002/1, 81, Rz 16, *Benzinmarkt Schweiz* (Zeitraum 1993-2000); RPW 2012/4, 788, Fussnote 76, *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*.

¹⁵⁹³ ROSE/ROTH (Fn 1572), 120 N 2.038.

¹⁵⁹⁴ BGE 129 II 18, 26, E. 6.3; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 22. November 1994, BBl. 1995 I 545.

oder sich wechselseitig nachahmen.¹⁵⁹⁵ Die Unternehmen reagieren also ausschliesslich mit gleichförmigem Verhalten aufgrund von Faktoren, welche die im relevanten Markt tätigen Unternehmen nicht beeinflussen können.¹⁵⁹⁶ Entscheidend ist also, dass sie sich aufgrund von exogenen Faktoren parallel verhalten und nicht planmässig aufgrund von ausgetauschten Marktinformationen.¹⁵⁹⁷

2262. Zur Klarstellung zum zuletzt Gesagten sei beigelegt, dass das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise nicht vom Nachweis eines eigentlichen Plans abhängt.¹⁵⁹⁸ Im Gegensatz zum erlaubten Parallelverhalten handeln die Konkurrenten im Rahmen einer abgestimmten Verhaltensweise nicht mehr selbstständig. Gemäss konstanter Rechtsprechung des EuGH beraubt das Postulat der Selbständigkeit die Unternehmen zwar nicht des Rechts, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen. Hingegen steht es streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder diesen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das zu zeigen man entschlossen ist oder in Erwägung zieht.¹⁵⁹⁹ Ein abgestimmtes Verhalten setzt also die stillschweigende Erwartung eines Unternehmens voraus, dass die anderen Marktteilnehmer dem eigenen Verhalten folgen und diese in Kenntnis der Erwartung eben dieser Erwartung folgen.¹⁶⁰⁰ Es kann etwa darin bestehen, dass ein Unternehmen dem anderen die geplante Erhöhung oder Herabsetzung seiner Preise kommuniziert.¹⁶⁰¹ Laut Europäischem Gericht genügt der Umstand, dass ein Unternehmen seinem Wettbewerber zur Vorbereitung einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung Auskünfte erteilt als Beweis für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise.¹⁶⁰² Gemäss Praxis der WEKO kann zudem die Existenz eines ehemaligen kollusiven Verhaltens ein kooperationsfördernder Faktor für ein späteres kollusives Verhalten sein.¹⁶⁰³

2263. In der schweizerischen Praxis wurden folgende Sachverhalte als horizontale abgestimmte Verhalten qualifiziert:

- i. Im Schlussbericht *Maestro Fallback Interchange Fee* qualifizierte das Sekretariat die von Mastercard geplante Einführung einer *Default Intracountry Fee* (DIF) als abgestimmtes Verhalten. Die DIF war eine Gebühr pro Transaktion, welche ein *Acquirer*¹⁶⁰⁴ dem *Issuer*¹⁶⁰⁵ einer Karte zu bezahlen hatte. Die DIF stellte daher ein abgestimmtes Verhalten dar, da *Issuer* und *Acquirer* die DIF anwendeten und wussten, dass sich sämtliche anderen *Issuer* und *Acquirer* gleich verhalten würden.¹⁶⁰⁶ Zum selben Resultat gelangte das Sekretariat bereits im Schlussbericht vom 27. April 2009 zur Vorabklärung in Sachen geplante *Einführung einer DIMF für das Debitkartensystem Visa V PAY*, wo der Sachverhalt ähnlich gelagert war.¹⁶⁰⁷
- ii. In der noch nicht rechtskräftigen Verfügung in Sachen *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* qualifizierte die WEKO den Versand von Offertpreisen vor Ablauf der Eingangs-

befrist an die Konkurrenten als abgestimmtes Verhalten, sofern das empfangende Unternehmen als Reaktion darauf eine Stützofferte einreichte.¹⁶⁰⁸

- iii. In der Verfügung vom 10. Mai 2010 in Sachen *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* tauschten die Parteien u.a. Informationen über künftige Bruttopreiserhöhungen aus. Die WEKO qualifizierte dies als abgestimmtes Verhalten zumal die Wettbewerber dadurch in die Lage versetzt wurden, ihr Verhalten an dasjenige der Konkurrenz anzupassen und ihre Preise auch im angegebenen Umfang anzuheben.¹⁶⁰⁹
- iv. Gegenstand der Untersuchung *Vertrieb von Tierarzneimitteln* war ein 40 Jahre dauernder Exklusivvertrag zwischen dem Verband Schweizerischer Tierarzneimittelhersteller und Grossisten (VTG) und der Gesellschaft Schweizerischer Tierärzte (GST). Gemäss Vertrag sollten u.a. die

¹⁵⁹⁵ BGE 129 II 18, 26, E.6.3; RPW 2006/3, 423, Rz 17, *Gebühr für den Bargeldbezug an Bancomaten bzw. Postomaten („ATM Service-Fee“)*.

¹⁵⁹⁶ RPW 2002/1, 81, Rz 16, *Benzinmarkt Schweiz* (Zeitraum 1993-2000).

¹⁵⁹⁷ BGE 129 II 18, 27, E.6.3; RPW 2012/3, 639, Rz 234, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; vgl. auch CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 32.

¹⁵⁹⁸ EuGH verb. Rs 40-48/73 et al. *Suiker Unie*, Slg. 1975 01663 Rz 173/174; RPW 2010/4, 660, Rz 100, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in: Homburger et al., Art. 4 N 46; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 34.

¹⁵⁹⁹ RPW 2012/3, 639, Rz 234, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, unter Bezugnahme auf die EU-Rechtsprechung; vgl. zuletzt das Urteil des EuG vom 17. Mai 2013 T-154/09 *Manuli Rubber Industries SpA*, Rz 161 sowie die konstante Rechtsprechung des Gerichtshofes: EuGH verb. Rs 40-48/73 et al. *Suiker Unie*, Slg. 1975 01663 Rz 173/174; EuGH C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV*, Slg. 2009 I-4529 Rz 33; EuGH C-199/92 *P Hüls AG*, Slg. 1999 I-04287 Rz 160; EuGH C-49/92 *P Anic Partecipazioni SpA*, Slg. 1999 I-04125 Rz 117; vgl. auch CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 34.

¹⁶⁰⁰ RPW 2010/4, 660, Rz 100, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in: Homburger et al., Art. 4 N 46.

¹⁶⁰¹ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 34.

¹⁶⁰² EuG vom 17. Mai 2013 T-154/09 *Manuli Rubber Industries SpA*, Rz 162.

¹⁶⁰³ RPW 2010/4, 660, Rz 99, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

¹⁶⁰⁴ Unternehmen, das Händler anwirbt, welche Debitkartenzahlungen akzeptieren sollten, vgl. RPW 2012/4, 765, Rz 3, *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*.

¹⁶⁰⁵ Ein Kartenherausgeber; vgl. Verweis in der vorangehenden Fussnote.

¹⁶⁰⁶ RPW 2012/4, 765, Rz 203, *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*.

¹⁶⁰⁷ RPW 2009/2, 130, Rz 74 ff., *Einführung einer DIMF für das Debitkartensystem Visa V PAY*.

¹⁶⁰⁸ RPW 2012/2, 387, Rz 948 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

¹⁶⁰⁹ Die Verfügung wurde zwei Jahre nach dem Entscheiddatum in der RPW publiziert aufgrund des parallel laufenden EU-Verfahrens: RPW 2012/3, 618, Rz 36; 627, Tabelle 3; 640, Rz 236; 641, Rz 247, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

VTG-Mitglieder nur Tierärzte, nicht hingegen Apotheken mit Tierarzneimitteln beliefern. Der Exklusivvertrag wurde rund sechs Jahre vor Untersuchungseröffnung aufgelöst. Auch nach Vertragsauflösung belieferten die Hersteller und Grossisten faktisch beinahe ausschliesslich Tierärzte und schlossen Apotheken weitgehend vom Verkauf von Tierarzneimitteln aus. Die WEKO qualifizierte dieses Verhalten in ihrer Verfügung vom 11. Oktober 2004 als abgestimmtes Verhalten zwischen Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln. Sie erachtete als erwiesen, dass der Vertrag nachwirkte und dazu führte, dass die Hersteller und Grossisten das Verhalten ihrer Konkurrenten antizipierten und ihr eigenes Verhalten entsprechend anpassen konnten.¹⁶¹⁰

v. In der Untersuchung *Markt für Schlachtschweine* beurteilte die WEKO folgenden Sachverhalt: Schweinehändler trafen sich dienstags an einer Börse in Sursee, wo Informationen über angebotene und nachgefragte Mengen sowie Tendenzpreise für Schlachtschweine diskutiert wurden. Donnerstagnachmittags trafen sich die Händler an einer Börse in Will, wo sie vor allem den „Anschrieb vom marktkonformen Preisen“ diskutierten. Zusätzlich fanden zwei Mal wöchentlich Telefonkonferenzen statt (donnerstags um 11:00 Uhr und freitags um 06:00), wo nebst überregionalen Markteinschätzungen die Preisvorstellungen für die folgende Woche diskutiert wurden. Das Ergebnis der Schweinebörsen und Telefonkonferenzen wurde schliesslich in der landwirtschaftlichen Presse und im Internet publiziert. Gemäss Parteiaussagen wäre die Preisfindung ohne das dargelegte Verhalten nicht möglich gewesen. Die beobachteten Schlachtschweinpreise bewegten sich in der untersuchten Periode in einem engen Preisband. Die WEKO erblickte in der Gesamtheit der geschilderten Verhaltensweisen der Schweinehändler eine abgestimmte Verhaltensweise, da die Kommunikation das Marktverhalten der Konkurrenten voraussehbar machte sowie bewusst und gewollt eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.¹⁶¹¹

vi. Mit der Verfügung *Fahrschule Graubünden* vom 6. Januar 2003 beurteilte die WEKO die Gleichförmigkeit der Preisgestaltung für Fahrlektionen der Kategorie B und obligatorischen Verkehrskundeunterricht. Der Autolehrerverband des Kantons Graubünden und des Fürstentums Liechtenstein (AVGL) gab während Jahren einen empfohlenen Tarif für Autofahrstunden (Kategorie B) und den obligatorischen Theoriekurs heraus. Der Verbandspräsident hielt die Mitglieder wiederholt an, sich an die Empfehlung zu halten. Auf die Abgabe der Empfehlung wurde vor Verfahrenseröffnung verzichtet, hingegen gab der Verband eine Kalkulationshilfe für die Verbandsmitglieder heraus, mit welcher die Kosten für Fahrlektionen berechnet werden konnten. Die WEKO erachtete es als erwiesen, dass die alten Tarifempfehlungen nachwirkten und die Kalkulationshilfen eine Verhaltensabstimmung ermöglichten, was sich in ähnli-

chen Preisen der verschiedenen Fahrlehrer manifestierte. Die alte Empfehlung und Kalkulationshilfen ermöglichten es den AVGL-Mitgliedern, die Preisstrategie der Konkurrenten vorausszusehen und sich dieser anzupassen. Verstärkend kam hinzu, dass der Verbandspräsident anlässlich der Verbandsgeneralversammlung die Mitglieder anhielt, sich an die Tarife zu halten bzw. kein Preisdumping zu betreiben.¹⁶¹²

vii. Das Bundesgericht bejahte in seinem Entscheid vom 14. August 2002 das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen Buchhändlern aufgrund des sogenannten «*Sammelrevers*». Im Rahmen des «*Sammelrevers*» schlossen Verleger mit Buchhändlern Preisbindungsverträge ab. Der Buchhändler verpflichtete sich dabei unter anderem, den vom Verleger festgelegten Preis einzuhalten, andernfalls musste er eine Konventionalstrafe bezahlen oder hatte Lieferstopps zu befürchten. Eine Reihe vertraglich festgelegter Massnahmen stellten zudem sicher, dass die Preise auch tatsächlich befolgt wurden. Bei Streitigkeiten über die Buchpreisbindung sollte ein Schiedsgericht entscheiden. Gemäss Bundesgericht wussten die Buchhändler dadurch, dass alle anderen am *Sammelrevers* angeschlossenen Buchhändler jedes Buch zum gleichen Preis verkaufen würde. Als zusätzliche horizontal koordinierende Elemente betrachtete das Bundesgericht den Umstand, dass Streitigkeiten über die Preisbindung von einem durch den sog. Preisbindungsbeauftragten eingesetzten Schiedsgericht geregelt werden sollten. Auf diese Weise konnten die Preisbindungen durchgesetzt werden.¹⁶¹³

2264. Der EuGH bestätigte das Vorliegen von abgestimmten Verhaltensweisen u.a. in den folgenden Fällen:

i. Im Urteil *Hüls*¹⁶¹⁴ bestätigte der Gerichtshof die Auffassung der Kommission, wonach von verschiedenen Herstellern durchgeführte Preisinitiativen abgestimmte Verhalten darstellten. Bei den Preisinitiativen handelte es sich um einen «*Preis-schub*» oder eine «*Preisoffensive*» der Hersteller, um das Preisniveau auf eine bestimmte Höhe anzuheben.¹⁶¹⁵ Die Preiserhöhungen wurden in der Presse angekündigt, um den Weg für eine Preisanhebung auf dem Markt vorzubereiten. Die übrigen Hersteller führten gleichzeitig oder etwas später eine Preisanhebung durch. Die geplanten Preisinitiativen waren an regelmässigen Sitzungen der Hersteller vereinbart worden.¹⁶¹⁶

¹⁶¹⁰ RPW 2004/4, 1040 ff., vgl. insbesondere 1061, Rz 60, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

¹⁶¹¹ RPW 2004/3, 726 ff., siehe v.a. 739, Rz 41, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*.

¹⁶¹² RPW 2003/2, 271 ff., 283, Rz 49, *Fahrschule Graubünden*; bestätigt durch Entscheid der REKO/WEF, RPW 2003/4, 890 ff., vgl. v.a. 898, E. 5 u. 6; *Fahrlehrer im Kanton Graubünden*.

¹⁶¹³ BGE 129 II 18, 21 f. E. 2; 32 E. 6.5.5.

¹⁶¹⁴ EuGH C-199/92 *Hüls*, Slg. 1999 I-04287.

¹⁶¹⁵ KOMM, ABI. 1996 L 203/9 Rz 24, *Polypropylen*.

¹⁶¹⁶ KOMM, ABI. 1996 L 203/9 Rz 24 f., Rz 86 ff. *Polypropylen*; EuGH C-199/92 *Hüls*, Slg. 1999 I-04287, Rz 20.

- ii. Im Urteil *Thyssen Stahl AG* beurteilte das Gericht rechtskräftig Fälle in denen Stahlpreise auf dem britischen Markt erhöht wurden als «*verabredete Praktik*» im Sinne von Art. 65 § 1 EGKS, was einem abgestimmten Verhalten gemäss Art. 101 Abs. 1 AEUV entspricht.¹⁶¹⁷ *British Steel* gab ihren Konkurrenten an einer Sitzung ihr künftiges Preisverhalten auf dem britischen Markt bekannt und forderte sie dazu auf, sich ebenso zu verhalten, was gemäss Gericht ihre Absicht aufzeigte, das Marktverhalten ihrer Konkurrenten zu beeinflussen. Die Aufforderung wurde gegenüber Unternehmen getätigt, welche bereits verschiedentlich in einer gemeinsamen Kommission zusammen mit *British Steel* Preisfestsetzungsvereinbarungen für kontinentaleuropäische EGKS-Märkte geschlossen hatten.¹⁶¹⁸ Das Gericht stimmte der Kommission zu, dass *British Steel*, aufgrund ihrer bisherigen Kontakte mit den übrigen Konkurrenten, davon ausgehen konnte, dass die Konkurrenten ihren Forderungen weitgehend nachkommen oder dieser bei der Festlegung ihrer eigenen Geschäftspolitik zumindest Rechnung tragen würden.¹⁶¹⁹
- iii. In der Rechtssache *Ahlstroem* erblickte der EuGH ein abgestimmtes Verhalten darin, dass verschiedene Unternehmen im Rahmen eines Branchenverbands empfohlene Preise festgelegt und sich verpflichtet hatten, diese Preise den Abnehmern zu kommunizieren.¹⁶²⁰
- iv. Der EuGH beurteilte im Fall *Imperial Chemical Industries* Erhöhungen von Farbstoffpreisen mehrerer Farbstoffhersteller in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten als abgestimmtes Verhalten. Die Hersteller kündigten die Preiserhöhungen teils gleichzeitig und teils zu verschiedenen Zeitpunkten (in einem Fall 1 Jahr später) im Voraus an. Die Unternehmen erhöhten entweder im gleichen Umfang oder in einem Fall in unterschiedlichem Umfang. So erhöhte ein Teil der Unternehmen in Deutschland, den Niederlanden, Belgien und Luxemburg ihre Preise um 8 %, während ein Unternehmen in Frankreich den Preis um 12 % anob. Den unterschiedlichen Preisanstieg in Frankreich hatte die Kommission darauf zurückgeführt, dass die Unternehmen in Frankreich eine vorherige Preisrunde nachholen hätten wollen. Die Kommission hatte die Abstimmung daraus abgeleitet, dass die Preiserhöhungen im gleichen oder ähnlichen Umfang und im gleichen oder in geringem Zeitabstand erfolgt waren. Ferner wiederholte sich der Vorgang mehrere Male und liess sich für verschiedene EU-Länder aufzeigen. Schliesslich hatte eine Sitzung stattgefunden, an der mit Ausnahme eines Unternehmens sämtliche Konkurrenten teilgenommen und sich gegenseitig mitgeteilt hatten, dass sie beabsichtigen, ihre Preise zu erhöhen.¹⁶²¹

d) Horizontale oder vertikale Konstellation

2265. Für die Beurteilung, ob eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einerseits zwischen dem SGVSB und seinen Verbandsmitgliedern sowie andererseits zwi-

schen dem Verband, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch vorliegt, ist es an sich irrelevant, ob die potentiellen Abrededpartner in einem horizontalen oder vertikalen Verhältnis zueinander stehen.¹⁶²² Die Beantwortung dieser Frage spielt erst bei der materiellen Beurteilung der Zulässigkeit der Abrede im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 oder eben Abs. 4 KG eine Rolle.¹⁶²³

2266. Dennoch sei bereits an dieser Stelle klargestellt, dass die Wettbewerbsbehörden die Koordination innerhalb von Verbänden in konstanter Rechtsprechung als horizontale Sachverhalte behandelt haben, welche gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 1 KG zu prüfen sind.¹⁶²⁴

2267. Was die unter B.5.5 beschriebenen Wettbewerbsbeeinflussungen betrifft, welche sich unter Beteiligung des Verbands und seiner Mitglieder abgespielt haben, ist ihnen gemein, dass der Verband letztlich die Beschlüsse der Generalversammlung umgesetzt hat. Die Generalversammlung bestand aus Sanitär-grosshändlern, welche sich horizontal als Konkurrenten gegenüberstehen. Es drängt sich diesbezüglich also vorliegend kein Abweichen von der konstanten Praxis der Wettbewerbsbehörden auf.

2268. Die in B.5.2 beschriebenen Wettbewerbsbeeinflussungen ereigneten sich unter Beteiligung des SGVSB, dessen Mitglieder und Sanitas Troesch. Der SGVSB agierte dabei gewissermassen als Gefäss für die Treffen zwischen seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch. Im Rahmen der Branchentreffen im Kooperationsrat kam dem SGVSB zuerst die Gründerrolle zu, bevor er später in diesem Gremium als Repräsentant der Interessen seiner Mitglieder auftrat. Auch aus dieser Sicht stand die Beziehung zwischen den SGVSB-Mitgliedern und Sanitas Troesch im Vordergrund, weshalb auch diesbezüglich von einer horizontalen Konstellation auszugehen ist.

¹⁶¹⁷ EuG T-141/04 *Thyssen Stahl AG*, Slg. 1999 II-00347 Rz 266, 270.

¹⁶¹⁸ KOMM, ABI. 1994 L 116/1, Rz 229, *Vereinbarungen und verabredete Praktiken von europäischen Trägerherstellern*.

¹⁶¹⁹ EuG T-141/04 *Thyssen Stahl AG*, Slg. 1999 II-00347 Rz 219, 267.

¹⁶²⁰ EuGH C-89/85 et al, *Ahlstroem* Slg. 1993, I-01307 Rz 130.

¹⁶²¹ EuGH 48-69, *Imperial Chemical Industries Ltd*. Slg. 1972, 00619 ff., vgl. insbesondere Rz 52/56 ff.

¹⁶²² Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 22. November 1994, BBl. 1995 I 544 f.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 114.

¹⁶²³ BGE 129 II 18, 23 E. 4; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 22. November 1994, BBl. 1995 I 546 f.

¹⁶²⁴ RPW 2012/4, 825, Rz 70 f.; 826, Rz 73 ff., *Vertrieb von Musik*; RPW 2012/3, 659 f., Rz 29 ff., *Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel*; RPW 2009/2, 131, Rz 81, *Einführung einer DIMF für das Debitkartensystem Visa V PAY*; RPW 2006/4, S. 593 f., Rz 20 ff., *Tarif des Verbands Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen [VTR]*; RPW 2004/2, 333 f., Rz 10 ff., *ASTAG Preisempfehlungen/ Kalkulationshilfen*; RPW 2003/2, 268 f., Rz 16 ff., *Tarification des honoraires des médecins genevois en matière des soins privés*; RPW 1998/2, 192 f., Rz 22 ff., *Honorarrichtlinien SVIT*.

e) Anwendung auf den vorliegenden Fall

2269. Was die verbandsinternen Wettbewerbsbeeinflussungen (B.5.5) betrifft, steht fest, dass

- a. die gemeinsame Stammdatenverwaltung und gemeinsamen Bruttopreise bis 2007 (Rz 1839),
- b. die Bruttopreisfestlegungen für das Jahr 2006 (Rz 1864 ff.),
- c. die Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886),
- d. der Entscheid, Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906),
- e. der Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.),
- f. die verbandsinternen Anpassungen der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.),
- g. die Festlegung der Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.),
- h. die Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.),
- i. die Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043 f.) und
- j. die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produktkataloge «*teamonline*» sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.)

auf Beschlüssen der Verbandsorgane beruhen. Diese Beschlüsse waren gemäss Statuten, wie aufgezeigt (Rz 140 f.), für alle Mitglieder verbindlich und deren Missachtung konnte zu einer Sanktion oder gar dem Verbandsausschluss führen. In Übereinstimmung mit der aufgeführten Rechtsprechung (v.a. *SVIT-Honorarrichtlinien*) und Doktrin (Rz 2255) stellen die Beschlüsse somit rechtlich erzwingbare Vereinbarungen zwischen den Verbandsmitgliedern und dem Verband als Mittäter im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

2270. In Bezug auf die Wettbewerbsbeeinflussungen durch Sanitas Troesch und den SGVSB bzw. seine Mitglieder gilt Folgendes:

- a. Die Koordinierung der Bruttopreisniveau- und Rabattniveausenkung für das Jahr 1997 (Rz 822 f.),
- b. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 1998 (Rz 841),
- c. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 1999 (Rz 865 f.), die im Jahr 2000 nachwirkte (Rz 878),
- d. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 2001, die gemeinsame Erarbeitung von Rabattgruppen, inkl. die gemeinsame Schaffung der Rabattgruppe Wellness im Jahr 2001 und die selektive Bruttopreis- und Rabatttherabsetzung im Bereich Wellness im Umfang von 15 % (Rz 935 ff.),
- e. die Koordinierung der Bruttopreissenkung 2003 sowie die gemeinsame Festlegung des Eurowechselkurses (Rz 1036 ff.),

f. die gemeinsame Koordinierung der Bruttopreissenkung und Rabattsenkung im Jahr 2004/2005 (Rz 1140 ff., Rz 1159, Rz 1183) und

g. die Weiterentwicklung und Integration der Rabattgruppen in die Installateursoftware (Rz 1211 f.)

stellen Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, zumal sie auf Treffen der Parteien beruhen, welche darauf ausgerichtet waren, ein bestimmtes Preis- und Rabattniveau zu erreichen. Sowohl die SGVSB-Mitglieder, teils vertreten durch den SGVSB, als auch Sanitas Troesch brachten ihre Standpunkte bezüglich der Bruttopreis- und Rabattsetzung zum Ausdruck und handelten in der Folge entsprechend ihren Äusserungen. Dadurch kommt ihr übereinstimmender gegenseitiger Wille zum Ausdruck, ihre Preise zu koordinieren, den Rabattwettbewerb einzuschränken und die Eurowechselkurse zu koordinieren. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Willensübereinkunft, sich dem Verhalten der Konkurrenz anzupassen, rechtlich verbindlich oder unverbindlich ist. Fest steht, dass es sich dabei um Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt.

2271. Der in den Jahren 2005-2009 stattfindende Austausch über erwartete Teuerungen und die Marktverhältnisse (Rz 1234) sowie das nachgewiesene Preis-Monitoring (Rz 1719) können nicht losgelöst von den darauffolgenden Ereignissen zwischen der Ankündigung der Bruttopreissenkung durch Sanitas Troesch im September 2009 und der schliesslich auf Januar 2012 durchgeführten Bruttopreissenkung betrachtet werden. Es handelte sich vielmehr um Vorbereitungs- bzw. Unterstützungshandlungen. Es kann daher vorliegend dahingestellt bleiben, ob sie für sich getrennt betrachtet Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen.

2272. Was die Bruttopreissenkung für das Jahr 2012 betrifft, ist erwiesen, dass Sanitas Troesch, Richner und Gétaz (CRH) sowie Sabag und Innosan sich mit Bezug auf die Bruttopreisänderung koordiniert haben. Es ist erwiesen, dass Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan miteinander diskutierten und wettbewerbsrelevante Informationen über die bevorstehende Bruttopreis- und Rabattniveausenkung ausgetauscht haben (vgl. Rz 1721 ff.). Der Grund des Informationsaustausches lag darin, dass sich der dreistufige Absatzkanal vor dem Wettbewerb alternativer Absatzkanäle schützen und den Wettbewerb innerhalb des dreistufigen Absatzkanals einschränken wollte, um Marktanteils- bzw. Umsatzverluste zu verhindern (Rz 1744 ff.). Ferner steht fest, dass sich Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan auf dem Markt tatsächlich gleichförmig verhalten haben (Rz 1747 ff.). Schliesslich steht fest, dass der Informationsaustausch kausal für das gleichförmige Marktverhalten von Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan war (Rz 1751 ff.).

2273. Wie bereits ausgeführt, ist dadurch bewiesen, dass sich Sanitas Troesch, CRH, Sabag und Innosan nicht eigenständig und unabhängig am Markt verhielten. Die Kontakte zwischen den Unternehmen im Rahmen der Kooperation Sanitär Schweiz sowie die davon unabhängigen Kontaktaufnahmen stehen gemäss Rechtsprechung einem unabhängigen Wettbewerbsverhalten entgegen. Alleine aus dem äusseren Ablauf folgt ihr Bin-

dungswille. Zudem konnten sie damit rechnen, dass sich die Konkurrenz nach ihr richten würde. CRH richtete ihre Preise auf die bewiesene Weise an den Preisen von Sanitas Troesch aus und handelte nicht mehr selbständig, sondern in der Gewissheit, wie ihre Konkurrenten handeln würden. Dasselbe gilt für Sabag.

2274. Somit ist das zweite Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG für die in Rz 2270 geschilderten Sachverhalte ebenfalls erfüllt. Die in Rz 2269 aufgeführten Verhaltensweisen sind zwingende Vereinbarungen, die in Rz 2270 geschilderten Geschehnisse sind Vereinbarungen und schliesslich stellen die in Rz 2272 f. zusammengefassten Sachverhalte abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Kartellgesetzes dar. Da die Verbandsbeschlüsse vorliegend als Vereinbarung zwischen den einzelnen Mitgliedern aufzufassen sind und diese allesamt auf derselben Marktstufe agieren, liegt eine horizontale Vereinbarung vor. Die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch sind auf der gleichen Marktstufe tätig, weshalb auch diese Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen horizontaler Natur sind.

2275. Die Spielregeln zum Schutz des dreistufigen Absatzweges im Kanton Wallis (Rz 1807 ff.) wurden schriftlich in Protokollen festgehalten. Die Sitzungsteilnehmer setzten eigens eine Marktordnungskommission zu ihrer Überprüfung ein. Es handelt sich also um Vereinbarungen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG zwischen Bringhen, Burgener, Gétaz und Sanitas Troesch einerseits sowie den Sanitärinstallateuren andererseits. Das Sekretariat verzichtete aus Opportunitätsgründen darauf, ein Verfahren gegen die Sanitärinstallateure zu eröffnen, weshalb es sich erübrigt die diesbezüglichen Sachverhaltelemente rechtlich zu würdigen.

C.4.2.2 Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

2276. Schliesslich ist zu prüfen, ob die getroffenen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG «*bezwecken oder bewirken*.» Aufgrund der Verwendung des Wortes «*oder*» im Gesetzestext wird deutlich, dass eine Vereinbarung zwischen Unternehmen derselben Marktstufe bereits dann als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden kann, wenn alternativ ein wettbewerbsbeschränkender Zweck oder eine ebensolche Wirkung feststeht. Die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen von 1994 enthält keine Angaben zu den beiden Begriffen «*bezwecken*» und «*bewirken*», welche dem Recht der europäischen Union entlehnt wurden.¹⁶²⁵ Art. 101 Abs. 1 AEUV spricht nämlich ebenfalls von Vereinbarungen, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung «*bezwecken oder bewirken*.» Auch bei der Auslegung dieser beiden Begriffe kann die europäische Praxis berücksichtigt werden.¹⁶²⁶

2277. Das Tatbestandsmerkmal des Bewirkens ist erfüllt, sobald eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise den relevanten Markt tatsächlich beeinflusst, wobei die Wirkung noch nicht eingetreten sein muss, es genügt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird.¹⁶²⁷

2278. Sowohl in der europäischen¹⁶²⁸ als auch in der schweizerischen¹⁶²⁹ Praxis und Lehre ist das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens objektiv zu verstehen. Mit anderen Worten muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.¹⁶³⁰ Bei der Beurteilung dieser Eignung geht es also um die feststellbare Tendenz der Vereinbarung.¹⁶³¹ Die Eignung ist zu bejahen, wenn sie das Potenzial zur Entfaltung einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung aufweist.¹⁶³² Somit ist das Tatbestandselement des Bezweckens selbst dann erfüllt, wenn die Vereinbarung vage ist und verschiedene Interpretationen – die einen gesetzeskonform, die anderen KG-widrig – zulässt.¹⁶³³

2279. Das objektive Verständnis des Begriffs «*bezwecken*» führt auch dazu, dass die subjektiven Vorstellungen der Parteien irrelevant sind bei der Beurteilung, ob das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens erfüllt ist.¹⁶³⁴ Es ist also nicht einmal erforderlich, dass die Parteien sich einer allfälligen Kartellrechtswidrigkeit bewusst waren oder diese gar wollten.¹⁶³⁵ Schliesslich kommt es zur Erfüllung des Tatbestandes von Art. 4 Abs. 1 KG nicht darauf an, ob der Zweck tatsächlich erreicht wird.¹⁶³⁶

2280. Mit Bezug auf die SGVSB-internen Vereinbarungen (Rz 2269), gilt Folgendes:

- a. Mit der gemeinsamen Stammdatenverwaltung gingen bis 2007 gemeinsame Bruttopreise einher (Rz 1839).

¹⁶²⁵ SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 25 f.

¹⁶²⁶ SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 22 f.; Schmidhauser (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 26 ff.; PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 4 N 38 f.; BORER (Fn 1570), Art. 4 N 5.

¹⁶²⁷ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 83; KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 25; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 30; RPW 2010/1, 71, Rz 87, *Gaba*.

¹⁶²⁸ Vgl. statt vieler VOLKER EMMERICH, in: Immenga/Mestmäcker Hrsg., Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rz 227; HANNO WOLLMANN/MICHAEL SCHEDL, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1, 2007, Art. 81 EG, Rz 91 f.; Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ABI. 2011 C 11/1 ff., Rz 24 (im Folgenden: Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit).

¹⁶²⁹ STOFFEL (Fn 1566), 63; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 24; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 81; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA; RPW 2010/1, 71, Rz 87, *Gaba*.

¹⁶³⁰ BUNTE (Fn 1572), Art. 81 N 120; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 24; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28; STOFFEL (Fn 1566), 63; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA.

¹⁶³¹ SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA.

¹⁶³² WISH/BAILEY (Fn 1572), 118; EuGH C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV*, Slg. 2009 I-04529 Rz 31; vgl. auch BORER (Fn 1570), Art. 4 N 5; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA.

¹⁶³³ CR Concurrence-KILLIAS (Fn 1626), Art. 4 N 40; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA.

¹⁶³⁴ WISH/BAILEY (Fn 1572), 119; EuGH C-551/03 *P General Motors BV*, Slg. 2006 I-03173 Rz 77 und die dort angegebene Rechtsprechung; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 81; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 24; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28; STOFFEL (Fn 1566), 63; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA; RPW 2010/1, 71, Rz 87, *Gaba*.

¹⁶³⁵ STOFFEL (Fn 1566), 63; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 24.

¹⁶³⁶ SHK-KÖCHLI/REICH (zit. Fn 1570), Art. 4 N 24; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28.

- b. Durch die Vereinbarung gemeinsamer Bruttopreise für das Jahr 2006 wirkte sich die Preisniveau- und Rabattpfestlegung zusammen mit Sanitas Troesch für das Jahr 2004/2005 auf das Jahr 2006 aus (Rz 1864 ff.).

Vereinbarungen über das Preiselement Bruttopreis haben das Potenzial eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten. Die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung genügt, um das Tatbestand des Bezweckens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu erfüllen.

- c. Zusammen mit der Bruttopreisfestlegung im Jahr 2007 legten die SGVSB-Mitglieder auch die Margen fest (Rz 1886). Damit vereinbarten die Teilnehmer gemeinsam ein Preiselement, das objektiv geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken. Die Vereinbarung bezweckte damit gemäss Art. 4 Abs. 1 KG, den Wettbewerb zu beschränken.
- d. Der Entscheid, Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906) führte dazu, dass gewisse Rabatte in einer Bandbreite vergeben wurden. Daraus ist ersichtlich, dass diese Vereinbarung objektiv geeignet war, den Preiswettbewerb zu beschränken. Das Tatbestandselement des Bezweckens von Art. 4 Abs. 1 KG ist somit erfüllt.
- e. Der Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.) führte dazu, dass die SGVSB-Mitglieder allesamt das gleiche Bruttopreis- und Rabattniveau führten. Ein unterschiedliches Preissystem hätte es den SGVSB-Mitgliedern erlaubt, Sanitärinstallateur-freundliche oder Kunden-freundliche Brutto- bzw. Nettopreise zu setzen. Die unterschiedlichen Preissysteme wären geeignet gewesen, den Wettbewerb zu verstärken. Die Vereinbarung, ein einheitliches Preissystem zu führen, war objektiv geeignet den Wettbewerb zwischen den Unternehmen einzuschränken. Das Tatbestandselement des Bezweckens von Art. 4 Abs. 1 KG ist erfüllt.
- f. Die verbandsinternen Anpassungen der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.), führte dazu, dass die in den Stammdaten hinterlegten Bruttopreise aller SGVSB-Mitglieder zum selben Zeitpunkt und im selben Umfang unterjährig angepasst wurden. Die Vereinbarung dieser automatischen Anpassung eines Preiselements ist objektiv geeignet, den Preiswettbewerb zu beschränken. Die Vereinbarung bezweckte somit gemäss Art. 4 Abs. 1 KG, den Wettbewerb zu beschränken.
- g. Die Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.) sind ein Preiselement, das in jeder Rechnung eines Sanitär-grosshändlers berücksichtigt wird. Eine Vereinbarung über dieses Preiselement ist daher objektiv geeignet den Wettbewerb zu beschränken. Das Tatbestandselement des Bezweckens gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist erfüllt.
- h. Bei Produkten die in Euro eingekauft wurden, bedeutete die gemeinsame Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.) die Vereinbarung eines Preiselementes. Die Vereinbarung dieses Preiselementes ist

objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beeinflussen. Das Tatbestandselement des Bezweckens von Art. 4 Abs. 1 KG ist somit erfüllt.

- i. Die Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043 f.) führte dazu, dass die Bruttopreise von Burgener, Kappeler und Sanidusch identisch waren. Zudem führten diese immer die höchsten Bruttopreise. Vereinbarungen über das Preiselement Bruttopreis haben das Potenzial eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten. Die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung genügt, um das Tatbestand des Bezweckens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu erfüllen.
- j. Die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produktkataloge «*teamonline*» sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.), führte dazu, dass die Produktauswahl bei den Sanitär-grosshändlern einheitlich war. Die Einschränkung der Produktauswahl ist geeignet den Wettbewerb zu beschränken. Die Vereinbarung bezweckte daher im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG den Wettbewerb einzuschränken.

2281. Betreffend die Vereinbarungen zwischen Sanitas Troesch und dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern (Rz 2270) gilt Folgendes: Die Vereinbarungen das Bruttopreis- und Rabattniveau

- a. für das Jahr 1997 (Rz 822 f.),
- b. für das Jahr 1998 (Rz 841),
- c. für das Jahr 1999 (Rz 865 f.),
- d. für das Jahr 2001 (Rz 935 ff.),
- e. selektiv für das Jahr 2003 (Rz 1036 ff.) und
- f. für das Jahr 2004/2005 (Rz 1140 ff., Rz 1159, Rz 1183)

zu senken, betreffen allesamt die Preiselemente der Bruttopreise und der Rabatte. Vereinbarungen, welche die Bruttopreise und die Rabatte betreffen, haben das Potenzial eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten. Mit anderen Worten sind sie objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. Das Tatbestandselement des Bezweckens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ist somit für alle diese Vereinbarungen erfüllt.

2282. Die Vereinbarungen

- a. gemeinsam Rabattgruppen zu erarbeiten, inkl. die Rabattgruppe Wellness im Jahr 2001 zu schaffen (Rz 935 ff.) und
- b. die Weiterentwicklung und Integration der Rabattgruppen in die Installateursoftware (Rz 1211 f.)

hatte die Einteilung von Produkten in Rabattgruppen mit unterschiedlichen Rabattpspannbreiten zur Folge. Das Rabattniveau je nach Rabattgruppe war also unterschiedlich. Diese Vereinbarungen waren folglich objektiv geeignet, den Preiswettbewerb zwischen Sanitas Troesch und den SGVSB-Mitgliedern einzuschränken. Die

Vereinbarungen bezweckten den Wettbewerb gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu beschränken.

2283. Die Vereinbarung über

- c. die einheitlichen Eurowechselkurse und die Einbaukosten (Rz 1036 ff.),

hatten Preiselemente zum Gegenstand, welche objektiv geeignet waren, den Wettbewerb zu beeinflussen. Die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung genügt, um das Tatbestand des Bezweckens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu erfüllen.

2284. Im Jahr 2012 haben Sanitas Troesch, Richner und Gétaz (CRH) sowie Sabag und Innosan gleichzeitig das Bruttopreis- und das Rabattniveau aufeinander abgestimmt (Rz 2272 f.). Abgestimmte Verhaltensweisen, die Bruttopreise und Rabatte betreffen, haben das Potenzial eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten. Mit anderen Worten sind sie objektiv geeignet den Wettbewerb zu beschränken und erfüllen daher das Tatbestandselement des Bezweckens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. i

2285. Die in Rz 2275 aufgeführten Spielregeln im Kanton Wallis zielten darauf ab, den dreistufigen Absatzweg gegen andere Konkurrenten zu schützen. Konkret sollte sichergestellt werden, dass die von der Vereinbarung betroffenen Sanitärinstallateure und Sanitärgrosshändler nur voneinander Produkte beziehen und Privatkunden Einzelprodukte und Ersatzteile nur zu Bruttopreisen verkaufen. Die Sanitärgrosshändler vereinbarten somit unter sich den Endverkaufspreis gegenüber Privatkunden, womit die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung auf der Hand liegt. Die Vereinbarung über die Zuteilung von Bezugsquellen ist ebenfalls objektiv geeignet, den Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern und Vertriebskanälen zu beschränken, zumal die Vereinbarungspartner darauf verzichten ihre Produkte über alternative Kanäle zu beziehen.

C.4.2.3 Fazit

2286. Insgesamt steht somit fest, dass sämtliche hier aufgeführten Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen objektiv geeignet waren, den Wettbewerb einzuschränken. Sie erfüllen damit auch das Tatbestandsmerkmal des «Bezweckens» gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Ferner ist erwiesen, dass auch tatsächlich eine Wirkung auf dem Markt eingetreten ist (vgl. Rz 1641 ff.), womit auch das in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführte Tatbestandsmerkmal des «Bewirkens» erfüllt ist. Insgesamt sind die genannten Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. In der Folge wird daher geprüft, ob die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 KG erfüllt sind.

C.4.3 Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG sowie Art. 5 Abs. 1 KG

C.4.3.1 Einleitung

2287. Art. 5 Abs. 1 KG verbietet Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen las-

sen, sowie Abreden, die zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen.

2288. Art. 5 Abs. 3 KG stellt die gesetzliche Vermutung auf, dass der wirksame Wettbewerb bei Abreden beseitigt wird, sofern sie i) zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen und sich ii) auf die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Bst. a), die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (Bst. b) oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten und Geschäftspartnern (Bst. c) beziehen.

2289. Zum Punkt i) wurde bereits dargelegt, dass sämtliche SGVSB-Mitglieder sowie Sanitas Troesch auf derselben Marktstufe agieren und tatsächlich miteinander im Wettbewerb stehen. Die Abreden fallen daher aus diesem Blickwinkel unter den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 KG.

2290. Bezüglich Punkt ii) gilt Folgendes: Sowohl die in Rz 2269 a-i geschilderten Abreden innerhalb des SGVSB als auch die in Rz 2270 a-f sowie Rz 2272 dargestellten Abreden zwischen dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch beinhalten Preise bzw. Preisbestandteile. Die in Rz 2275 aufgeführte Abrede zwischen Bringhen und Gétaz, für Ersatzteile und Einzelteile nur Bruttopreise zu berechnen, betrifft den Endverkaufspreis. Es ist daher zu prüfen, ob diese Abreden den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG – die direkte oder indirekte Festlegung von Preisen – erfüllen.

2291. Mit Bezug auf die gemeinsame Stammdatenverwaltung des SGVSB und die Festlegung des Sortiments der Teampur-Grossisten durch die SGVSB-Mitglieder (Rz 2269 a und j) sowie mit Bezug auf die Abrede zwischen Bringhen und Gétaz, nur mit den an den Spielregeln beteiligten Installateuren zu handeln (Rz 2275), ist ferner zu prüfen, ob hierbei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG oder allenfalls eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen.

C.4.3.2 Die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und Art. 5 Abs. 1 KG

Gesetzesmaterialien und Lehre

2292. Zur Frage, ob ein Sachverhalt als «direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen» gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert werden kann, hält die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 folgendes fest:

«Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird.»¹⁶³⁷ [Hervorhebung durch die Verfasser der vorliegenden Verfügung]

¹⁶³⁷ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

2293. Wie aus der Botschaft erkennbar ist, gewichtet der Gesetzgeber die Wirkung einer Preisfestsetzung als entscheidendes Merkmal der Preisabrede und nicht die Mittel, welche zu dieser Wirkung führen. Die direkte oder indirekte Fixierung jeglicher Preiselemente oder Preiskomponenten, wie etwa von Rabatten oder Kriterien zur Anwendung von Rabatten, fällt unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, soweit sie zu einer Preisfestsetzung führen. Dasselbe gilt auch für Kalkulationsvorschriften.¹⁶³⁸ Preisabreden können folglich den gesamten Preis eines Produktes oder einer Dienstleistung betreffen oder bloss Teile davon.¹⁶³⁹

2294. In der Regel muss der vereinbarte Preisbestandteil einen wesentlichen Teil des Endverkaufspreises ausmachen, damit eine entsprechende preisharmonisierende Wirkung eintreten kann.¹⁶⁴⁰ Allerdings gilt dies nicht ausnahmslos, denn auch durch die kumulative Fixierung verschiedener, für sich genommen anscheinend geringerer Preisbestandteile kann eine wettbewerbsschädliche Wirkung auf dem Markt eintreten. Zudem kann erst im Kontext der konkreten Marktverhältnisse bestimmt werden, ob ein Preisbestandteil wesentlich ist.¹⁶⁴¹

2295. Damit eine Abrede als Preisabrede gilt, kann sie beschaffungsseitig den Einkaufspreis betreffen oder absatzseitig den Verkaufspreis und zwar auf allen Vertriebsstufen. Die Qualifikation als Preisabrede hängt also nicht davon ab, ob Herstellerpreise, Grossistenpreise oder Preise von Einzelhändlern betroffen sind.¹⁶⁴²

2296. Eine sogenannte direkte Preisfixierung liegt dann vor, wenn die Parteien direkt den Endverkaufspreis bzw. Teile davon vereinbaren. Direkte Preisfestsetzungen umfassen also auch das Setzen von Minimal- oder Maximalpreisen.¹⁶⁴³ So fällt auch das Erstellen einer gemeinsamen Preisliste oder von „Basispreisen“ unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, selbst wenn die beteiligten Unternehmen in der Ausgestaltung ihrer Zahlungsbedingungen und der Rabattpolitik frei bleiben.¹⁶⁴⁴

2297. Wird die Höhe des Preises durch das Aufstellen von Kriterien und Bedingungen – also indirekt – beeinflusst, liegt eine indirekte Preisfestlegung vor. Als Beispiele sind etwa die Festlegung von Preisnachlässen, Rabatte, Preisrelationen zwischen verschiedenen Produkten, Teuerungszuschläge, Skonti und Verrechnungs- oder Provisionsmodelle zu nennen.¹⁶⁴⁵ Ferner ist die Festlegung der Preiskalkulation oder eines bestimmten Preiszuschlags als indirekte Preisabrede zu qualifizieren.¹⁶⁴⁶ Kalkulationshilfen sind dann indirekte Preisabreden, wenn sie den Beteiligten pauschale Beträge oder pauschale Prozentsätze für Gemeinkostenzuschläge, andere Kostenzuschläge zur Bestimmung der Selbstkosten oder ihnen Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgeben.¹⁶⁴⁷

2298. In der Lehre wird auch die Festlegung von Preisstrategien grundsätzlich als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG aufgefasst.¹⁶⁴⁸ Die Frage sei jedoch im Einzelfall zu beurteilen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Preisstrategie eine Preisabrede ist, kommt gemäss AMSTUTZ/CARRON/REINERT dem Konkretisierungsgrad der Strategie eine entscheidende Rolle zu. Es genüge nicht, eine dermassen vage Strategie festzulegen, die es den beteiligten Unternehmen nicht

erlauben würde einen konkreten Preis festzulegen, wie z.B. die Abrede «den Preis nachdrücklich» mit den Handelspartner zu verhandeln (« *négocier fermement les prix* »).¹⁶⁴⁹

2299. Die folgende Übersicht über die einschlägige Schweizer und EU-Rechtsprechung zeigt, dass die Einordnung der vorliegenden Sachverhalte unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gesetzes- und praxiskonform ist.

Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden

2300. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden¹⁶⁵⁰ wurde eine Vielzahl von Sachverhalten unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG subsumiert. Vorliegend sind nur diejenigen aufgeführt, die für den vorliegenden Fall von Bedeutung sind:

- i. In der Verfügung in Sachen *Speditionsbereich* beurteilte die WEKO die Koordinierung verschiedener Luftfrachtspediteuren, ihre Kunden mit verschiedenen Gebühren zu belasten, als Gesamtabrede über Preise im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.¹⁶⁵¹
- ii. Die WEKO hielt im Entscheid *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* fest, die Abrede zwischen Wettbewerbern über den Zeitpunkt und die prozentuale Höhe von Bruttopreiserhöhungen

¹⁶³⁸ FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hofet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 N 115, 122; RPW 2012/3, 642, Rz 257, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

¹⁶³⁹ JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, 443 Rz 1298; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, Aufbau und Nutzung von Marktposition, in: Handbücher für Rechtsanwälte, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, 273 Rn 8.14.

¹⁶⁴⁰ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 398; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Kartellgesetz, Basler Kommentar, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 383; RPW 2005/1, 240, Rz 15, *Klimarappen*.

¹⁶⁴¹ KOSTKA (Fn 1639), 452 Rz 1325; vgl. in diesem Sinne RPW 2013/2, 194 f., Rz 261, Rz 267, Rz 272, *Abrede im Speditionsbereich*.

¹⁶⁴² BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 377 f.; KOSTKA (Fn 1639), 452 f., Rz 1327 ff.; RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; RPW 2012/3, 642, Rz 257, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2000/3, 339 f., Rz 34 ff., *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*.

¹⁶⁴³ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 402 ff.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 396.

¹⁶⁴⁴ HOFFET, in: Homburger et al. (Fn 1638), Art. 5 N 117.

¹⁶⁴⁵ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 409 ff.

¹⁶⁴⁶ CR Concurrence, AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 397.

¹⁶⁴⁷ RPW 1998/2, 351 ff., *Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 399.

¹⁶⁴⁸ KOSTKA (Fn 1639), 459 f. Rz 1353 ff.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 402.

¹⁶⁴⁹ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 402.

¹⁶⁵⁰ Vgl. für eine umfassende Darstellung bis 2009: BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 413 f.

¹⁶⁵¹ RPW 2013/2, 155, Rz 76 ff.; 195, Rz 272, *Abrede im Speditionsbereich*.

stelle eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar.¹⁶⁵² Die gegenseitig kommunizierten Preiserhöhungen wichen voneinander im Umfang von 1.5 % bis 2 % ab.¹⁶⁵³

- iii. Im Fall *Markt für Schlachtschweine* qualifizierte die WEKO wöchentlich organisierte Schweinebörsen und Telefonkonferenzen, an denen künftige Tendenzpreise und marktkonforme Preise zwischen Schweinehändlern diskutiert und anschliessend in der landwirtschaftlichen Presse und im Internet publiziert wurden, als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.¹⁶⁵⁴ Die WEKO erachtete die Preisdifferenz von 2 % bis 3 % des Verkaufspreises der Schlachtschweinehändler als einheitliches Preisniveau.¹⁶⁵⁵
- iv. Die ursprünglich von einem Verband herausgegebenen Preisempfehlungen für Fahrstunden, die offiziell nicht mehr galten, aber von den Mitgliedern des Verbands weiterhin befolgt wurden und zu deren Einhaltung der Verbandspräsident aufrief, qualifizierte die WEKO im Fall *Fahrschule Graubünden* als horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.¹⁶⁵⁶ Die Preise für Autofahrstunden und obligatorischen Verkehrskundenunterricht bewegten sich bei 68 % bzw. 69 % der Fahrlehrer innerhalb einer Spannweite von +/- 5 %, was die WEKO als nahe genug beieinanderliegend erachtete, um eine Preisabrede anzunehmen.¹⁶⁵⁷
- v. In den Vorabklärungen *Interprofession du Gruyère* und *Interprofession Emmentaler* ging das Sekretariat davon, dass die Vereinbarung im Rahmen eines Berufsverbands über einen Referenzpreis eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen könne, wenn sich ein Grossteil der Verbandsmitglieder ihre Preise innerhalb einer Preisspanne von +6.4 % bis -8.2 % festlegten.¹⁶⁵⁸
- vi. Die WEKO qualifizierte die Konvention zwischen einem Uhrenlieferantenverband und dem Verband der Goldschmiede und Uhrenfachgeschäften, sich an eine Bruttomarge zwischen 45 %–50 % (MWST von 7.6 % enthalten) zu halten, als Festlegung identischer Margen und als Preisabrede.¹⁶⁵⁹
- vii. Auch die Vereinbarung, dass die Hersteller und Importeure von der Grossistenmarge nur mittels Rabatten im Umfang von +/- 2 % vom Fachhandelspreis abweichen dürfen, stellt gemäss WEKO eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG dar.¹⁶⁶⁰
- viii. Die WEKO erachtete die Tariflisten zweier Berufsverbände, welche die Ansätze und Zuschläge für Dienstleistungen der Verbandsmitgliedern und Abonnementspreise regelt, als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, da die Verbandsmitglieder sich weitgehend an die Tarifvorgaben hielten. An diesem Resultat änderte gemäss WEKO auch der Umstand nichts, dass die Verbandsmitglieder gelegentlich durchschnittlich etwa zu 10 % von den Vorgaben abwichen.¹⁶⁶¹

EU-Praxis

2301. Gemäss der EU-Kommission bzw. den EU-Gerichte liegen in einer Vielzahl von Konstellationen Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV vor. Die anschliessenden Entscheide sind im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung:¹⁶⁶²

- i. Im Urteil *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG* bestätigte das europäische Gericht die Ansicht der Kommission, dass erstens die jährliche Koordinierung von Preiserhöhungen und weiterer Preisgestaltungselemente durch Hersteller von Badezimmerausstattungen im Rahmen regelmässiger Treffen nationaler Verbände, zweitens die Festsetzung oder Koordinierung der Preise bei besonderen Anlässen, wie dem Anstieg der Rohstoffkosten, der Einführung des Euro oder der Einführung einer Strassenmaut, sowie drittens die Offenlegung und der Austausch sensibler Geschäftsinformationen insgesamt verbotene Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellten. Ferner bestätigte das Gericht, dass die jährliche Festsetzung von Preislisten für Badezimmerausstattungen der Hersteller Preisabreden darstellen.¹⁶⁶³
- ii. Gemäss Praxis der EU-Kommission stellte die von *Methyglukamin-Herstellern* ausgehandelte Erhöhung von Listenpreisen für das kommende Jahr um einen gewissen Prozentsatz, so dass die Abrededpartner ein bestimmtes Preisniveau erreichten, eine Preisabrede dar.¹⁶⁶⁴

¹⁶⁵² RPW 2012/3, 642, Rz 257 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*. Die WEKO entschied gleich im ähnlich gelagerten, noch nicht rechtskräftigen Fall RPW 2010/4, 755 f., Rz 347, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

¹⁶⁵³ Vgl. RPW 2012/3, 627, Tabelle 3; 635, Tabelle 4, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

¹⁶⁵⁴ RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., *Markt für Schlachtschweine – Teil B*.

¹⁶⁵⁵ RPW 2004/3, 736, Rz 35, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*.

¹⁶⁵⁶ RPW 2003/2, 283 f., Rz 49 f., *Fahrschule Graubünden*.

¹⁶⁵⁷ RPW 2003/2, 288 f., Rz 70 ff., *Fahrschule Graubünden*.

¹⁶⁵⁸ RPW 2002/1, 68 ff., Rz 22 f., *Interprofession du Gruyère*; RPW 2002/3, 429, Rz 17, *Interprofession Emmentaler*.

¹⁶⁵⁹ RPW 2001/3, 516, Rz 23c; 521, Rz 36, *SUMRA/Distribution de montres*.

¹⁶⁶⁰ RPW 2000/3, 358, Rz 90; 379 f., Rz 141 ff., *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*.

¹⁶⁶¹ RPW 1998/3, 387 ff., Rz 38 ff., *Service- und Reparaturleitungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen*.

¹⁶⁶² Für eine ausführliche Darstellung der EU-Rechtsprechung vgl. BUNTE (Fn 1572), Art. 81 Rz 101 ff.; DANIEL ZIMMER, in: Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2007, Art. 81 Abs. 1 EG Rz 306 ff.; WOLLMANN/SCHEDL (Fn 1628), Art. 81 EG Rz 112 ff.

¹⁶⁶³ Urteil des EuG vom 16. September 2013 T-386/10 *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG* Rz 2, 100 ff., noch nicht in der amtl. Slg.; vgl. ferner Zusammenfassung des KOMME, ABl. C 348/12, Rz 4 f. *Badezimmerausstattungen*.

¹⁶⁶⁴ KOMM, ABl. 2004 L 38/18, Rz 84 ff., 182 ff., *Methyglukamin*; vgl. zum Preisniveau auch etwa das Urteil des EuG T-224/00 *Archer Daniels Midland et al./Kommission*, Slg. 2003 II- 2597 Rz 120 und die dort angegebene Rechtsprechung. Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen, vgl. EuGH C-397/03 P *Archer Daniels Midland et al./Kommission*, Slg. 2006 I-4429.

- iii. Im Entscheid *Industriegase und medizinische Gase* hielt die EU-Kommission fest, die Vereinbarungen über den Prozentsatz und den Betrag von Preiserhöhungen zu einem bestimmten Zeitpunkt sowie die Festlegung von Mindestpreisen auf Flaschengasen stellte eine Preisabrede im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV (damals Art. 81 Abs. 1 Bst. a EGV) dar.¹⁶⁶⁵
- iv. Im Urteil *Hüls*¹⁶⁶⁶ hielt der EuGH den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV für erfüllt, als verschiedene Hersteller Preisinitiativen bzw. „Preisschübe“ oder «Preisoffensiven» starteten, denen die anderen Hersteller folgten, um das Preisniveau auf eine bestimmte Höhe anzuhöhen.¹⁶⁶⁷
- v. Im Urteil *Thyssen Stahl AG* beurteilte das Gericht die von einem Unternehmen gegenüber den Konkurrenten angekündigte Preiserhöhung verbunden mit der Aufforderung, dieser Erhöhung zu folgen, im Wissen darum, dass die Konkurrenten nachfolgenden würden, und die Ankündigung eines Unternehmens, die Preise zu erhöhen, nachdem es von Konkurrenten dazu aufgefordert worden war, als Preisabreden.¹⁶⁶⁸
- vi. Gemäss Kommission stellten die von PVC-Herstellern geplanten gemeinsamen Preisinitiativen und vereinbarten Zielpreise ab einem vereinbarten Zeitpunkt Preisabreden dar, mit welchen die Risiken einer einseitig versuchten Preiserhöhung ausgeschaltet werden sollten.¹⁶⁶⁹
- vii. Der EuGH qualifizierte im Fall *Imperial Chemical Industries* die abgestimmten Erhöhungen von Farbstoffpreisen durch mehrere Farbstoffhersteller in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten im gleichen oder ähnlichen Umfang und zum selben Zeitpunkt oder in geringem zeitlichem Abstand als Preisabrede.¹⁶⁷⁰
- Preisabrede hängt also nicht davon ab, ob Herstellerpreise, Grossistenpreise oder Preise von Einzelhändlern betroffen sind.¹⁶⁷²
- ii. Der Entscheid, Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906), hatte zweierlei zur Folge. Erstens gewährte ein Sanitär-grosshändler in einer Rechnung für alle Produkte, die einer bestimmten Rabattgruppe zugehörten, einen einheitlichen Rabatt. Zweitens umfasste eine Rabattgruppe eine gewisse Rabattbandbreite (Rz 424 ff.). Damit trafen die SGVSB-Mitglieder Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, was gemäss KG-Botschaft unter den Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren ist (vgl. auch Zitat der Botschaft Rz 2292).¹⁶⁷³
- iii. Die Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886) hatte einen direkten Einfluss auf die Verkaufspreise gegenüber den Installateuren. Es sei auf das bereits Gesagte verwiesen: Zumal der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gemäss KG-Botschaft und Bundesgericht jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten erfasst (vgl. auch Zitat der Botschaft Rz 2292)¹⁶⁷⁴, sind auch Bruttopreise als Preisabreden zu qualifizieren. Auch die bereits zitierte Literatur und rechtskräftige Praxis der WEKO qualifiziert Abreden, die beschaffungsseitig den Einkaufspreis betreffen oder absatzseitig den Verkaufspreis auf allen Vertriebsstufen als Preisabrede. Die Qualifikation als Preisabrede hängt also nicht davon ab, ob Herstellerpreise, Grossistenpreise oder Preise von Einzelhändlern betroffen sind.¹⁶⁷⁵ Diese Ausführungen gelten *a fortiori* für Margenfestlegungen,

Anwendung auf den vorliegenden Fall

2302. In Übereinstimmung mit den oben genannten Ausführungen steht fest, dass die folgenden verbandsinternen Vereinbarungen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen:

- i. Die verbandsweite Entscheidung gemeinsame Bruttopreise bis 2007 (Rz 1839, Rz 1865 ff.) zu führen, stellt eine Vereinbarung über einen gemeinsamen Basispreis bzw. einen erheblichen Preisbestandteil dar. Denn wie bewiesen, hängen von der Höhe der Bruttopreise, die Höhe der Rabatte und die Höhe der Nettopreise ab, welche der Sanitärinstallateur bezahlt (Rz 337 ff., Rz 730 ff.). Zumal der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gemäss KG-Botschaft und Bundesgericht jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten erfasst (vgl. auch Zitat der Botschaft Rz 2292)¹⁶⁷¹, sind auch Bruttopreise als Preisabreden zu qualifizieren. Auch die bereits zitierte Literatur und rechtskräftige Praxis der WEKO qualifiziert Abreden, die beschaffungsseitig den Einkaufspreis betreffen oder absatzseitig den Verkaufspreis auf allen Vertriebsstufen als Preisabrede. Die Qualifikation als

¹⁶⁶⁵ KOMM, ABI. 2003 L 84/1, Rz 101, 354 ff., *Industriegase und medizinische Gase*; bestätigt durch EuG T-303/02 *Westfalen Gasser Nederland BV*, Slg. 2006 II-04567.

¹⁶⁶⁶ EuGH C-199/92 *Hüls*, Slg. 1999 I-04287.

¹⁶⁶⁷ KOMM, ABI. 1996 L 203/9 Rz 24 f., Rz 86 ff. Polypropylen; EuGH C-199/92 *Hüls*, Slg. 1999 I-04287, Rz 20.

¹⁶⁶⁸ EuG T-141/04 *Thyssen Stahl AG*, Slg. 1999 II-00347 Rz. 234 ff., Rz 248 ff., Rz 299 f.

¹⁶⁶⁹ KOMM, ABI. 1994 L 239, Rz 7, 35, PVC; vgl. auch EuG T-141/89 *Tréfileurope Sales*, Slg. 1995 II 797 Rz 28, 79 ff.

¹⁶⁷⁰ EuGH 48-69, *Imperial Chemical Industries Ltd*. Slg. 1972, 00619 ff., vgl. insbes. Rz 52/56 ff.

¹⁶⁷¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5.

¹⁶⁷² BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 377 f.; KOSTKA (Fn 1639), 452 f., Rz 1327 ff.; RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; RPW 2012/3, 642, Rz 257, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2000/3, 339 f., Rz 34 ff., *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*.

¹⁶⁷³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5.

¹⁶⁷⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5.

¹⁶⁷⁵ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 377 f.; KOSTKA (Fn 1639), 452 f., Rz 1327 ff.; RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; RPW 2012/3, 642, Rz 257, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2000/3, 339 f., Rz 34 ff., *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*.

welche die WEKO rechtskräftig als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifizierte.¹⁶⁷⁶

- iv. Der Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.), stellt eine Abrede über die Preisstrategie dar. Denn indem sich die SGVSB-Mitglieder darauf einigten, ihre Produkte nicht mit Nettopreisen anzuschreiben, stellten sie klar, dass sie beim alten System der Rabattgruppen verbleiben wollten, welches sie zusammen mit Sanitas Troesch erarbeitet hatten. Ein individuell unterschiedliches Preissystem hätte es den SGVSB-Mitgliedern erlaubt, Sanitärinstallateur-freundliche oder Kunden-freundliche Brutto- bzw. Nettopreise zu setzen. Die unterschiedlichen Preissysteme wären geeignet gewesen, den Wettbewerb zu verstärken. Die Vereinbarung, ein einheitliches Preissystem zu führen, verunmöglichte einen Wettbewerb der Preissysteme (bzw. zwischen Nettopreisen und Bruttopreisen) innerhalb des Verbandes. Ferner wurden dadurch indirekt die Kriterien zur Anwendung von Rabatten, was gemäss KG-Botschaft unter den Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren ist, vereinbart. Insgesamt vereinbarten die Verbandsmitglieder also wesentliche Preisbestandteile. Die Vereinbarung stellt daher eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar.
- v. Die Abrede die verbandsinternen Basisrichtpreise (Rz 1957 f.) unterjährigen Herstellerpreisänderungen anzupassen, stellt ebenfalls eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar. Denn einerseits stimmte auf diese Weise der Zeitpunkt der Bruttopreiserhöhung oder -senkung der verschiedenen SGVSB-Mitglieder überein und andererseits der Umfang der unterjährigen Preis Anpassung. Die Vereinbarung dieser automatischen Anpassung eines Preiselements stellt eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar.¹⁶⁷⁷
- vi. Bis 2012 legten die SGVSB-Mitglieder zudem die Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.) fest, was einen Preisaufschlag bzw. -bestandteil betrifft, der in jeder Rechnung eines Sanitär-grosshändlers berücksichtigt wird. Eine Vereinbarung über dieses Preiselement ist daher eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor.
- vii. Auch die einheitliche Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.) durch die SGVSB-Mitglieder für von ausländischen Herstellern in Euro verrechneten Produkten beschlägt einen festen Preisbestandteil. Die Vereinbarung dieses Preiselementes erfüllt daher den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.
- viii. Schliesslich bedeutete die Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043 f.) der sogenannten Teampurhändler, dass die SGVSB-Mitglieder einen erheblichen Preisbestandteil vereinbarten. Die Festlegung führte dazu, dass die Bruttopreise von Burgener, Kappeler und Sanidusch identisch waren. Zudem führten sie dadurch immer die höchsten Bruttopreise im Markt für Sanitär-gross-

handel. Beim Bruttopreis handelt es sich um einen Preisbestandteil, weshalb die Abrede über die Teampur-Preise eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ist.

2303. In Übereinstimmung mit den vorangehenden Feststellungen steht ferner fest, dass die folgenden Vereinbarungen zwischen dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen:

- i. Die Vereinbarungen zwischen Sanitas Troesch und dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern (Rz 2270) gilt Folgendes: Die Vereinbarungen das Bruttopreis- und Rabattniveau
- a. für das Jahr 1997 (Rz 822 f.),
 - b. für das Jahr 1998, inkl. Margen (Rz 841),
 - c. für das Jahr 1999 (Rz 865 f.; die im Jahr 2000 nachwirkte [Rz 878]),
 - d. für das Jahr 2001 (Rz 935 ff.),
 - e. selektiv für das Jahr 2003 (Rz 1036 ff.) und
 - f. für das Jahr 2004/2005 (Rz 1140 ff., Rz 1159, Rz 1183)

zu senken, betreffen allesamt die Preiselemente der Bruttopreise und der Rabatte. Es sei erneut erwähnt, dass die Höhe der Rabatte und die Höhe der Nettopreise, welche der Sanitärinstallateur bezahlt (Rz 337 ff., Rz 730 ff.), von den Bruttopreisen abhängt. So ging die Senkung der Bruttopreise immer mit einer entsprechenden Senkung der Rabatte einher (Rz 454) wurden durch die Vorgabe des Bruttopreinsniveaus auch das Rabattniveau mitbestimmt. Zumal der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gemäss KG-Botschaft und Bundesgericht jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten erfasst (vgl. auch Zitat der Botschaft Rz 2292)¹⁶⁷⁸, sind auch Bruttopreise als Preisabreden zu qualifizieren. Die Qualifikation als Preisabrede hängt nicht davon ab, ob Herstellerpreise, Grossistenpreise oder Preise von Einzelhändlern von der Abrede betroffen sind.¹⁶⁷⁹ Die Vereinbarung über die Bruttopreise enthielt zugleich eine implizite Vereinbarung über die Kriterien zur Anwendung von Rabatten. Sowohl die Abrede über

¹⁶⁷⁶ RPW 2001/3, 516, Rz 23c; 521, Rz 36, *SUMRA/Distribution de montres*.

¹⁶⁷⁷ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 412, wonach das Festelegen von Teuerungszuschlägen indirekte Preisfestsetzungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG sind.

¹⁶⁷⁸ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5.

¹⁶⁷⁹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 377 f.; KOSTKA (Fn 1639), 452 f., Rz 1327 ff.; RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; RPW 2012/3, 642, Rz 257, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2000/3, 339 f., Rz 34 ff., *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*.

die Bruttopreise als auch über die gleichzeitige entsprechende Senkung der Rabatte sind gemäss KG-Botschaft unter den Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren (vgl. auch Zitat der Botschaft Rz 2292), da sie Abreden über Preiselementen oder Preiskomponenten bzw. über Kriterien zur Anwendung von Rabatten darstellen.¹⁶⁸⁰

ii. Die Vereinbarungen

g. gemeinsam Rabattgruppen zu erarbeiten, inkl. die Rabattgruppe Wellness im Jahr 2001 zu schaffen (Rz 935 ff.) und

h. die Weiterentwicklung und Integration der Rabattgruppen in die Installateursoftware (Rz 1211 f.)

hatte die Einteilung von Produkten in Rabattgruppen mit unterschiedlichen Rabattbandbreiten zur Folge und stellte sicher, dass diese Rabattgruppen in der Zusammenarbeit mit den Installateuren tatsächlich angewendet wurden. Pro Rabattgruppe erteilten die einzelnen Sanitär-grosshändler innerhalb derselben Rechnung einen einheitlichen Rabatt (vgl. zu den Rabattgruppen Rz 424 ff.). Die Rabatte der einzelnen Sanitär-grosshändler konnten innerhalb dieser Bandbreiten variieren und die vom SGVSB angegebenen Höchst-rabatte konnten überschritten werden. Nichtsdestotrotz war die Rabattbandbreite je nach Rabattgruppe unterschiedlich. Also z.B. bei CRH lag das Rabattniveau für die Rabattgruppe «Sanitärartikel» [...] % höher als für die Rabattgruppe Wellness (vgl. Rz 402, zu den Rabattbandbreiten insgesamt Rz 395 ff.). Nach Abzug der Rabatte vom Bruttopreis bestand also ein vereinbarter Nettopreiskorridor für eine bestimmte Gruppe von Produkten, was eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ist.¹⁶⁸¹ Gleichzeitig vereinbarten die Abredeteilnehmer Kriterien zur Anwendung von Rabatten, was gemäss Botschaft den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ebenfalls erfüllt.¹⁶⁸²

iii. Die Vereinbarung über

i. die einheitlichen Eurowechselkurse und die Einbaukosten (Rz 1036 ff.),

hatte Preiselemente zum Gegenstand. Durch die Vereinbarung des Eurokurses wurde ein Preisbestandteil festgelegt. Die Kosten des Einbaus stellen je nachdem, ob der Betrag im Gesamtpreis oder getrennt ausgewiesen wird, die Vereinbarung eines Preisbestandteils oder eines Endpreises für eine Dienstleistung dar. Eine solche Vereinbarung erfüllt den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.

2304. Im Jahr 2012 haben Sanitas Troesch, Richner und Gétaz (CRH) sowie Sabag und Innosan gleichzeitig das Bruttopreis- und das Rabattniveau aufeinander abgestimmt (Rz 2272 f.).

2305. Mit Bezug auf die Bruttopreis- und Rabattniveausenkung im Jahr 2012 ist bewiesen, dass Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan unter Beteiligung des SGVSB miteinander diskutierten und wettbewerbsrelevante Informationen über die be-

vorstehende Bruttopreis- und Rabattniveausenkung ausgetauscht haben. Das vollständige Beweisergebnis zu den Kontaktaufnahmen und dem Informationsaustausch ist unter Rz 1721 ff. ausführlich dargelegt, es soll hier nicht erneut aufgeführt werden. Zur Erinnerung sei zusammenfassend auf gewisse Aspekte des Beweisergebnisses hingewiesen: Sanitas Troesch kündigte dem SGVSB eine Bruttopreissenkung im Umfang von 20 % an, diskutierte die Senkung in der Kooperation Sanitär Schweiz mit dem SGVSB Gétaz, Richner und Sabag. Ferner versicherte Sanitas Troesch die Senkung «klar und frühzeitig» zu kommunizieren. Durch den Informationsaustausch (vgl. dazu ausführlich Rz 1744 ff.) und die dadurch erreichte gleichzeitige Bruttopreissenkung wollten sich Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan, als Vertreter des dreistufigen Absatzkanals vor dem Wettbewerb alternativer Absatzkanäle, welche Nettopreise führten, schützen. Zudem wollten sie den Wettbewerb innerhalb des dreistufigen Absatzkanals einschränken, um Marktanteils- bzw. Umsatzverluste zu verhindern. Ferner steht fest, dass sich Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan auf dem Markt tatsächlich gleichförmig verhalten haben (Rz 1747 ff.), indem sie ihre Bruttopreise zeitgleich und im gleichen oder ähnlichen Umfang senkten und parallel dazu die Rabatte im entsprechenden Umfang senkten. Schliesslich steht fest, dass der Informationsaustausch kausal für das gleichförmige Marktverhalten von Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan war (Rz 1751 ff.). Wie bereits dargelegt, stellt dieses Verhalten eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan unter Beteiligung des SGVSB dar. Alle diese Unternehmen senkten ihre Bruttopreise und damit einhergehend ihre Rabatte in gleichem oder ähnlichem Ausmass. Es sei im Hinblick auf die Subsumierung dieses abgestimmten Verhaltens unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auf die soeben gemachten Ausführungen in Rz 2303 i verwiesen. Demnach steht fest, dass die Abstimmung einer Bruttopreissenkung für sich genommen eine Preisabrede darstellt. Zugleich ist die damit einhergehende abgestimmte Senkung der Rabatte eine Preisabrede. Zusammen oder getrennt stellen beide Verhaltensweisen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar.¹⁶⁸³

¹⁶⁸⁰ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5.

¹⁶⁸¹ KOTSKA (Fn 1639), 458 ff. Rz 1348 ff., Rz 1353 ff.; vgl. auch CR Concurrence, AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 395, 401 f.; die erwähnte Literatur qualifiziert grundsätzlich Preiskorridore bzw. Rahmenpreise („prix-cadres“) und Preisstrategien für bestimmte Produkte ebenfalls als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifizieren. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 408, 410 KRAUSKOPF/SCHALLER sprechen von Preisspannen, Toleranzgrenzen, Handelsspannen, Preisnachlässe und Rabatte, welche unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren sind.

¹⁶⁸² Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

¹⁶⁸³ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 377 f.; KOTSKA (Fn 1639), 452 f., Rz 1327 ff.; RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; RPW 2012/3, 642, Rz 257, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2000/3, 339 f., Rz 34 ff., *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994*, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5.

2306. Es ist bewiesen, dass Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener zwischen 1999 bis 2002 folgende Vereinbarungen getroffen haben (Rz 1773 ff. bzw. Rz 1809):

- i. Kleinlieferungen von Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener sollten nur zu Bruttopreisen inkl. MWSt verkauft werden,
- ii. bei Bestellungen bis zu CHF 10'000.– sollten 1–10 % Rabatt auf die Teampreise gewährt werden zuzüglich der MWSt,
- iii. bei Bestellungen bis zu CHF 100'000.– sollten 1–15 % Rabatt auf die Teampreise gewährt werden zuzüglich der MWSt,
- iv. Installateure sollten für von Privaten bezogene Produkte 5 % Rabatt auf den Nettoverkaufspreis erhalten.

2307. Mit Bezug auf Punkt i haben die Parteien eine Vereinbarung über einen Endverkaufspreis getroffen. Eine solche Abrede fällt unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.¹⁶⁸⁴ Punkte ii bis iv sind Vereinbarungen über Rabatte bzw. über die Kriterien von Rabatten, was dazu führt, dass nach Abzug der Rabatte der Nettopreis in einem bestimmten Rahmen ausfällt. Solche Abreden stellen in Übereinstimmung mit einem gewichtigen Teil der Literatur¹⁶⁸⁵, der Botschaft¹⁶⁸⁶ und der Rechtsprechung¹⁶⁸⁷ Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar.

2308. Die Vereinbarung von 2003 bis 2010 zwischen Gétaz, Bringhen und Suissetec, der Grosshandel solle Privaten Einzel- und Ersatzteile nur zu Bruttopreisen verkaufen (Rz 1811), ist eine Abrede über Endverkaufspreise. In Übereinstimmung mit den soeben gemachten Erläuterungen steht fest, dass diese Abrede den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllt.

2309. Schliesslich ist bewiesen, dass Gétaz, Bringhen und die Suissetec zwischen 2003-2010 die folgenden «Spielregeln» vereinbarten (Rz 1811):

- i. Der Grosshandel verkauft ausschliesslich über den Installateur,
- ii. der Installateur kauft ausschliesslich über die Sanitär-Grossisten des dreistufigen Absatzkanals ein, dies galt auch für Badezimmermöbel und Armaturen,
- iii. bei Anfragen von Privaten oder Generalunternehmern soll stets nach dem voraussichtlichen Installateur gefragt werden und die Rabattierung durch den Installateur erfolgen (Rz 1784 ff.).

2310. Die Spielregeln im Kanton Wallis zielten darauf ab, den dreistufigen Absatzweg gegen andere Konkurrenten zu schützen. Konkret sollte sichergestellt werden, dass die von der Vereinbarung betroffenen Sanitärinstallateure und Sanitär-grosshändler nur voneinander Produkte beziehen und systemgemäss der Installateur Rabatte erteilte. Die Vereinbarung über die Zuteilung von Bezugsquellen ist geeignet, den Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern und Vertriebskanälen zu beschränken. Die alternativen Anbieter sollten auf dem Markt «nicht Fuss fassen können» (vgl. Rz 1789). Auf diese Weise entstand dem dreistufigen Absatzkanal

keine Konkurrenz durch alternative Absatzkanäle wie Baumärkte, welchen der Vertrieb von dreistufig vertriebenen Produkten verwehrt blieb und die ihre Produkte zu Nettopreisen anboten. Die Vereinbarung schützte den dreistufigen Absatzkanal somit letztlich vor zusätzlicher Preiskonkurrenz. Mit anderen Worten entzogen sich die Vereinbarungsteilnehmer funktionierendem Wettbewerb durch die Vereinbarung und Einhaltung der Spielregeln. Sie verzichteten auf die ihnen verfassungsrechtlich eingeräumte Freiheit, sich auf dem Markt unabhängig von ihren Konkurrenten zu verhalten. Es steht dadurch fest, dass die vereinbarten «Spielregeln» Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.¹⁶⁸⁸

C.4.3.3 Die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG

Gesetzesmaterialien und Lehre

2311. Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 versteht unter Abreden über Bezugs- und Liefermengen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG unter anderem:

[...] die vorherige Festlegung der jeweiligen Marktanteile der Kartellmitglieder und die Festlegung von Mengenzielen in gewissen Gebieten bezeichnet werden. Auch Gruppenboykotte erfüllen den vorliegenden Vermutungstatbestand, weil sie einer Beschränkung auf die Menge Null gleichkommen. In welcher Weise und für welche Marktstufen die Mengen festgelegt werden, ist für die Anwendung der Vermutung ohne Bedeutung [...]¹⁶⁸⁹

2312. Gemäss einer Lehrmeinung reduzieren Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG künstlich das Angebot oder die Nachfrage.¹⁶⁹⁰ Mit anderen Worten beschlägt die Mengenbeschränkung den Bezug oder den Absatz bestimmter Produkte¹⁶⁹¹. Wie auch die Botschaft zählt die Lehre den Gruppenboykott, dessen Zweck es sei, einen oder mehrere betroffene Kunden oder Lieferanten vom Eintritt in den Markt zu hindern, zu den Abreden über Bezugs- und Liefermengen.¹⁶⁹² Der Gruppenboykott führt, wie auch die Botschaft erwähnt, auf eine vollständige Unterdrückung der angebotenen Menge im Gebiet.¹⁶⁹³

¹⁶⁸⁴ BGE 129 II 18, 31 f. E. 6.5.5.

¹⁶⁸⁵ KOTSKA (Fn 1639), 458 ff. Rz 1348 ff., Rz 1353 ff.; vgl. auch CR Concurrence, AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 395, 401 f.; die erwähnte Literatur qualifiziert grundsätzlich Preiskorridore bzw. Rahmenpreise («prix-cadres») und Preisstrategien für bestimmte Produkte ebenfalls als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifizieren. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 408, 410. KRAUSKOPF/SCHALLER sprechen von Preisspannen, Toleranzgrenzen, Handelsspannen, Preisnachlässe und Rabatte, welche unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren sind.

¹⁶⁸⁶ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

¹⁶⁸⁷ BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5.

¹⁶⁸⁸ CR Concurrence, AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 110; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 150; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 5 KG N 4.

¹⁶⁸⁹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567 f.

¹⁶⁹⁰ PHILIP M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 5 N 27.

¹⁶⁹¹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 417; HOFFET (Fn 1638), in: Homburger et al., Art. 5 KG N 122; KOSTKA (Fn 1639), 489 Rz 1451 f.

¹⁶⁹² BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 423; vgl. auch HOFFET (Fn 1644), in: Homburger et al., Art. 5 N 122; KOSTKA (Fn 1639), 490 Rz 1453; 493, Rz 1462.

¹⁶⁹³ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 454.

2313. In der Literatur werden auch von den Verbandsmitgliedern befolgte Empfehlungen eines Verbands über die höchstens abzusetzende Menge als Mengenabreden qualifiziert.¹⁶⁹⁴

2314. Die Vereinbarung der Sortimentskommission, gewisse Produkte nicht in die Stammdaten und damit nicht in die Teamkataloge aufzunehmen, ist vor diesem Hintergrund als Mengenabrede zu qualifizieren. Denn die Nichtaufnahmen basierten unter anderem darauf, dass sich ein Lieferant nicht an den dreistufigen Absatzweg hielt (Rz 2055) oder dessen Preispolitik nicht mit den Wünschen Verbandsmitglieder übereinstimmte (Rz 2055, 2059) und kam daher einer Boykottmassnahme gleich. Wie die nachfolgenden Beispiele zeigen, ist diese Qualifikation praxiskonform.

Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden

2315. Für das vorliegende Verfahren können die folgenden Fälle als Vergleich herangezogen werden:

- i. In der Vorabklärung *Reorganisation des Biomilchmarktes* qualifizierte das Sekretariat eine Vereinbarung als Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG, wonach Milch nur als Biomilch mit einem Knospe-Label von Bio Suisse gehandelt werden durfte, wenn sie durch eine Milchhandelsorganisation gehandelt wurde, die eine Bewilligung von Bio Suisse eingeholt hatte. Bio Suisse entschied zudem, welche Milch nicht über eine zugelassene Biomilchhandelsorganisation verkauft werden durfte.¹⁶⁹⁵
- ii. In der Untersuchung *Markt für Strassenbeläge* qualifizierte die WEKO den folgenden Sachverhalt als Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG.¹⁶⁹⁶ Die ABM hatte mit Siderit vereinbart, dass Siderit eine Mindestmenge aus der Produktion der ABM in der Schweiz absetzte.¹⁶⁹⁷ Die Vereinbarung bezweckte und bewirkte, dass der Bezug von Strassenbelägen nur noch beschränkt über andere Mischgutanlagen erfolgen konnte und zudem nur zu geregelten Mengen, Preisen und Gebieten.¹⁶⁹⁸
- iii. In der Vorabklärung *FTTH Freiburg* stellte das Sekretariat fest, dass eine Vereinbarung, der zufolge Gebäudefasern von den Telekommunikationsmärkten ausgeschlossen werden, obwohl sie zur Bereitstellung von Datenübertragungsdienstleistungen hätten verwendet werden können, zu einer Einschränkung der angebotenen Menge an Glasfasern auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur führte.¹⁶⁹⁹

EU-Praxis

2316. Der dem Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG entsprechende Art. 101 Abs. 1 Bst. b AEUV verbietet die Einschränkung des Absatzes von Produkten. Für den vorliegenden Fall haben die folgenden Beispiele aus der Rechtsprechung Erkenntniswert:

- i. Im Fall *Dansk Røhrindustri* bestätigte der EuGH einen Kommissionsentscheid, in dem diese u.a. den Beschluss von sieben an einem Kartell beteiligten Unternehmen, die Kunden und Zulieferer eines nicht am Kartell beteiligten Unternehmens

zu boykottieren, als verbotene Abrede im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV qualifiziert hatte.¹⁷⁰⁰

- ii. In der Entscheidung *Elektrotechnische und mechanische Kohlenstoff- und Graphitprodukte* beurteilte die Kommission die von den Kartellmitgliedern ergriffenen Boykottmassnahmen im Lichte von Art. 101 Abs. 1 Bst. b AEUV. Die Kartellmitglieder stellten Produkte aus Kohlenstoff her und verkauften zugleich Kohlenstoffblöcke an sog. Zuschneider. Die Zuschneider verarbeiteten die Kohlenstoffblöcke zu Fertigprodukten. Auf dies Weise waren die Zuschneider zugleich Kunden und Konkurrenten der Kartellmitglieder. Im Bereich der Fertigprodukte aus Kohlenstoff konkurrierten sie ihre Lieferanten. Um die Konkurrenz einzudämmen, beschlossen die Kartellmitglieder u.a., die Zuschneider mit gewissen Rohmaterialien nicht mehr zu beliefern.¹⁷⁰¹

Anwendung der genannten Praxis auf den vorliegenden Fall

2317. Wie bereits gesagt, kam die Vereinbarung der Sortimentskommission, gewisse Produkte nicht in die Stammdaten und nicht in die Teamkataloge aufzunehmen (Rz 2078 f.), einer Boykottmassnahme gleich. Sie dauerte bis 2012 an. Diese Beschlüsse der Sortimentskommission als Verbandsorgan waren gemäss Statuten (vgl. Rz 140 f.), für alle Verbandsmitglieder verbindlich. Deren Missachtung konnte zu einer Sanktion oder gar dem Verbandsausschluss führen. In Übereinstimmung mit der aufgeführten Rechtsprechung (v.a. *SVIT-Honorarrichtlinien*) und Doktrin (Rz 2255) stellen die Beschlüsse somit rechtlich erzwingbare Vereinbarungen zwischen sämtlichen SGVSB-Verbandsmitgliedern dar. Gewisse Aspekte des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts decken sich mit den bereits in der Praxis beurteilten Fällen:

2318. Ähnlich wie in der Vorabklärung *Reorganisation des Biomilchmarktes* war es ein Verband, der darüber entschied, ob ein gewisses Produkt in den Schweizer Markt eintreten konnte. Während der SGVSB über die Aufnahme der Produkte in die Stammdaten und damit in die Sortimente der Mitglieder beschloss, entschied Bio Suisse über den Verkauf eines Produktes als Biomilchprodukt. Zwar deckte der SGVSB im Unterschied zu Bio Suisse einzig 50 % des gesamten Marktes ab, dies ändert aber nichts am Umstand, dass der SGVSB mit der

¹⁶⁹⁴ KOSTKA (Fn 1639), 490 Rz 1454.

¹⁶⁹⁵ RPW 2005/3, 458, Rz 2; 463, Rz 45 f., *Reorganisation des Biomilchmarktes*.

¹⁶⁹⁶ RPW 200/4, 618, Rz 135, *Markt für Strassenbeläge*.

¹⁶⁹⁷ RPW 200/4, 597, Rz 43, *Markt für Strassenbeläge*.

¹⁶⁹⁸ RPW 200/4, 608, Rz 88, *Markt für Strassenbeläge*.

¹⁶⁹⁹ RPW 2012/2, 177, Rz 86 i.V.m. 180, Rz 123, *FTTH Freiburg*.

¹⁷⁰⁰ EuGH verb. Rs C-189/02 et al. *Dansk Røhrindustri*, Slg. 2005, I-5488, Rz 23, 29.

¹⁷⁰¹ Kommissionsentscheid vom 3. Dezember 2003 in der Sache C.38.359 Rz 154 ff., 278, *Elektrotechnische und mechanische Kohlenstoff- und Graphitprodukte*, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38359/38359_35_1.pdf; gekürzte Version in KOMME, ABl. 2004 L 125/45, *Elektrotechnische und mechanische Kohlenstoff- und Graphitprodukte*; bestätigt durch EuG T-73/04 und EuGH C-554/08 P *Le Carbone-Lorraine*, ABl. 2010 C 11/5.

Ablehnung der Aufnahme in das Sortiment der SGVSB-Mitglieder, den Markteintritt der betroffenen Produkte bzw. Unternehmen, wenn nicht verunmöglichte, so doch zumindest stark erschwerte. Der Bezug des abgelehnten Produktes war einzig noch über den Sanitär-grosshändler Sanitas Troesch möglich, dessen Sortiment stark demjenigen der SGVSB-Mitglieder ähnelte. Darin liegt zugleich eine Gemeinsamkeit mit dem Fall *Markt für Strassenbeläge*, wo die Vereinbarung der Kartellanten den Bezug von Strassenbelägen über alternative Anbieter einschränkte. Schliesslich gleicht der vorliegend zu qualifizierende Sachverhalt dem FTTH-Fall. Während im FTTH-Fall gewisse Gebäudefasern von den Telekommunikationsmärkten ausgeschlossen wurden, obwohl sie dazu geeignet gewesen wären, hinderte die Nichtaufnahme der Produkte in das SGVSB-Sortiment den Markteintritt, obwohl die Produkte dazu geeignet gewesen wären.

2319. Auch bestehen Parallelen zur genannten europäischen Praxis. Während im Fall *Dansk Røhrindustri* ein Unternehmen boykottiert wurde, das nicht am Kartell beteiligt war, boykottierten der SGVSB und seine Mitglieder Produkte bzw. Unternehmen, welche sich nicht zum dreistufigen Vertrieb oder der entsprechenden Preispolitik bekannten. In beiden Fällen richteten sich die Boykotte also gegen Marktteilnehmer, welche das Kartell destabilisierten. Die Parallele des vorliegenden Falles zum *Kohlenstoff und Graphitprodukte*-Fall besteht darin, dass sich die Boykotte in beiden Fällen gegen Marktteilnehmer richteten, welche zum einen Handelspartner und zum anderen Wettbewerber waren. In ersterem Fall waren dies die Zuschneider, in casu sind es die Hersteller, welche unter Umgehung des dreistufigen Absatzweges direkt an die Sanitärinstallateure lieferten und somit zu Konkurrenten der Sanitär-grosshändler wurden, welche ebenfalls die Sanitärinstallateure mit Sanitärprodukten bedienen. In beiden Fällen wurde dadurch der Wettbewerb eingeschränkt.

2320. Abschliessend steht somit fest, dass die Qualifizierung des vorliegenden Sachverhalts als Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG sowohl mit der schweizerischen als auch der europäischen Praxis übereinstimmt. Die Schweizerische Praxis stimmt zudem mit der auf der Doktrin basierenden Qualifikation des Sachverhaltes als Mengenabrede überein. Die genannte europäische Praxis ist diesbezüglich weniger differenziert, zumal sie einfach auf das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV hinweist, ohne abschliessend auf einen bestimmten Tatbestand dieses Absatzes Bezug zu nehmen.

C.4.4 Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs

C.4.4.1 Ablauf der Prüfung der Wettbewerbsbeeinträchtigung

2321. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen,

- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen,
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

2322. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede zumindest wirksamer Restwettbewerb besteht. Um zu prüfen, ob wirksamer Restwettbewerb besteht, untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum einen, wie wichtig die von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter waren. Je unbedeutender der Wettbewerbsparameter war, desto geringer ist die Auswirkung einer Abrede über diesen Parameter auf den Wettbewerb. Zum anderen prüfen die Wettbewerbsbehörden, welche disziplinierenden Kräfte auf die Partner der Abrede einwirkten. Je stärker diese disziplinierenden Kräfte wirkten, desto geringer war deren Auswirkung auf den Wettbewerb.

2323. Um zu entscheiden, ob die gesetzliche Vermutung widerlegt ist, untersuchen die Wettbewerbsbehörden praxismässig zwei Arten von disziplinierenden Kräften. Erstens wird der Wettbewerbsdruck von nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen geprüft (Aussenwettbewerb). Zweitens betrachten die Wettbewerbsbehörden den allenfalls verbleibenden Wettbewerb unter den Teilnehmern der Abreden (Innenwettbewerb).

2324. Bei der Analyse des Aussenwettbewerbs überprüfen die Wettbewerbsbehörden die disziplinierende Wirkung sowohl aktueller als auch potentieller Konkurrenten.¹⁷⁰² Aktueller Wettbewerb geht von Unternehmen aus, welche vergleichbare Produkte und Leistungen auf demselben Markt anbieten. Potentielle Wettbewerber sind Unternehmen, die mittelfristig mit einem vergleichbaren Angebot in den Markt eintreten können.

2325. Mit Bezug auf den Innenwettbewerb ist gemäss Bundesgericht zu prüfen, ob die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird oder ob trotz Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren wirksamer Wettbewerb fortbesteht.¹⁷⁰³ Beim Innenwettbewerb wird demnach geprüft, in welchem Ausmass sich die Partner der Abrede effektiv an die Abrede hielten (quantitative Komponente des Innenwettbewerbs). Ferner wird geprüft, welche Wettbewerbsparameter von der Abrede betroffen sind (qualitative Komponente des Innenwettbewerbs). Sind keine dominanten Wettbewerbsparameter von der Abrede betroffen, besteht in der Regel ein gewisser qualitativer Restwettbewerb.

¹⁷⁰² Vgl. bezüglich Aussenwettbewerb BGE 129 II 18, 35, E. 8.1.

¹⁷⁰³ BGE 129 II 18, 37, E. 8.1.

2326. Kann die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden, ist zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vorliegt. Bis anhin beurteilte die WEKO die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes sowohl nach qualitativen als auch nach quantitative Kriterien.¹⁷⁰⁴ Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxismässig die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷⁰⁵ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷⁰⁶ In quantitativer Hinsicht ermittelt sie, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das „Gewicht“ der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt.¹⁷⁰⁷ Gemäss Bundesgericht reicht es aus, dass die Abredeteilnehmer zusammen einen nicht unerheblichen Marktanteil halten.¹⁷⁰⁸ Gemäss der bisherigen Praxis führt die Gesamtbetrachtung der qualitativen und quantitativen Kriterien zum Ergebnis, dass der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist. Nicht erforderlich ist, dass der Wettbewerb nach qualitativen Kriterien *und* nach quantitativen Kriterien jeweils als erheblich angesehen werden müsste.¹⁷⁰⁹ Horizontale Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden qualifizierte die WEKO bis anhin als besonders schwerwiegende Typen von Abreden, welche das qualitative Element der Erheblichkeit ohne weiteres erfüllten, weshalb sie an die Erfüllung des quantitativen Kriteriums der Erheblichkeit keine allzu hohen Anforderungen mehr stellte.¹⁷¹⁰

2327. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) hat diese Praxis nunmehr präzisiert. Das BVGer lässt es in seiner jüngsten Rechtsprechung zu direkt sanktionierbaren vertikalen Wettbewerbsabreden bereits genügen, dass ein qualitativ schwerwiegender Wettbewerbsverstoss vorliegt, um eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu bejahen.¹⁷¹¹ Analog zur Erheblichkeitsprüfung bei vertikalen Abreden, muss der Schluss a fortiori auch bei horizontalen Abreden anwendbar sein, da die Schädlichkeit von Preis-, Mengen- oder Gebietsabsprachen weitestgehend unbestritten und anerkannt ist.¹⁷¹²

2328. Folgende Passagen aus dem Urteil des BVGer, welche hier besonders interessieren, seien wörtlich zitiert:

2329. «Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.»¹⁷¹³ Und weiter: «Das BVGer stellt nach dem Gesagten fest, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, Ziff. 3.2 stelle eine qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung dar. Damit handelt es sich, wie vorstehend ausgeführt, auch insgesamt um eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede.»¹⁷¹⁴ In der Folge prüfte das BVGer das quantitative Kriterium bloss noch «der Vollständigkeit

halber» und hielt in diesem Zusammenhang fest: «Da der Schweizer Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass Gebietsabreden den Wettbewerb vermutungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen.»¹⁷¹⁵ Mehrmals weist das BVGer sodann darauf hin, dass eine Rechtfertigung der Abreden aus wirtschaftlichen Effizienzgründen zulässig bleibt.

2330. Das BVGer schliesst demnach aus der in Art. 5 Abs. 4 KG vorgesehenen gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung darauf, dass in Anbetracht des qualitativen Gehalts solcher Abreden immer zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben ist, und zwar losgelöst von allfälligen quantitativen Kriterien.¹⁷¹⁶ Aus Sicht des BVGer beinhaltet mit anderen Worten die Beseitigungsvermutung a maiore ad minus

¹⁷⁰⁴ RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise 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, vgl. etwa RPW 2012/1, 109 Rz 189, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁷⁰⁵ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

¹⁷⁰⁶ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*.

¹⁷⁰⁷ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, *Türprodukte*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230.

¹⁷⁰⁸ BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), *Buchpreisbindung*.

¹⁷⁰⁹ Vgl. RPW 2015/2, 309 Rz 368, *Türprodukte*; RPW 2012/4, 828 Rz 100, *Vertrieb von Musik*; Art. 12 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28.6.2010; abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (zuletzt aufgerufen am 13.1.2016).

¹⁷¹⁰ Vgl. RPW 2012/4 828 Rz 103, *Vertrieb von Musik*.

¹⁷¹¹ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 791 E. 11.3.4, *Gaba/WEKO*.

¹⁷¹² Vgl. beispielsweise die Botschaft vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBI 2012 3905, 3927.

¹⁷¹³ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.1.8, *Gaba/WEKO*.

¹⁷¹⁴ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.2.4, *Gaba/WEKO*.

¹⁷¹⁵ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 791 E. 11.3.4, *Gaba/WEKO*.

¹⁷¹⁶ Dieser Auslegung der «erheblichen Beeinträchtigung» durch das BVGer zustimmend ANJA WALKER, *Golbalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht*, Jusletter vom 10.2.2014, C.III., allerdings ohne vertiefte Analyse und mit der von ihr ohne Anhaltspunkte hierfür in dieses Urteil hineingelesenen Relativierung, dass bei Widerlegung der Vermutung „in der Regel“ eine erhebliche Beeinträchtigung gegeben sei. Eine solche Relativierung findet sich im Urteil des BVGer aber nicht, vielmehr ist dieses ausgesprochen deutlich und absolut formuliert. Auch die Schlussfolgerung von WALKER, wonach das BVGer «nach Abwägung aller relevanten Gesichtspunkte zum Schluss gelangt [sei], dass im konkreten Fall auf eine Marktanalyse verzichtet werden» könne, steht nicht im Einklang mit den Ausführungen des BVGer in seinem Urteil. Denn das BVGer schloss aus der Subsumtion der Abrede unter Art. 5 Abs. 4 KG aufgrund ihres Inhalts ohne Weiteres darauf, dass diese Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und dass quantitative Aspekte bei dieser Prüfung vollkommen unbeachtlich sind. Dies heisst aber denkwürdigerweise nichts anderes, als dass nicht nur im konkreten Fall auf eine Marktanalyse verzichtet werden konnte, sondern dass dies immer der Fall ist, wenn eine Abrede aufgrund ihres Inhalts unter Art. 5 Abs. 4 und – erst recht – Abs. 3 KG fällt.

eine Erheblichkeitsfiktion. Dies heisst nichts anderes, als dass eine Wettbewerbsabrede, welche vom Inhalt her unter Art. 5 Abs. 4 KG fällt, in jedem Fall den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt und daher vorbehaltlich einer Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Effizienzgründen unzulässig ist. Quantitative Kriterien, und damit unter anderem auch der Einhaltung- und Umsetzungsgrad, spielen hierbei keine Rolle.

2331. Diese zu Art. 5 Abs. 4 KG ergangene Rechtsprechung muss wie gesagt erst recht auch für unter Art. 5 Abs. 3 KG fallende Abreden gelten. Wie an anderer Stelle bereits festgehalten, sind die hier zu beurteilenden Abreden aufgrund ihres Inhalts unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG zu subsumieren. Infolgedessen sind sie – der zuvor dargestellten Rechtsprechung des BVGer folgend – per se als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren. Quantitative Kriterien sind bei dieser Beurteilung irrelevant.

2332. Vorliegend erfüllen die Abreden zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB und seinen Mitgliedern sowie die Abreden zwischen dem SGVSB und seinen Mitgliedern den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bzw. Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG. Gemäss den Urteilen in Sachen Gaba und Gebro beeinträchtigen die Abreden damit den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG, sofern sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sind.¹⁷¹⁷

2333. Ob und inwiefern die WEKO bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG weiterhin eine Prüfung nach qualitativen und quantitativen Kriterien durchzuführen hat, ist durch das Bundesgericht noch nicht geklärt. Aus diesem Grund überprüfen die Wettbewerbsbehörden vorliegend weiterhin die quantitativen und qualitativen Kriterien der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung des Wettbewerbs als erheblich, ist anschliessend zu prüfen, ob die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist.¹⁷¹⁸

C.4.4.2 Marktdefinition

2334. Um zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorangehend der von der Abrede betroffene Markt zu definieren. Namentlich ist der sachlich und räumlich relevante Markt abzugrenzen. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁷¹⁹

(i) Sachlich relevanter Markt

2335. 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 VKU¹⁷²⁰, der hier analog anzuwenden ist).

2336. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.¹⁷²¹ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigen-

schaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁷²² 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.¹⁷²³ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.¹⁷²⁴

2337. Die Partner der vorliegend in Frage stehenden Abreden sind Sanitär-grosshändler, welche sichtbare Sanitärprodukte anbieten (Sanitärprodukte vor der Wand, vgl. B.4.3.1, Rz 303). Ihre direkten Nachfrager sind zur Hauptsache professionelle Sanitärinstallateure (90 %), zu einem geringen Anteil weitere professionelle Kunden (7 %) und zu einem minimalen Anteil private Endverbraucher (3 %). Aufgrund ihrer überwiegenden Nachfrage bilden die Sanitärinstallateure die zu beachtende direkte Marktgegenseite. Die Endkunden (Bauherrschaft, Sanitärplaner, Architekten und Generalunternehmer) bestimmen die konkret nachgefragten Produkte und bestimmen mit, bei welchem Grosshändler die Produkte eingekauft werden. Sie sind damit die zu beachtende indirekte Marktgegenseite (abgeleiteten Endnachfrage, vgl. B.4.3.1, Rz 303 ff. und Rz 546 ff.).

2338. Für die Nachfrager der Sanitär-grosshändler ist es wichtig, die für ein Objekt benötigten Produkte überwiegend bei einem einzigen Anbieter beziehen zu können. Mit anderen Worten fragt die Marktgegenseite ein gesamtes Sortiment von sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitärprodukte vor der Wand) nach. Von den Absatzkanälen von sichtbaren Sanitärprodukten bietet nur der dreistufige Fachhandel, also der Sanitär-grosshandel, die gesamte Sortimentsbreite an sichtbaren Sanitärprodukten an. Für die Sanitärinstallateure als direkte Marktgegenseite ist zudem der Sanitär-grosshandel der weitaus bedeutendste Lieferant. (vgl. B.4.3.1, Rz 307 ff.). Aus der Sicht der Marktgegenseite ist der Sanitär-grosshandel daher nicht mit den anderen Vertriebskanälen substituierbar. Der sachlich relevante Markt besteht somit aus den Produkten des Sanitär-grosshandels.

¹⁷¹⁷ Die WEKO ist der Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro zuletzt gefolgt. Siehe insbesondere RPW 2015/2, 308 Rz 366 ff., *Türprodukte*; RPW 2015/2, 232 Rz 237 ff., *Tunnelreinigung*.

¹⁷¹⁸ RPW 2013/2, 194 Rz 258, *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*.

¹⁷¹⁹ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁷²⁰ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁷²¹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

¹⁷²² 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*.

¹⁷²³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁷²⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

2339. Alternative Absatzkanäle (Baumärkte, Einzelhandel und Direktvertrieb) decken jeweils nur einen geringen Teil des Sortiments eines Sanitär-grosshändlers ab und üben daher geringen Wettbewerbsdruck aus. Somit besteht zwar ein indirekter Wettbewerbsdruck von den anderen Vertriebsformen (vgl. B.4.8(ii)b, Rz 745 ff.). Dieser indirekte Wettbewerbsdruck rechtfertigt die Einbeziehung der weiteren Absatzkanäle in den sachlich relevanten Markt jedoch nicht, sie werden aber dennoch bei der Analyse der Beseitigung des Wettbewerbs mit berücksichtigt.

2340. Sanitär-grosshändler vertreiben auch Waschautomaten und Wäschetrockner, wobei diese Produkte im Angebot der Sanitär-grosshändler eine Sonderstellung einnehmen. Denn wie bereits nachgewiesen, bezieht die Marktgegenseite Waschmaschinen und Wäschetrockner vor allem über Absatzkanäle ausserhalb des Sanitär-grosshandels (Rz 308, Rz 711 f.). Mit andern Worten gehören Waschmaschinen und Wäschetrockner nicht zum nachgefragten gesamten Sortiment an sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitärprodukte vor der Wand). Sie werden vielmehr zusätzlich zu diesem Sortiment vertrieben. Es gelten entsprechend andere Wettbewerbsbedingungen als für die vom Grosshandel angebotenen Sanitärprodukte. Bei der Festlegung des Bruttopreises wird abweichend von anderen Sanitärprodukten der empfohlene Preis des Herstellers übernommen und die Rabattierung erfolgt teilweise auch für die verschiedenen Marken unterschiedlich¹⁷²⁵. Insgesamt unterliegen Waschautomaten und Wäschetrockner nicht der ansonsten vorherrschenden „Preisordnung“¹⁷²⁶ im Sanitär-grosshandel.

2341. Entsprechend umschreibt die WEKO in Zusammenschlussverfahren im Sanitär-grosshandel den sachlich relevanten Markt mit sichtbaren Sanitärprodukten (z.B. Badewannen, Waschtische, Armaturen, Duschen, Badgarnituren).¹⁷²⁷ In ihrer späteren Praxis zu Zusammenschlüssen in Sachen *Coop/Fust* ordnete die WEKO Waschautomaten und Wäschetrockner einem Markt für Weisswaren zu, welcher in weitere Märkte unterteilt werden kann.¹⁷²⁸

2342. Zusammenfassend steht somit fest, dass der sachlich relevante Markt aus dem Sortiment an sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitärprodukte vor der Wand) des Sanitär-grosshandels besteht. Die ebenfalls durch die Sanitär-grosshändler angebotenen Waschautomaten und Wäschetrockner gehören zu einem anderen sachlich relevanten Markt.

(ii) Räumlich relevanter Markt

2343. 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).

2344. In der bisherigen Praxis der WEKO in Zusammenschlussverfahren wurde als Absatzmarkt für den Handel mit sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitärprodukte vor der Wand) ein regionaler Markt abgegrenzt.¹⁷²⁹ Dies wurde unter anderem mit dem zumeist auf 50-60 km beschränkten Transportradius von den Lagern zum Kunden sowie den räumlich beschränkten Aktivitäten einiger

Händler begründet. Die Auswertungen der räumlichen Ausdehnung der Grosshandelstätigkeit (B.4.4, Rz 314 ff.) bestätigen das Bild eines regionalen Wettbewerbs. Somit ist der räumlich relevante Markt regional abzugrenzen.

(iii) Konklusion

2345. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Marktgegenseite die Installateure sind, deren konkret nachgefragten Produkte wesentlich von der abgeleiteten Endnachfrage der Bauherren bzw. Architekten abhängt. Der sachlich relevante Markt besteht aus dem Sanitär-grosshandel und umfasst das Sortiment der Sanitär-grosshändler an sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitärprodukte vor der Wand). Waschmaschinen und Wäschetrockner sind nicht Bestandteil des Sortiments des sachlich relevanten Marktes. In räumlicher Hinsicht ist der Markt regional abzugrenzen.

2346. Die Merkmale des Marktes (Produkte und Vertrieb, Marktteilnehmer, Wettbewerbsparameter, räumliche Ausdehnung und Wettbewerbsdruck) wurden im Rahmen des Sachverhaltes bereits bewiesen. Diesbezüglich sei auf Titel B.1 bzw. Rz 294 ff. verwiesen. Die anschliessenden Ausführungen stützen sich auf die dort gemachten Feststellungen und Konklusionen, ohne diese Beweise erneut herzuleiten und zu erklären. Zusammenfassend seien die folgenden Beweise, welche der Marktabgrenzung zu Grunde liegen, noch einmal in Erinnerung gerufen:

- Die bedeutendsten Marktteilnehmer sind Sanitas Troesch, CRH, Sabag und Bringhen. Von den übrigen Anbietern von Sanitärprodukten, also weitere Sanitär-grosshändler oder Anbieter in anderen Absatzkanälen, geht geringer Wettbewerbsdruck aus (vgl. dazu B.4.8, Rz 740ff.).
- Der dominante Wettbewerbsparameter im Sanitär-grosshandel ist der Preis. Weitere Wettbewerbsparameter können zwar festgestellt werden, sind jedoch von sekundärer Bedeutung (Vgl. B.4.6, Rz 458 ff.). Beim Wettbewerbsparameter Preis gilt es die verschiedenen Preisbestandteile zu berücksichtigen. Sowohl der Bruttopreis als auch die darauf gewährten Rabatte sind im Wettbewerb bedeutend (vgl. B.4.7, Rz 470 ff.).

¹⁷²⁵ Dies zeigt sich beispielsweise in den separaten Rabattkategorien in Act. 370.1, 21-24 und Act. 469 Beilage 3 Register VI.m.

¹⁷²⁶ Vgl. dazu Act. 427 jeweils die Warenumsatz-Kategorie 3, welcher die Waschautomaten und Wäschetrockner zugewiesen sind. Über den gesamten Zeitraum von 1999 bis 2011 findet sich die Beschreibung «Verschiedene Artikel des Sortimentes werden über unterschiedliche Vertriebswege den Endverbrauchern angeboten. Solche Apparate lassen sich nicht in die Struktur der Preisordnung einbauen und werden deshalb der Warenumsatz-Kategorie 3 (UMK 3) zugeordnet.»

¹⁷²⁷ RPW 2000/1, 56, *Gétaz Romang/Miauton*, RPW 2002/3, 492 ff. *Richner AG/Vicom Baubedarf AG*, RPW 2002/4, 620, *Richner AG/BBH Baubedarf Holding AG*, RPW 2005/2, 338, *Saint-Gobain/Sanitas Troesch*, RPW 2007/2, 311, *CRH Gruppe/Gétaz Romang*.

¹⁷²⁸ RPW 2008/3, 481 Rz 72, 84 ff., *Coop/Fust*.

¹⁷²⁹ In RPW 2000/1 *Gétaz Romang/Miauton*, 58 f., und RPW 2005/2 *Saint-Gobain/Sanitas Troesch*, 339. Wird ein regionaler Markt für die Romandie abgegrenzt, in *Richner AG/Vicom Baubedarf AG* (RPW 2002/3, 493 ff.) werden als regionale Märkte den Grossraum Bern und Luzern abgegrenzt und in RPW 2002/4, 620, *Richner AG/BBH Baubedarf Holding AG* wird als regionaler Markt das Gebiet Grossraum Zürich/«nördliches Mittelland» abgegrenzt.

C.4.4.3 Überprüfung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

2347. Bei der Prüfung der Umstossung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung werden zuerst die Wettbewerbsabreden überprüft an denen der SGVSB, seine Mitglieder und Sanitas Troesch beteiligt waren (C.4.4.3.1, Rz 2349 ff.). Im Anschluss daran überprüfen die Wettbewerbsbehörden die Wettbewerbsabreden, die sich innerhalb des SGVSB abgespielt haben (C.4.4.3.2, Rz 2401 ff.) und schliesslich die Wettbewerbsabreden, welche den Kanton Wallis betreffen (C.4.4.3.32431 ff.).

C.4.4.3.1 Wettbewerbsabreden zwischen dem SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch

2348. Die Wettbewerbsabreden zwischen dem SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch können in drei zeitliche Abschnitte unterteilt werden. Die Frage, ob die gesetzliche Vermutung aufgrund der Abreden, welche zwischen dem SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch abgeschlossen wurden, umgestossen werden kann, ist entsprechend für jeden dieser drei Teile zu beantworten.

(i) Preisabreden zwischen 1997-2004 (Koordinierung der Bruttopreisniveaus)

1. Umstossung der gesetzlichen Vermutung

2349. Zwischen 1997 und 2004 schlossen der SGVSB, seine Mitglieder sowie Sanitas Troesch folgende Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG:

- a. Die Koordinierung der Bruttopreisniveau- und Rabattniveausenkung für das Jahr 1997 (Rz 822 f.),
- b. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 1998 (Rz 841),
- c. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 1999 (Rz 865 f.), die im Jahr 2000 nachwirkte (Rz 878),
- d. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 2001, die gemeinsame Erarbeitung von Rabattgruppen, inkl. die gemeinsame Schaffung der Rabattgruppe Wellness im Jahr 2001 und die selektive Bruttopreis- und Rabatttherabsetzung im Bereich Wellness im Umfang von 15 % (Rz 935 ff.),
- e. die Koordinierung der Bruttopreissenkung 2003 sowie die gemeinsame Festlegung des Eurowechselfurses (Rz 1036 ff.),
- f. die gemeinsame Koordinierung der Bruttopreissenkung und Rabattsenkung im Jahr 2004/2005 (Rz 1140 ff., Rz 1159, Rz 1183) und
- g. die Weiterentwicklung und Integration der Rabattgruppen in die Installateursoftware (Rz 1211 f.)

2350. Mit Bezug auf diese Abreden fragte es sich, ob genügend Aussenwettbewerb oder Innenwettbewerb gegeben war, um die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umzustossen.

a. Aussenwettbewerb

2351. Die exakten Marktanteile der Verfahrensparteien in der Periode von 1997 bis 2004 sind nicht mehr feststellbar. Allerdings hält der Bericht über die Wettbewerbsverhältnisse im Sanitärgewerbe von 1991 fest, dass der SGVSB im Wesentlichen den Sanitärfach-grosshandel repräsentierte und nach eigenen Angaben einen Marktanteil zwischen 67 % (Armaturen) und 90 % (Keramik) hielt.¹⁷³⁰ Dabei ist zu bedenken, dass im Jahr 1991 Sanitas Troesch noch Mitglied des SGVSB war. Ferner ist erwiesen, dass die Mitglieder des SGVSB und Sanitas Troesch im Jahr 2004 kumulativ zumindest 90 % der Marktanteile innehatten (vgl. Tabelle 3, Rz 742). Die kumulierten Marktanteile von Sanitas Troesch und den Mitgliedern des SGVSB waren 1991 und 2004 praktisch identisch. Aufgrund dieser Faktenlage kann ausgeschlossen werden, dass sich die kumulativen Marktanteile zwischen diesen beiden Zeitpunkten in relevanter Weise verändert hätten. Bei kumulativen Marktanteilen in der Höhe von 90 % der Partner der Abrede, ist der Einfluss allfälliger aktueller Aussenwettbewerber mit Marktanteilen von insgesamt rund 10 % gering. Da die Sanico Hub AG sich 1997 der gleichzeitigen Senkung von Bruttopreisen und Rabatten widersetzte, bestand 1997 immerhin eine Ausweichmöglichkeit. Sanico Hub erklärte sich für das Jahr 1998 zur Zusammenarbeit mit den Mitgliedern des SGVSB bereit und begann ihr Preisniveau dem der Mitglieder des SGVSB und damit Sanitas Troesch auf das Jahr 1998 anzupassen. Im Jahr 1998 fusionierte die Sanico Hub AG mit einem SGVSB-Mitglied zur Sanico Wunderli und anschliessend mit der Jura-Holding (heute CRH, Rz 809). Dies zeigt, dass Sanico als Aussenwettbewerber nicht disziplinierend wirkte, sondern sich ihrerseits anpasste und eingebunden wurde. Somit bestanden keine Aussenwettbewerber, welche eine disziplinierende Wirkung in den Jahren 1997 bis 2004 entfalten konnten.

2352. Ferner steht fest, dass in der Zeitperiode zwischen 1997 und 2004 keine Markteintritte erfolgten, welche die Abrede destabilisiert hätten. Anders ausgedrückt vermochten auch aus damaliger Sicht potentielle Wettbewerber keinen genügenden Wettbewerbsdruck aufzubauen, um die Wettbewerbsbeschränkung durch die Abreden aufzuwiegen.

b. Innenwettbewerb

2353. Sämtliche SGVSB-Mitglieder verfügten zwischen 1997–2004 über identische Bruttopreise, weshalb lediglich Sanitas Troesch durch ein Abweichen Wettbewerbsdruck innerhalb des Kartells hätte erzeugen können. Genau dies war jedoch nicht der Fall. Es beteiligte sich somit rund 90 % des dreistufigen Grosshandelsmarkts an der Abrede. Die Abrede bezog sich auf Bruttopreise und Rabatte und damit auf die zentralsten Parameter im Wettbewerb um Installateure und Endkunden. Da die Bruttopreise identisch waren, fand kein

¹⁷³⁰ Vgl. dazu VKKP 1991/2, 23, *Die Wettbewerbsverhältnisse im Sanitärgewerbe*.

Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Sanitär-grosshändlern um Endkunden statt. Gleichzeitig verzichteten die Grosshändler weitgehend darauf, sich gegenseitig mit unterschiedlichen Rabatten, gestützt auf unterschiedliche Bruttopreise, einem Wettbewerb um die Installateure auszusetzen. Da den Installateuren die Rabatte objektindividuell gewährt wurden, bestand jedoch ein gewisser Restwettbewerb um die Installateure. Mit anderen Worten war der wirksame Wettbewerb zwischen den Sanitär-grosshändlern um Installateure und Endkunden zwar schwerwiegend verfälscht, jedoch nicht vollständig ausgeschaltet.

2354. Zusammenfassend haben die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch den Preiswettbewerb im Sanitär-grosshandel in der Zeitspanne von 1997 bis 2004 zwar schwerwiegend verfälscht, jedoch bestand ein schwacher Restwettbewerb, der bei der rechtlichen Würdigung zugunsten der Parteien zur Umstossung der gesetzlichen Vermutung führt. Es fragt sich daher, ob die Abreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt haben.

2. Prüfung der Erheblichkeit

a. Qualitative Kriterien

2355. Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxisgemäss die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷³¹ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷³² Es ist dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über den Wettbewerbsparameter Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG das qualitative Gewicht von Preisabreden unterstreicht, indem er bei Preisabreden die Vermutung aufstellt, sie beseitigten den Wettbewerb. Diese Vermutung gilt auch für das Festsetzen von Preiselementen oder Preiskomponenten.¹⁷³³ Das bedeutet, dass selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, der Gegenstand der Abrede qualitativ gravierender Art ist.¹⁷³⁴

2356. Nichtsdestotrotz sei darauf hingewiesen, dass die Parteien erwiesenermassen die Bruttopreissetzung, die Rabattsetzung und damit die Nettopreise beeinflusst haben. Damit griffen die Parteien in die Preissetzung und damit den zentralen Wettbewerbsparameter ein (vgl. Rz 733 ff.). Der vorliegende Restwettbewerb, der auf einer objektindividuellen Rabattierung basiert, vermag die umfassende Verfälschung des wirksamen Wettbewerbs nicht auszugleichen. Denn Sanitas Troesch und die Mitglieder des SGVSB verfügten aufgrund der Abrede zwischen 1997–2004 über identische Bruttopreise. Dadurch entzogen sich diese Grosshändler dem Wettbewerb mit Bruttopreisen um die Endkunden und deren professionelle Vertreter wie Architekten, Generalunternehmer und Sanitärplaner. Die Endkunden und ihre Vertreter hatten keine Möglichkeit, den für sie günstigsten Sanitär-grosshändler aufgrund unterschiedlicher Bruttopreise zu erkennen, wie dies bei wirksamen Wettbewerb der Fall wäre. Die Sanitär-grosshändler waren nicht gezwungen, ihre Bruttopreise dem günstigsten Konkurrenten anzupassen und damit auch die Nettopreise zu senken. Sanitas Troesch und die Mitglieder des SGVSB verzichteten darauf, mit höheren Rabatten gestützt auf höhere Bruttopreise andere Grosshändler ebenfalls zu höheren Rabatten und damit tieferen Nettopreisen zu

zwingen. Bei wirksamen Wettbewerb hätte die Möglichkeit bestanden, dass Endkunden gestützt auf tiefere Bruttopreise günstiger hätten einkaufen können und dass Installateure aufgrund von Rabattunterschieden auf höhere Rabatte und damit tiefere Nettopreise hinwirken hätten können.

2357. Die Abrede zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB und seinen Mitgliedern zu einheitlichen Bruttopreisen und den damit einhergehenden Rabatten betraf den zentralen Wettbewerbsparameter Preis, weshalb eine in qualitativer Hinsicht besonders schwerwiegende Abrede vorliegt.

b. Quantitative Kriterien

2358. Für die Beurteilung, ob eine Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat, ermittelt die WEKO, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das «Gewicht» der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt.¹⁷³⁵ Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, auf dem die Abredeteilnehmer einen erheblichen Marktanteil halten.¹⁷³⁶ Den Marktanteilen kommt also bei der Prüfung der quantitativen Kriterien ein besonderes Gewicht zu.

2359. Konkret prüft die WEKO den Aussen- und Innenwettbewerb. Im Rahmen des Aussenwettbewerbs prüft sie den aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter. Die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter ist für den hier zu beurteilenden relevanten Markt für Sanitär-grosshändler zu prüfen (zur Marktabgrenzung vgl. Rz 2335 ff.).

i. Aussenwettbewerb

2360. Mit Bezug auf den Aussenwettbewerb kann auf die obigen Ausführungen im Rahmen der Umstossung der gesetzlichen Vermutung verwiesen werden (Rz 2351 f.). Zusammenfassend sei nochmals Folgendes erwähnt:

¹⁷³¹ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

¹⁷³² In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*.

¹⁷³³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

¹⁷³⁴ RPW 2015/2, 233 Rz 244, *Tunnelreinigung*; RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*.

¹⁷³⁵ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, *Türprodukte*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230.

¹⁷³⁶ BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), *Buchpreisbindung*.

2361. Der SGVSB repräsentierte zwischen 1997 bis 2004 im Wesentlichen den Sanitärfachgrosshandel und hielt einen Marktanteil zwischen 67 % (Armaturen) und 90 % (Keramik).¹⁷³⁷ Ferner ist erwiesen, dass die Mitglieder des SGVSB und Sanitas Troesch im Jahr 2004 kumulativ zumindest 90 % der Marktanteile auf sich vereinigten (vgl. Tabelle 3, Rz 742). Mit anderen Worten waren sämtlichen führenden Sanitär-grosshändler der Schweiz an der Abrede über den Wettbewerbsparameter Preis beteiligt. Bei kumulativen Marktanteilen der Partner der Abrede von 90 % ist der Einfluss allfälliger aktueller Aussenwettbewerber mit Marktanteilen von insgesamt rund 10 % gering. Gemäss Bundesverwaltungsgericht reichen Marktanteile von Aussenwettbewerbern im Umfang von 10 % nicht aus, um wirksamen Aussenwettbewerb zu begründen, wenn die Abredeteilnehmer Marktanteile von über 80 % auf sich vereinigen.¹⁷³⁸

2362. Da die Sanico Hub AG sich 1997 der gleichzeitigen Senkung von Bruttopreisen und Rabatten widersetzte, bestand 1997 immerhin eine Ausweichmöglichkeit. Sanico Hub erklärte sich aber für das Jahr 1998 zur Zusammenarbeit mit den Mitgliedern des SGVSB bereit und begann ihr Preisniveau dem der Mitglieder des SGVSB und damit Sanitas Troesch auf das Jahr 1998 anzupassen. Im Jahr 1998 fusionierte die Sanico Hub AG mit einem SGVSB-Mitglied zur Sanico Wunderli und anschliessend mit der Jura-Holding (heute CRH) (Rz 809). Dies zeigt, dass Sanico als Aussenwettbewerber nicht disziplinierend wirkte, sondern sich ihrerseits anpasste und eingebunden wurde. Somit bestanden keine Aussenwettbewerber, welche eine disziplinierende Wirkung in den Jahren 1997 bis 2004 entfalten konnten.

2363. Ferner steht fest, dass zwischen 1997 und 2004 keine neuen Sanitär-grosshändler in den Markt für Sanitär-grosshandel eintraten. Die Abrede wurde also auch nicht dadurch destabilisiert. Anders ausgedrückt vermochten auch aus damaliger Sicht potentielle Wettbewerber keinen genügenden Wettbewerbsdruck aufzubauen, um die Wettbewerbsbeschränkung durch die Abreden zu kompensieren.

ii. Innenwettbewerb

2364. Bezüglich des Innenwettbewerbs sei auf die oben in Rz 2353 f. gemachten Ausführungen verwiesen. Zusammenfassend steht fest, dass sämtliche SGVSB-Mitglieder zwischen 1997–2004 über identische Bruttopreise verfügten, weshalb einzig Sanitas Troesch durch ein Abweichen, Wettbewerbsdruck innerhalb des Kartells hätte erzeugen können. Durch die Preisabsprache war dies nicht der Fall. Es beteiligten sich somit rund 90 % des dreistufigen Grosshandelsmarkts an der Abrede. Die Abrede bezog sich auf Bruttopreise und Rabatte und damit die zentralsten Parameter im Wettbewerb um Installateure und Endkunden. Da die Bruttopreise identisch waren, fand kein funktionierender Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Sanitär-grosshändler um Endkunden statt. Gleichzeitig verzichteten die Grosshändler durch die gemeinsam entwickelten Rabattgruppen und Rabattbandbreiten einander unabhängig zu konkurrieren. Der Rabattwettbewerb war von vornherein stark eingeschränkt. Der Umstand, dass die Sanitär-grosshändler objektindividuell Rabatte gewähr-

ten, vermag diesen Eingriff in den Preiswettbewerb nicht aufzuwiegen.

c. Konklusion

2365. Zusammenfassend haben die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch den Preiswettbewerb im Sanitär-grosshandel in der Zeitspanne zwischen 1997 bis 2004 umfassend verfälscht. Die Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch die Parteien waren sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht schwerwiegend. Die Wettbewerbsbeschränkung war mit anderen Worten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 KG:

(ii) Preisabrede 2004/2005 (Koordination der Senkung des Bruttopreisniveaus 2004/2005)

1. Umstossung der gesetzlichen Vermutung

2366. Der SGVSB bzw. seine Mitglieder und Sanitas Troesch koordinierten die Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus 2004/2005 (B.5.2.1.9, Rz 1040 ff., 1140, Rz 1146 ff.). Die Abrede umfasst sowohl die Festlegung des Bruttopreisniveaus als auch die Senkung des Rabattniveaus. Somit ist der dominante Wettbewerbsparameter Preis vollumfänglich von der Abrede betroffen.

a. Aussenwettbewerb

2367. Sanitär-grosshändler, welche nicht an der Abrede beteiligt sind, weisen bei der Umsetzung der Abrede im Jahr 2005 einen Marktanteil von weniger als 5 % aus (vgl. Tabelle 4, Rz 748). Diese 5 % Marktanteile setzen sich aus mehreren sehr kleinen Sanitär-grosshändlern zusammen, welche geringen Wettbewerbsdruck auf die Partner der Abrede auszuüben vermögen.

2368. Weiter kann Wettbewerbsdruck von anderen Vertriebskanälen ausgehen, wobei die dadurch entfaltete disziplinierende Wirkung geringer ist als bei Unternehmen im Sanitär-grosshandel. Andere Vertriebskanäle vereinigten im Jahr 2005 einen Umsatzanteil von 14 % des Handels mit Sanitärprodukten auf sich (vgl. Tabelle 4, Rz 748). Die gemeinsame Bruttopreissenkung auf das Jahr 2005 hatte u.a. zum Ziel, den Wettbewerbsdruck dieser weiteren Absatzkanäle zu neutralisieren. Damit steht fest, dass der Wettbewerbsdruck alternativer Absatzkanäle die Abrede nicht destabilisierte, sondern das gemeinsame Vorgehen der Verfahrensparteien gerade begünstigte. Wie zudem die Auswertung der Markteintrittsschranken und der verschiedenen Markteintritte zwischen 2004 und 2012 ergab (vgl. Rz 749 ff.), bestand kaum spürbarer Wettbewerbsdruck seitens potentieller Konkurrenten.

¹⁷³⁷ Vgl. dazu VKKP 1991/2, 23, Die Wettbewerbsverhältnisse im Sanitär-gewerbe.

¹⁷³⁸ Urteil des BVGer, B-8399/2010, vom 23. September 2013, E.6.2.12, Siegenia Aubi AG/WEKO.

2369. Insgesamt ist also festzustellen, dass Aussenwettbewerb im festgestellten Umfang und in seiner Struktur zu gering war, um die Partner der Abrede zu disziplinieren.

b. Innenwettbewerb

2370. In Bezug auf den Innenwettbewerb ist zu bedenken, dass die Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus 2004/2005 von sämtlichen Teilnehmern der Abrede erfolgreich umgesetzt wurde (vgl. Rz 1148 ff.). Es gab keine internen Abweichungen von der Abrede.

2371. Die Tatsache, dass die Mitglieder des SGVSB ihre Bruttopreise mit 10 % und Sanitas Troesch die Bruttopreise mit 11 % geringfügig unterschiedlich senkten, ist für sich genommen nicht relevant, dass diese Senkungen der Abrede entsprechen. Aus demselben Grund fällt die Erhöhung des Bruttopreisniveaus durch Sanitas Troesch Mitte 2005 um 2 % immer noch in den Rahmen der Absprache und stellt keine relevante Abweichung dar.¹⁷³⁹ Die Bruttopreise waren auch 2005 noch beinahe identisch, weshalb kaum Wettbewerb zwischen den an den Abreden beteiligten Sanitär-grosshändlern um Endkunden stattfand. Mit der gleichzeitigen Senkung der Bruttopreise und Rabatte im Rahmen von 10 % bis 11 % verhinderten die Grosshändler, dass ein Wettbewerb um Installateure mit unterschiedlichen Rabattniveaus gestützt auf unterschiedliche Bruttopreisniveaus überhaupt entstehen konnte. Die Installateure hatten keine Möglichkeit der Rabattkürzung durch die Grosshändler zu entgehen und auf einen Grosshändler mit einem gegenüber 2004 gleichbleibenden Bruttopreis- und Rabattniveau auszuweichen. Da den Installateuren die Rabatte objektindividuell gewährt wurden, bestand jedoch ein gewisser Restwettbewerb um die Installateure. Der Wettbewerb wurde daher nicht vollständig ausgeschaltet, sondern es bestand noch ein gewisser stark eingeschränkter Restwettbewerb.

2372. Da die Preissetzung von der Abrede betroffen ist, jedoch noch geringfügige Abweichungen in den Bruttopreis- und Rabattniveaus bestehen, gehen die Wettbewerbsbehörden von einem gewissen Restwettbewerb aus. Die Wettbewerbsbehörden schliessen zugunsten der Parteien darauf, dass gerade so viel Innenwettbewerb besteht, um die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umzustossen.

2373. Insgesamt steht somit fest, dass die Koordination der Senkung des Bruttopreisniveaus 2004/2005 den Wettbewerb im Sanitär-grosshandel nicht beseitigt hat und die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen ist. Es ist daher anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien zu prüfen, ob die Abrede erheblich war.

2. Prüfung der Erheblichkeit

a. Qualitative Kriterien

2374. Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxisgemäss die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷⁴⁰ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷⁴¹ Es ist dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über den Wettbewerbsparameter Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG das quali-

tative Gewicht von Preisabreden unterstreicht, indem er bei Preisabreden die Vermutung aufstellt, sie beseitigten den Wettbewerb. Diese Vermutung gilt auch für das Festsetzen von Preiselementen oder Preiskomponenten.¹⁷⁴² Das bedeutet, dass selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, der Gegenstand der Abrede qualitativ gravierender Art ist.¹⁷⁴³

2375. Die Koordination der Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus 2004/2005 zwischen dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch umfasst sowohl die Festlegung des Bruttopreisniveaus als auch die Senkung des Rabattniveaus. Damit ist der dominante Wettbewerbsparameter Preis vollumfänglich von der Abrede betroffen.

2376. Da sich Sanitas Troesch, der SGVSB bzw. seine Mitglieder aufeinander abstimmten, die Bruttopreise und Rabatte im Rahmen von 10 % bis 11 % zu senken, sorgten sie dafür, dass 2005 die Bruttopreise von Sanitas Troesch und den Mitgliedern des SGVSB nur geringfügig voneinander abwichen. Dadurch verhinderten sie, dass sich aufgrund einer stärkeren Senkung der Bruttopreise eines Grosshändlers ein wirksamer Wettbewerb mit Bruttopreisen gegenüber den weiteren Grosshändlern um Endkunden entfalten konnte. Die Sanitär-grosshändler verhinderten, dass sie ihre Bruttopreise dem günstigsten Konkurrenten anpassen und damit ihre Nettopreise senken mussten. Sanitas Troesch konnte aufgrund des mangelnden Wettbewerbs um Bruttopreise im Jahr 2005 sogar seine Marge durch ein Anheben der Bruttopreise erhöhen. Durch die gleichzeitige Senkung der Bruttopreise und Rabatte um 10 % bzw. 11 % verhinderten Sanitas Troesch, der SGVSB bzw. seine Mitglieder, dass sich Installateure der Rabattkürzung entziehen konnten. Die Installateure hatten keine Möglichkeit auf einen Grosshändler mit einem gegenüber 2004 gleichbleibenden Bruttopreis- und Rabattniveau auszuweichen. Damit verhinderten sie zum einen Marktanteilsverluste aufgrund abwandernder Installateure. Zum andern verhinderten sie, dass sie sich gegenseitig einem wirksamen Wettbewerb mit höheren Rabatten gestützt auf höhere Bruttopreise aussetzten, welcher zu einer Senkung der Nettopreise geführt hätte.

2377. Folglich liegt mit der Abrede zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB und seinen Mitgliedern, die Bruttopreise und Rabatte auf 2005 um 10 % bzw. 11 % zu kürzen, eine in qualitativer Hinsicht besonders schwerwiegende Abrede über die im Wettbewerb zentralen Preisbestandteile Bruttopreis und Rabatte vor.

¹⁷³⁹ RPW 2012/3, 627, Tabelle 3, 635, Tabelle 4, 642 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

¹⁷⁴⁰ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

¹⁷⁴¹ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*.

¹⁷⁴² Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

¹⁷⁴³ RPW 2015/2, 233 Rz 244, *Tunnelreinigung*; RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*.

b. Quantitative Kriterien

2378. Für die Beurteilung, ob eine Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat, ermittelt die WEKO, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das «Gewicht» der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt.¹⁷⁴⁴ Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, auf dem die Abredeteilnehmer einen erheblichen Marktanteil halten.¹⁷⁴⁵ Den Marktanteilen kommt also bei der Prüfung der quantitativen Kriterien ein besonderes Gewicht zu.

2379. Konkret prüft die WEKO den Aussen- und Innenwettbewerb. Im Rahmen des Aussenwettbewerbs prüft sie den aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter. Die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter ist für den hier zu beurteilenden relevanten Markt für Sanitär-grosshändler zu prüfen (zur Marktabgrenzung vgl. Rz 2335 ff.)

i. Aussenwettbewerb

2380. Mit Bezug auf den Aussenwettbewerb kann auf die obigen Ausführungen im Rahmen der Umstossung der gesetzlichen Vermutung verwiesen werden (Rz 2367 ff.). An der Abrede hatten sich Sanitär-grosshändler beteiligt, welche kumulativ 90,7 %–95,4 % Marktanteile des Sanitär-grosshandels auf sich vereinigten. Sanitär-grosshändler, welche nicht an der Abrede beteiligt waren, wiesen im Jahr 2005 einen Marktanteil von weniger als 5 % aus (vgl. Tabelle 4, Rz 748). Diese 5 % der aktuellen Aussenwettbewerber setzen sich aus mehrere sehr kleinen Sanitär-grosshändlern zusammen, die kaum Wettbewerbsdruck auf die Partner der Abrede ausüben vermochten, wie die Umsetzung der Abrede bewies. Gemäss Bundesverwaltungsgericht vermögen Aussenwettbewerber mit Marktanteilen im Umfang von 10 % keinen wirksamen Aussenwettbewerb zu begründen, wenn die Abredeteilnehmer Marktanteile von über 80 % auf sich vereinigen.¹⁷⁴⁶ Ebenso ist erwiesen, dass kaum Wettbewerbsdruck aufgrund von neu in den Markt eintretenden potentiellen Konkurrenten (vgl. Rz 749 ff.) bestand.

2381. Insgesamt war die gleichzeitige Senkung von Bruttopreisen und Rabatten um 10 % bzw. 11 % auf das Jahr 2005 war eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs.

ii. Innenwettbewerb

2382. Bezüglich des Innenwettbewerbs sei auf die oben in Rz 2370 ff. gemachten Ausführungen verwiesen. Es sei zusammenfassend noch einmal darauf hingewiesen, dass die Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus 2004/2005 von sämtlichen Teilnehmern der Abrede erfolgreich umgesetzt wurde (vgl. Rz 1148 ff.). Es gab keine internen Abweichungen von der Abrede.

2383. Die leicht unterschiedliche Senkung der Bruttopreise im Umfang von 10 % durch die SGVSB-Mitglieder und 11 % durch Sanitas Troesch, stellt keine Abwei-

chung dar, sondern entspricht der Abrede. Auch die Erhöhung des Bruttopreisniveaus durch Sanitas Troesch Mitte 2005 um 2 % stellt keine relevante nachträgliche Abweichung dar.¹⁷⁴⁷ Die Bruttopreise waren auch 2005 noch beinahe identisch, weshalb kaum Wettbewerb zwischen den an den Abreden beteiligten Sanitär-grosshändlern um Endkunden stattfand. Mit der gleichzeitigen Senkung der Bruttopreise und Rabatte im Rahmen von 10 % bis 11 % verhinderten die Grosshändler zudem, dass ein funktionierender Wettbewerb um Installateure mit unterschiedlichen Rabattniveaus gestützt auf unterschiedliche Bruttopreisniveaus überhaupt entstehen konnte. Die Installateure hatten keine Möglichkeit der Rabattkürzung durch die Grosshändler zu entgehen und auf einen Grosshändler mit einem gegenüber 2004 gleichbleibenden Bruttopreis- und Rabattniveau auszuweichen. Gleichzeitig verzichteten die Grosshändler durch die gemeinsam entwickelten Rabattgruppen und Rabattbandbreiten einander unabhängig zu konkurrieren. Der Rabattwettbewerb war von vornherein stark eingeschränkt. Der Umstand, dass die Sanitär-grosshändler objektiv individuell Rabatte gewährten, vermag diesen Eingriff in den Preiswettbewerb nicht aufzuwiegen.

c. Konklusion

2384. Die Absprache durch die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch das Bruttopreisniveaus 2004/2005 gemeinsam zu senken, verfälschte den Preiswettbewerb im Sanitär-grosshandel. Die Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch die Parteien waren sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht schwerwiegend. Die Wettbewerbsbeschränkung war mit anderen Worten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.

(iii) Preisabrede 2012 (Koordination der Senkung des Bruttopreisniveaus 2012)

1. Umstossung der gesetzlichen Vermutung

2385. Sanitas Troesch, CRH, Sabag und Innosan koordinierten 2012 eine Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus (vgl. B.5.2.4, Rz 1235 ff., B.5.2.4.13, Rz 1720ff.). Somit ist der dominante Wettbewerbsparameter Preis umfassend von der Abrede betroffen.

a. Aussenwettbewerb

2386. Sanitas Troesch, CRH und Sabag wiesen im Markt für Sanitär-grosshandel in der gesamten Schweiz einen gemeinsamen Marktanteil von 85.6 % im Jahr 2011 auf und im Jahr 2012 von 85.9 % (vgl. vgl. Tabelle 3, Rz 742). Die Teampur-Grossisten Sanidusch, Burgener, Kappeler, San Van und Spaeter sind im Vergleich dazu jeweils sehr klein; alle diese Unternehmen verfügen über weniger als 1 % Marktanteile und sind nur regional tätig. Der grösste Aussenwettbewerber und viert

¹⁷⁴⁴ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, *Türprodukte*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230.

¹⁷⁴⁵ BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), *Buchpreisbindung*.

¹⁷⁴⁶ Urteil des BVGer, B-8399/2010, vom 23. September 2013, E.6.2.12, *Siegenia Aubi AG/WEKO*.

¹⁷⁴⁷ RPW 2012/3, 627, Tabelle 4, 635, Tabelle 4, 642 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

grösste Sanitär-grosshändler in der Schweiz, Bringhen, ist ebenso wenig in der gesamten Schweiz tätig und verfügt landesweit über [5-10 %] Marktanteile. Bereits anhand dieser Marktanteile ist ersichtlich, dass kaum wirksamer Aussenwettbewerb bestand. Die geringe disziplinierende Wirkung von Bringhen auf die Teilnehmer der Abrede kam zum Vorschein, als diese 2012 im Rahmen der allgemeinen Bruttopreissenkung mit ihren Preisen über 10 % von ihren Konkurrenten abwich. Bringhen sah sich daraufhin veranlasst, ihre Bruttopreise im Februar 2012 anzupassen (vgl. Rz 1645) und die bereits gedruckten Kataloge einzustampfen. Mit anderen Worten passte sich die Aussenseiterin der Abrede den von den Teilnehmerinnen der Abrede geschaffenen Marktgegebenheiten an und nicht die Teilnehmerinnen der Abrede dem Aussenseiter der Abrede.

2387. Im Hinblick auf allfällige Wettbewerber ausserhalb des relevanten Marktes für Sanitär-grosshandel gilt Folgendes: Die Vertriebskanäle ausserhalb des Sanitär-grosshandels erreichten im Jahr 2012 einen Umsatzanteil am Handel mit Sanitärprodukten von 21 % (vgl. [Anhang]). Es ist zu bedenken, dass das Angebot dieser Konkurrenten sehr eingeschränkt ist und sie kein breites und vollständiges Produktesortiment wie die Verfahrensparteien anbieten können. Dieser Umstand und die verhältnismässig geringen Anteile am Handel mit Sanitärprodukten vermögen das Verhalten der Teilnehmer der Abrede kaum zu disziplinieren. Zumindest verhinderte dies nicht, dass Sanitas Troesch, Richner und Gétaz (CRH) sowie Sabag die Bruttopreise aufeinander abgestimmt haben, um dem Wettbewerbsdruck der anderen Vertriebskanäle zu entgehen.¹⁷⁴⁸

2388. Wie zudem die Auswertung der verschiedenen Markteintritte zwischen 2004 und 2012 ergab, entstand kaum eingeschränkter Wettbewerbsdruck von potentiellen Konkurrenten (vgl. Rz 749 ff.). Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann somit nicht allein aufgrund von Aussenwettbewerb umgestossen werden.

b. Innenwettbewerb

2389. Bezüglich des Innenwettbewerbs der Teilnehmer der Abrede steht fest, dass die Umsetzung der koordinierten Bruttopreissenkung 2012 heterogen erfolgte. So beschloss Sanitas Troesch eine Senkung um 20 % (Rz 1449), Sabag eine Senkung um 20 % (Rz 1556) und CRH eine Senkung um 18 % (Rz 1431). Die tatsächliche Senkung über das Sortiment ergab weitere Unterschiede. Das Bruttopreisniveau von Sabag sank im Schnitt um bis zu 2,2 % weniger als das von Sanitas Troesch, das Bruttopreisniveau von CRH sank gegenüber Sanitas Troesch um bis zu 4,1 % weniger (Rz 1644 ff.). Trotz dieser Unterschiede steht zweierlei fest: Erstens wurde die Abrede über die grundlegende Senkung der Bruttopreise umgesetzt, zweitens wurde das Bruttopreisniveau in ähnlichem Ausmass gesenkt. Wie gesagt, bezog sich die Abrede auf das Bruttopreisniveau und das damit einhergehende Rabattniveau, womit der dominante Wettbewerbsparameter Preis vollumfänglich von der Abrede betroffen war. Mit der Senkung im Rahmen der beschlossenen 18 % bis 20 % behielten die Sanitär-grosshändler ein vergleichbares Bruttopreis- und Rabattniveau bei. Die Installateure konnten nicht auf einen

anderen im Wettbewerb bedeutenden Grosshändler mit einem gegenüber 2011 vergleichbaren Bruttopreis- und Rabattniveau ausweichen. Dadurch verhinderten Sanitas Troesch, Sabag, CRH und Innosan einerseits eine Abwanderung von Installateuren und damit einhergehenden Marktanteilsverlusten. Andererseits verhinderten sie, dass sie sich gegenseitig einem wirksamen Wettbewerb mit höheren Rabatten gestützt auf höhere Bruttopreise aussetzten. Dadurch hätten sie eine Erhöhung der Rabatte und damit ein Abfallen der Nettopreise riskiert. Zumal die Sanitär-grosshändler den Installateuren aber objektindividuelle Rabatte gewährten, die Bruttopreise und Rabatte der Abredeteilnehmer in eingeschränktem Mass voneinander abwichen und Bringhen, Burgener, Kappeler, Sanidusch, Spaeter und San Vam sich nicht an der Abrede beteiligten, gehen die Wettbewerbsbehörden Behörden davon aus, dass ein beschränkter Innenwettbewerb bestand.

c. Konklusion

2390. Zumal der Aussenwettbewerb und Innenwettbewerb nicht vollständig beseitigt sind, kann die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs im Sanitär-grosshandel mit Bezug auf die Koordination der Senkung des Bruttopreisniveaus 2012 umgestossen werden. Es sind daher die qualitativen und quantitativen Kriterien der Erheblichkeit zu prüfen.

2. Prüfung der Erheblichkeit

a. Qualitative Kriterien

2391. Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxisgemäss die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷⁴⁹ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷⁵⁰ Es ist dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über den Wettbewerbsparameter Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG das qualitative Gewicht von Preisabreden unterstreicht, indem er bei Preisabreden die Vermutung aufstellt, sie beseitigten den Wettbewerb. Diese Vermutung gilt auch für das Festsetzen von Preiselementen oder Preiskomponenten.¹⁷⁵¹ Das bedeutet, dass selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, der Gegenstand der Abrede qualitativ gravierender Art ist.¹⁷⁵²

¹⁷⁴⁸ Vgl. hierzu Beispielsweise Act. 356, Besprechungsbericht Kooperations Sanitär Schweiz, 4. November 2009, 215.

¹⁷⁴⁹ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II* Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

¹⁷⁵⁰ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*.

¹⁷⁵¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

¹⁷⁵² RPW 2015/2, 233 Rz 244, *Tunnelreinigung*; RPW 2012/4 828 Rz 101 f., Vertrieb von Musik; RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*.

2392. Die vom SGVSB, von Sanitas Troesch, Sabag und Innosan abgestimmte Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus auf das Jahr 2012 umfasste sowohl die Festlegung des Bruttopreisniveaus als auch die Senkung des Rabattniveaus. Damit war der dominante Wettbewerbsparameter Preis vollumfänglich von der Abrede betroffen.

2393. In dem die Abredeteilnehmer die Bruttopreise und Rabatte zwischen 18 % bis 20 % senkten, sorgten sie dafür, dass sie ein für alle ähnliches Bruttopreis- und Rabattniveau für das Jahr 2012 beibehielten. Dadurch konnten sie verhindern, dass sich ein intensiver Wettbewerb um die Endkunden entfaltete. Denn kein anderer Grosshändler senkte seine Bruttopreise früher oder in einem anderen Umfang. Sie verhinderten auf diese Weise, dass die Installateure sich der Rabattkürzung entziehen konnten, indem sie auf einen anderen bedeutenden Sanitär-grosshändler auswichen. Es bestand keine Möglichkeit auf einen anderen bedeutenden Grosshändler mit einem gegenüber 2011 gleichbleibenden Bruttopreis- und Rabattniveau auszuweichen. Die Abredeteilnehmer verhinderten folglich Marktanteilsverluste. Zudem verhinderte die Koordination, dass die Sanitär-grosshändler auf eine Abwanderung von Installateuren mit einer Rabatterhöhung und damit Margen- und Nettopreissenkung hätten reagieren müssen.

2394. Insgesamt ist die zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB, Sabag, CRH und Innosan abgestimmte gleichzeitige Senkung der Bruttopreise und Rabatte von rund 18 % bis 20 % eine qualitativ besonders schwerwiegende Abrede, da sie die im Wettbewerb zentralen Preisbestandteile Rabatt und Bruttopreis betraf.

b. Quantitative Kriterien

2395. Für die Beurteilung, ob eine Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat, ermittelt die WEKO, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das «Gewicht» der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt.¹⁷⁵³ Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, auf dem die Abredeteilnehmer einen erheblichen Marktanteil halten.¹⁷⁵⁴ Den Marktanteilen kommt also bei der Prüfung der quantitativen Kriterien ein besonderes Gewicht zu.

2396. Konkret prüft die WEKO den Aussen- und Innenwettbewerb. Im Rahmen des Aussenwettbewerbs prüft sie den aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter. Die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter ist für den hier zu beurteilenden relevanten Markt für Sanitär-grosshändler zu prüfen (zur Marktabgrenzung vgl. Rz 2335 ff.)

i. Aussenwettbewerb

2397. Mit Bezug auf den Aussenwettbewerb kann auf die obigen Ausführungen im Rahmen der Umstossung der gesetzlichen Vermutung verwiesen werden (Rz 2386). Wie vorangehend festgestellt, verfügten Sanitas Troesch, Sabag, CRH und Innosan in den Jahren

2011 und 2012 kumulativ über einen Marktanteil von zumindest 85.6 %. Die marktstärksten Sanitär-grosshändler waren also an der Abrede beteiligt. Ausweichmöglichkeiten bestanden folglich nur begrenzt. Gemäss Bundesverwaltungsgericht reichen Marktanteile von Aussenwettbewerbern im Umfang von 10 % nicht aus, um wirksamen Aussenwettbewerb zu begründen, wenn die Abredeteilnehmer Marktanteile von über 80 % auf sich vereinigen.¹⁷⁵⁵ Diese Rechtsprechung ist auch auf die vorliegende Konstellation anlog anwendbar. Für den Kanton Wallis ist zudem zu beachten, dass sich Bringhen als regional einziges Gegengewicht zu CRH und Sanitas Troesch, der gemeinsamen Abrede von CRH und Sanitas Troesch anpassen musste. Bringhen senkte seine Bruttopreise innert Monatsfrist nach der Preissenkung von Sanitas Troesch und CRH.

2398. Nicht zuletzt die Umsetzung der Absprache beweist, dass kaum Wettbewerbsdruck aufgrund von neu in den Markt eintretenden potentiellen Konkurrenten (vgl. Rz 749 ff.) bestand.

ii. Innenwettbewerb

2399. Bezüglich des Innenwettbewerbs sei auf die oben in Rz 2389 f. gemachten Ausführungen verwiesen. Zusammenfassend sei noch einmal festgehalten, dass Sanitas Troesch eine Senkung um 20 % (Rz 1449), Sabag eine Senkung um 20 % (Rz 1556) und CRH eine Senkung um 18 % (Rz 1431) vollzogen. Die tatsächliche Senkung über das Sortiment ergab weitere Unterschiede. Das Bruttopreisniveau von Sabag sank im Schnitt um bis zu 2,2 % weniger als das von Sanitas Troesch, das Bruttopreisniveau von CRH sank gegenüber Sanitas Troesch um bis zu 4,1 % weniger (Rz 1644 ff.). Dies zeigt, dass keiner der Abrededepartener von Umsetzung der Bruttopreissenkung abwich. Die Abrede bezog sich auf das Bruttopreisniveau und das damit einhergehende Rabattniveau und deckte den dominanten Wettbewerbsparameter Preis vollumfänglich ab. Mit der Senkung im Rahmen der beschlossenen 18 % bis 20 % behielten die Sanitär-grosshändler ein vergleichbares Bruttopreis- und Rabattniveau bei. Die Installateure konnten nicht auf einen anderen im Wettbewerb bedeutenden Grosshändler mit einem gegenüber 2011 vergleichbaren Bruttopreis- und Rabattniveau ausweichen. Dadurch verhinderten Sanitas Troesch, Sabag, CRH und Innosan einerseits eine Abwanderung von Installateuren hin zu anderen Sanitär-grosshändlern und damit einhergehenden Marktanteilsverlusten. Andererseits verhinderten sie, dass sie sich gegenseitig einem wirksamen Wettbewerb mit höheren Rabatten gestützt auf höhere Bruttopreise aussetzten. Damit hätten sie eine Erhöhung der Rabatte und ein Abfallen der Nettopreise riskiert.

¹⁷⁵³ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, *Türprodukte*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230.

¹⁷⁵⁴ BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), *Buchpreisbindung*.

¹⁷⁵⁵ Urteil des BVGer, B-8399/2010, vom 23. September 2013, E.6.2.12, *Siegenia Aubi AG/WEKO*.

c. Konklusion

2400. Die Absprache durch die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch das Bruttopreisniveaus 2012 gemeinsam zu senken, verfälschte den Preiswettbewerb im Sanitär-grosshandel umfassend. Die Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch die Parteien waren sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht schwerwiegend. Die Wettbewerbsbeschränkung war mit anderen Worten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG.

C.4.4.3.2 Wettbewerbsabreden innerhalb des SGVSB

(i) Umstossung der gesetzlichen Vermutung

2401. Für die Beurteilung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Wettbewerbsabreden innerhalb des SGVSB (B.5.5, Rz 1820 ff.) sind zwei Zeiträume zu unterscheiden. Bis ins Jahr 2005 koordinierten der SGVSB bzw. seine Mitglieder mit Sanitas Troesch die Bruttopreise und Rabattsetzung (vgl. B.5.2, Rz 797 ff.). Sanitas Troesch hatte in dieser Zeit als Abredeteilnehmer keine disziplinierende Wirkung auf die übrigen Beteiligten. Ab dem Jahr 2006 ist Sanitas Troesch mit Bezug auf die Abreden innerhalb des SGVSB hingegen als Aussenwettbewerber einzustufen. Zwar tauschten sich der SGVSB bzw. seine Mitglieder und Sanitas Troesch in den Sitzungen des Kooperationsrates bis 2008 über das bevorstehende Bruttopreisniveau aus (vgl. Rz 1227). Das Verhalten von Sanitas Troesch zeigt jedoch eine gewisse Unabhängigkeit, wenn auch nicht in Bezug auf die koordinierte Bruttopreissenkung von 2012. Da Sanitas Troesch als grösster Sanitär-grosshändler über einen Marktanteil von [40-45 %] verfügt (vgl. Tabelle 3, Rz 742), ist das Unternehmen im Zeitraum von 2006 bis 2011 ein Aussenwettbewerber mit einem grossen Marktgewicht. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wird somit für die Wettbewerbsabreden innerhalb des SGVSB (B.5.5, Rz 1820 ff.) während des Zeitraums von 2006 bis 2011 umgestossen. Weiter ist daher zu prüfen, ob diese Abreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigten. Diese Frage ist anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien zu prüfen.

(ii) Prüfung der Erheblichkeit

a. Qualitative Kriterien

2402. Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxisgemäss die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷⁵⁶ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷⁵⁷ Es ist dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über den Wettbewerbsparameter Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG sowie bei Abreden über den Wettbewerbsparameter Menge gemäss Art. 5 Abs. Bst. b KG das qualitative Gewicht von Preis- und Mengenabreden unterstreicht, indem er bei Preisabreden die Vermutung aufstellt, sie beseitigten den Wettbewerb. Diese Vermutung gilt auch für das Festsetzen von Preiselementen oder Preiskomponenten.¹⁷⁵⁸ Das bedeutet, dass selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, der Gegenstand der Abrede qualitativ gravierender Art ist.¹⁷⁵⁹

2403. Wie bewiesen (Rz 2334), ist der Preis der dominante Wettbewerbsparameter im Sanitär-grosshandel. Wie bereits festgestellt, sind sowohl der Preisbestandteil Bruttopreis als auch der Preisbestandteil Rabatt im Wettbewerb im Sanitär-grosshandel von zentraler Bedeutung (vgl. B.4.7, Rz 470 ff.). Sowohl Abreden über den Bruttopreis als auch Abreden über Rabatte sind rechtlich als Preisabreden zu qualifizieren. Gemäss der gesetzgeberischen Wertung sind Abreden über solche Preiselemente besonders schwerwiegend. Im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung ist daher davon auszugehen, dass das qualitative Element der Erheblichkeit erfüllt ist.¹⁷⁶⁰

2404. Dementsprechend sind die folgenden Preisabreden in qualitativer Hinsicht besonders schwerwiegend:

- a. Die gemeinsame Stammdatenverwaltung und gemeinsamen Bruttopreisfestlegung bis 2007 (Rz 1839),
- b. die Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886),
- c. der Entscheid Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906),
- d. der Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.),
- e. die verbandsinternen Anpassung der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.),
- f. die Festlegung der Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.),
- g. die Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.),
- h. die Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043) und
- i. die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produktkataloge „teamonline“ sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.).

2405. Die gemeinsame Stammdatenverwaltung und gemeinsame Bruttopreisfestlegung bis 2007 (Rz 1839) führten zu identischen Bruttopreisen. Mit den identischen Bruttopreisen verhinderten die Mitglieder des SGVSB wirksamen Wettbewerb um die Endkunden, welche sich an den Bruttopreisen orientierten. Da die SGVSB-Mitglieder untereinander keinen Druck auf die Bruttopreise ausübten, zwangen sie sich nicht gegenseitig zu

¹⁷⁵⁶ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II* Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

¹⁷⁵⁷ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*.

¹⁷⁵⁸ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

¹⁷⁵⁹ RPW 2015/2, 233 Rz 244, *Tunnelreinigung*; RPW 2012/4 828 Rz 101 f., *Vertrieb von Musik*; RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*.

¹⁷⁶⁰ RPW 2012/4, 828 Rz 101, *Vertrieb von Musik*.

einer Anpassung der Bruttopreise und damit Nettopreise auf ein tieferes Niveau. Durch die identischen Bruttopreise verhinderten die SGVSB-Mitglieder, auch wirksamen Wettbewerb um Installateure. Denn wie bewiesen, führen höhere Bruttopreise zur Erteilung höherer Rabatte. Installateure vergleichen die unterschiedlich hohen Rabatte und verlangen auch von den anderen Sanitär-grosshändlern höhere Rabatte. Durch die Erhöhung der Rabatte erzeugen die Sanitär-grosshändler mit hohen Bruttopreisen und hohen Rabatten Druck auf die Sanitär-grosshändler mit tieferen Bruttopreisen und tieferen Rabatten ebenfalls höhere Rabatte zu gewähren (vgl. Rz 587 ff.). Diese Entwicklung führt letztlich zu einer «Margenerosion» bzw. sinkenden Nettopreisen, was Sanitas Troesch als «*Teufelskreis Bruttopreisentwicklung*» bezeichnete (vgl. z.B. Rz 531 ff.). Einem solchen Wettbewerb untereinander wichen die SGVSB-Mitglieder durch ihr Vorgehen so weit als möglich aus.

2406. Mit der Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886) steigerten die Abredeteilnehmer gemeinsam die Marge und erhöhten die Nettopreise. Sie verhinderten, dass Endkunden oder Installateure auf einen anderen, nicht an der Abrede beteiligten Sanitär-grosshändler ausweichen konnten, welcher nicht mittels Bruttopreisen seine Margen und Nettopreise erhöhte.

2407. Durch die Entscheide, Sanitärprodukte verschiedenen Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906) vereinbarten die Abredeteilnehmer einerseits, bei welchen Produkten sie den Installateuren reduzierte Rabatte gewährten. Andererseits vereinbarten sie, dass in der Rabattgruppe Sanitär Allgemein unterschiedliche Produktarten verschiedener Marken zusammengefasst wurden. Folglich verhinderten die Abredeteilnehmer, dass bei einem Auftrag separate Rabatte für diese unterschiedlichen Produktarten bzw. verschiedenen Marken gewährt wurden. Mit anderen Worten schränkten sie die Rabattverhandlungen weitgehend auf einen einzelnen Rabatt ein und verhinderten folglich, dass höhere Rabatte für einzelne Produktarten bzw. Marken innerhalb dieser Rabattgruppe gewährt werden. Dadurch verhinderten sie, dass in Rabattverhandlungen bei bestimmten Produktgruppen bzw. Marken höhere Rabatte gewährt werden mussten, weil andere Grosshändler diese Produkte bzw. Marken in einer anderen Rabattgruppe führten.

2408. Der Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.) verhinderte die Innovation eines alternativen Preissystems. Mit dem Verzicht auf ein Nettopreissystem umzusteigen, vermieden die Sanitär-grosshändler, dass Endkunden bei den Sanitär-grosshändlern des dreistufigen Absatzkanals zu Nettopreisen der Grosshändler an den Installateuren einkaufen konnten. Da der gesamte dreistufige Absatzkanal das Bruttopreissystem beibehielt, verhinderten die Abredeteilnehmer dadurch Marktanteilsverluste aufgrund einer Abwanderung von Endkunden von Grosshändlern des dreistufigen Absatzkanals mit einem Bruttopreissystem zu solchen mit einem Nettopreissystem.

2409. Die verbandsinternen Anpassungen der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.) bewirkten eine Änderung der Bruttopreise und damit der Nettopreise zum gleichen Zeitpunkt und in gleichem Umfang. Die Abredeteilnehmer

verhinderten bei Preissenkungen eines Lieferanten, dass ein Mitglied des SGVSB vor dem anderen seine Bruttopreise senkte und damit die Preissenkung weitergab. So konnten die SGVSB Mitglieder ihre Lagerbestände mit den alten höheren Bruttopreisen verkaufen. Sie verhinderten, dass sich die SGVSB-Mitglieder durch frühere Bruttopreissenkungen gegenseitig unter Druck setzten, die Bruttopreise und damit die Nettopreise ebenfalls zu senken. Auf diese Weise verhinderten sie wirksamen Wettbewerb um die Kunden selbst.

2410. Die Festlegung der Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.) bewirkte, dass sämtliche SGVSB-Mitglieder die Transportkosten in Prozent der Bruttopreise und die Einbaukosten in Franken in den Rechnungen zusätzlich zum Preis für die Produkte aufschlugen.

2411. Mit der Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.) in der Kalkulation der Bruttopreise bestimmten die Abredeteilnehmer gemeinsam, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Wechselkursvorteile bei in Euro eingekauften Produkten an die Kunden weitergegeben werden sollten. Damit verhinderten sie, dass ein Grosshändler mit einer eigenständigen Kalkulation des Eurokurses tiefere Bruttopreise setzte und damit die weiteren Abredeteilnehmer unter Druck setzte, ihre Brutto- und Nettopreise ebenfalls zu senken.

2412. Mit der Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043) verhinderten die grossen Sanitär-grosshändler, dass die Teampur-Mitglieder tiefere Bruttopreise festlegten. Folglich verzichteten Burgener, Kappeler, Sanidusch und Innosan darauf, mit tieferen Bruttopreisen in einem wirksamen Wettbewerb zu den weiteren Abredeteilnehmern zu treten. Ein solcher Wettbewerb hätte die grossen Sanitär-grosshändler zur Senkung der Bruttopreise und damit Nettopreise zwingen können.

2413. Die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produktkataloge «teamonline» sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.) sorgte dafür, dass lediglich bestimmte Produkte im Schweizer Markt für Sanitär-grosshandel angeboten wurden. Der Wettbewerb von alternativen Absatzkanälen wurde beschränkt, indem die SGVSB-Mitglieder über alternative Kanäle gehandelte Produkte nicht in ihr Sortiment aufnahmen.

2414. Zur Beurteilung, ob der Wettbewerb qualitativ schwerwiegend beeinträchtigt wurde, ist eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen, weshalb die vorangehend genannten Abreden kumulativ zu betrachten sind. Dabei steht fest, dass sie gemeinsam den zentralen Wettbewerbsparameter Preis beeinflussten (Bruttopreis, Nettopreis, Marge, Rabattgruppen, Transportkosten, Einbaukosten und Europeise). Zudem verhinderten sie gemeinsam den Eintritt bestimmter Produkte in den Sanitär-grosshandelsmarkt und damit die Menge der angebotenen Produkte. Insgesamt liegt somit eine qualitativ besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung vor.

b. Quantitative Kriterien

2415. Für die Beurteilung, ob eine Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat, ermittelt die WEKO, wie umfassend der

relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das «Gewicht» der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt.¹⁷⁶¹ Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, auf dem die Abredeteilnehmer einen erheblichen Marktanteil halten.¹⁷⁶² Den Marktanteilen kommt also bei der Prüfung der quantitativen Kriterien ein besonderes Gewicht zu.

2416. Konkret prüft die WEKO den Aussen- und Innenwettbewerb. Im Rahmen des Aussenwettbewerbs prüft sie den aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter. Die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter ist für den hier zu beurteilenden relevanten Markt für Sanitär-grosshändler zu prüfen (zur Marktabgrenzung vgl. Rz 2335 ff.).

Aussenwettbewerb

2417. Die Mitglieder des SGVSB vereinigten in der Zeitperiode von 2006 bis 2012 einen schweizweiten Marktanteil von über 50 % auf sich. Ein Marktanteil, bei welchem die WEKO beim Vorliegen einer erfolgreich umgesetzten Preisabrede bereits mehrfach auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung schloss.¹⁷⁶³

2418. Der gewichtigste Aussenwettbewerber des SGVSB und seinen Mitgliedern ist Sanitas Troesch mit einem schweizweiten Marktanteil von [40-45 %] im Sanitär-grosshandel (vgl. Tabelle 3, Rz 742). Sanitas Troesch tauschte sich mit dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern in den Sitzungen des Kooperationsrates indirekt über das bevorstehende Bruttopreissniveau aus (Rz 1227). So wussten die Mitglieder des SGVSB zumindest bis 2008, dass keine relevanten Bruttopreisänderungen bevorstanden. Ab 2009 waren die Mitglieder des SGVSB über die bevorstehende grosse Bruttopreissenkung informiert und konnten daher weiterhin das Wettbewerbsverhalten des stärksten Konkurrenten einschätzen. Somit ist die disziplinierende Kraft von Sanitas Troesch eher als gering einzustufen. Übrige Sanitär-grosshändler, Anbieter in alternativen Absatzkanälen oder potentielle Konkurrenten üben – wie auch schon bei der Prüfung der Beseitigung des Wettbewerbs festgestellt – einen vernachlässigbaren Wettbewerbsdruck aus (vgl. B.4.8, Rz 740 ff.).

Innenwettbewerb

2419. Die folgenden Preisabreden wurden von sämtlichen SGVSB-Mitgliedern umgesetzt:

- a. die gemeinsame Stammdatenverwaltung und gemeinsamen Bruttopreisfestlegung bis 2007 (Rz 1839),
- b. die Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886),
- c. der Entscheid Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906),
- d. der Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.),
- e. die verbandsinternen Anpassung der Basispreise (Rz 1957 f.),

- f. die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produkt-kataloge «teamonline» sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.)

2420. Die Abrede über gemeinsame Bruttopreise bis Ende 2007 und die Margenfestlegung für das Jahr 2007 umfasste das ganze Sortiment und damit mehr als 50 % sämtlicher Produkte, die über den Sanitär-grosshandel vertrieben wurden. Alleine im Jahr 2007 machte der Umsatz mit diesen Produkten mehr als 400 Mio. CHF aus.

2421. Der Entscheid Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen, betraf sämtliche Mitglieder des SGVSB gleichermassen. Auf diese Weise nahmen die SGVSB-Mitglieder Einfluss auf die Rabattbandbreite. Der Rabattwettbewerb wurde auf diese Weise für die eingeteilten Produkte bis mindestens das Jahr 2010 eingeschränkt und zwar von sämtlichen SGVSB-Mitgliedern.

2422. Mit Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.) stellte der SGVSB sicher, dass über 50 % des Marktes für Sanitär-grosshändler dasselbe Preissystem führte. Verbandsinterner Wettbewerb durch alternative Preissysteme war dadurch ausgeschaltet. Da der gesamte dreistufige Absatzkanal das Bruttopreissystem beibehielt, verhinderten die Abredeteilnehmer dadurch Marktanteilsverluste aufgrund einer Abwanderung von Endkunden von Grosshändlern des dreistufigen Absatzkanals mit einem Bruttopreissystem zu solchen mit einem Nettopreissystem.

2423. Ferner passten die SGVSB-Mitglieder auch nach 2007 die Basisrichtpreise gemeinsam an. Damit legten sie unter anderem den Zeitpunkt und Umfang von Preisänderungen von Geberit fest (Rz 1946 ff.). Geberit ist der bedeutendste Lieferant der Verfahrensparteien, dessen Marktanteil von Sanitas Troesch im Jahr 2010 auf [85-90] % geschätzt wurde.¹⁷⁶⁴ Die Abrede betraf als Produkte, mit welchen Geberit im den Jahren 2008-2011 einen jährlichen Umsatz mit CRH, Sabag und Bringhen von über CHF [40-60 Mio.] erzielte. Die Verkaufsumsätze der Sanitär-grosshändler macht damit einen Verkaufsumsatz von über CHF 200 Mio. aus. Alleine daraus folgt, dass die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Vereinbarung der Basispreise quantitativ schwerwiegend war.

¹⁷⁶¹ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, *Türprodukte*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230.

¹⁷⁶² BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), *Buchpreisbindung*.

¹⁷⁶³ RPW 2012/2, 399 Rz 400, *Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2004/3, 751 Rz 73, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2003/4, 871 E. 8, *Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*; RPW 2000/2, 178 Rz 57, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation [AFEC]*.

¹⁷⁶⁴ Vgl. Act. 445, 241.

2424. Bis 2012 bestimmten die SGVSB-Mitglieder den Inhalt der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produkt-kataloge «*teamonline*» sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.) gemeinsam. Bis Ende 2008 wurden Produkte nur in die Stammdaten und erwähnten Kataloge aufgenommen, wenn das Produkt zum Sanitär-sortiment der SGVSB-Mitglieder gehörte und der Beschluss einstimmig fiel. Ab 2009 musste ein Hersteller sich zum 3-stufigen Vertriebsweg bekennen, Preisunterlagen mit einer Basismarge für den Sanitär-fachhandel lieferten, nach Ansicht der Sortimentskommission über-regionalen Bedürfnissen entsprechen und die Vorstellung der Kommissionsmitglieder bezüglich Konditionen und Lieferbedingungen erfüllte. Damit kam der Sortimentskommission ein erheblicher Ermessensspielraum zu, ob gewisse Produkte in die Kataloge aufgenommen werden sollten. Da die SGVSB-Mitglieder rund 50 % der Marktanteile des Schweizer Sanitär-grosshandelsmarktes auf sich vereinigten kam diesem Entscheid eine grosse Tragweite zu. Denn der Verkaufserfolg eines Produktes hing davon ab, in die SGVSB-Kataloge aufgenommen zu werden. Die Sortimentskommission bestimmte also mit, welche Produkte im Schweizer Markt für Sanitär-grosshandel angeboten wurden. Insbesondere sollten keine Produkte in den Katalog aufgenommen werden, welche über alternative Absatzkanäle in die Schweiz geliefert wurden. Die SGVSB-Mitglieder beschränkten durch ihr gemeinsames Vorgehen, denn Wettbewerb untereinander, da ihr Sortiment bis 2006 identisch und danach mit Ausnahme der Exklusivartikel sehr ähnlich war, zumal der Teampur-Katalog als Basis für die anderen Kataloge diente. Den Wettbewerb gegenüber alternativen Absatzkanälen beschränkten sie gemeinsam, indem sie über alternative Kanäle gehandelte Produkte nicht in ihr Sortiment aufnahmen. Der Vertrieb dieser Produkte durch die SGVSB-Mitglieder wurde auf die Menge Null reduziert. Diese Wettbewerbsbeschränkung betraf mehr als die Hälfte des Marktes für Sanitär-grosshandel und betraf mit CRH (Richner, Gétaz, Regusci), Sabag und Bringhen drei der vier marktstärksten Unternehmen in der Schweiz. Die Einschränkung war daher quantitativ schwerwiegend.

2425. Insgesamt wich also keines der SGVSB-Mitglieder von den in Rz 2419 a–f genannten Preisabreden ab. Diese Preisabreden bezogen sich zudem auf das gesamte SGVSB-Sortiment. Damit schränkten Sanitär-grosshändler, welche mehr als 50 % der Marktanteile auf sich vereinigten, den Wettbewerb mit Bezug auf Preise mit Bezug auf das gesamte Sortiment ein. Eine solche Wettbewerbsbeschränkung ist nicht nur marginal sondern beeinträchtigte den Wettbewerb in quantitativ schwerwiegender Weise.

Die Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.)

2426. Ab 2008 hielten die SGVSB-Mitglieder daran fest, die Wechselkurse festzulegen. Die gemeinsame Festlegung des Wechselkurses wirkte sich zwar nicht auf das gesamte Sortiment aus, sondern nur auf gewisse Produkte wie etwa den Badewannenhersteller Kaldewei. Doch ist bereits Kaldewei mit einem Marktanteil von [25-30] % bis [40-45] % ein bedeutender Anbieter von Badewannen (Rz 1995). Der Umsatz, welche die SGVSB-Mitglieder mit Kaldewei-Produkten erzielt, beträgt jähr-

lich über 10 Mio. CHF. Dieser Umsatz ist damit um ein vielfaches höher, als etwa das gesamte Auftragsvolumen von Tunnelreinigungsunternehmen in den Jahren 2010-2012 (je 0,5–2 Mio. CHF bzw. insgesamt 1,5 bis 6 Mio. CHF), deren Abreden über die Auftragsvergabe von der WEKO als quantitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs eingestuft wurde.¹⁷⁶⁵ Die vorliegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Vereinbarung der Wechselkurse ist damit ebenfalls als schwerwiegend einzustufen.

Die SGVSB-Mitglieder legten zudem die Teampur-Preise gemeinsam fest (Rz 2043).

2427. Dies bedeutete, dass die Teampur-Kataloge immer die höchsten Bruttopreise enthielten. Auch diese Abrede wurde von sämtlichen SGVSB-Mitgliedern befolgt. Die Teampur-Mitglieder erzielten gemeinsam in den Jahren 2008-2011 einen jährlichen Umsatz von über 19 Mio. CHF, was über die gesamte Zeitspanne einem Gesamtumsatz von 79 Mio. CHF entspricht. Auch dieser Umsatz liegt um ein Vielfaches höher als die Abreden über die Auftragsvolumen der Tunnelreinigungsunternehmen, welche die WEKO als schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung qualifizierte. Die vorliegenden Abreden sind daher ebenfalls als quantitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu betrachten.

2428. Die SGVSB-Mitglieder vereinbarten zudem:

Die Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.).

2429. Diese Preisabrede hatte zweierlei zur Folge: Einerseits verrechnete jedes Mitglied Transport- und Einbaukosten und andererseits wurden diese Kosten getrennt aufgeführt. Teilweise wichen die SGVSB-Mitglieder mit der Höhe der Transport- und Einbaukosten voneinander ab. Dennoch hielten sich sämtliche SGVSB-Mitglieder daran, die Preisaufläge für Transport- und Einbaukosten zu verrechnen und in den Rechnungen getrennt aufzuschlagen. Diese Preiselemente wurden dank der Abrede von über 50 % der Marktteilnehmer einheitlich gehandhabt und verrechnet. Die dadurch resultierende Wettbewerbsbeschränkung war daher quantitativ schwerwiegend.

c. Konklusion

2430. Zusammenfassend steht also fest, dass jede der genannten Abreden zwischen dem SGVSB und seinen Mitgliedern – also über 50 % der kumulativen Marktanteile des Sanitär-grosshandels – entweder das gesamte Sortiment oder zumindest bedeutende Teile davon betraf. Die qualitative und quantitative Beeinträchtigung jedes dieser Abreden war schwerwiegend. Dieser Effekt verstärkte sich dadurch, dass die Abreden nicht getrennt, sondern nebeneinander bestanden. Die Wettbewerbsbeeinträchtigung durch den SGVSB und seine Mitglieder sind folglich erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bzw. Art. 5

¹⁷⁶⁵ RPW 2015/2, 229, Rz 219 Tabelle 5, Rz 252, *Tunnelreinigung*.

Abs. 3 Bst. b KG. In Übereinstimmung mit dem soeben gesagten, schloss die WEKO schon mehrfach beim Vorliegen einer erfolgreich umgesetzten Preisabrede bei einem Marktanteil von 50 % auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.¹⁷⁶⁶

C.4.4.3.3 Wettbewerbsabreden zwischen Bringhen, Burgener, Gétaz und Sanitas Troesch betreffend den Kanton Wallis.

(i) Umstossung der gesetzlichen Vermutung

2431. Bei den Abreden über den Schutz des dreistufigen Vertriebswegs im Kanton Wallis sind die folgenden beiden Konstellationen zu unterscheiden:

- i. Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener beschlossen zwischen 1999-2002 im Kanton Wallis, dass
 - die Sanitärinstallateure ihre Waren ausschliesslich bei Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener einkaufen sollten,
 - Kleinlieferungen von Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener nur zu Bruttopreisen inkl. MWSt zu verkaufen seien,
 - bei Bestellungen bis zu CHF 10'000.– 1–10 % Rabatt auf die Teampreise gewährt werden sollten zuzüglich der MWSt,
 - bei Bestellungen bis zu CHF 100'000.– 1–15 % Rabatt auf die Teampreise gewährt werden sollten zuzüglich der MWSt,
 - Installateure für von Privaten bezogene Produkte 5 % Rabatt auf den Nettoverkaufspreis erhalten sollten und
 - Waschapparate nicht von diesem Beschluss betroffen seien (Rz 1807 ff.).
- ii. Gétaz, Bringhen und die Suissetec vereinbarten zwischen 2003-2010 «Spielregeln», wonach
 - der Grosshandel ausschliesslich über den Installateur verkauft,
 - der Grosshandel Privaten Einzel- und Ersatzteile nur zu Bruttopreisen verkauft,
 - der Installateur ausschliesslich über die Sanitär-Grossisten des dreistufigen Absatzkanals einkauft und dies auch für Badezimmermöbel und Armaturen galt,
 - Waschmaschinen von dieser Vereinbarung ausgeschlossen seien,
 - bei Anfragen von Privaten oder Generalunternehmern stets nach dem voraussichtlichen Installateur gefragt werden sollte und die Rabattierung durch den Installateur erfolgen sollte (Rz 1807 ff.).

a. Aussenwettbewerb

2432. Bringhen und Gétaz verfügten im Kanton Wallis über einen gemeinsamen Marktanteil im Sanitär-grosshandel von [70-75] %. Bringhen, Burgener, Gétaz und Sanitas Troesch verfügten im Sanitär-grosshandel im

Kanton Wallis über einen kumulativen Marktanteil von [85-90] %.¹⁷⁶⁷

2433. Bei grösseren Objekten muss berücksichtigt werden, dass Installateure ihrerseits regelmässig einen Rabatt an die Endkunden gewähren. Dadurch besteht beim Direktverkauf von Sanitärapparaten für grosse Objekte von Grosshändlern an Endkunden Aussenwettbewerb durch Installateure. Für grössere Objekte besteht damit hinreichend Aussenwettbewerb, um die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs durch die Abrede zwischen den Sanitär-grosshändlern über den Direktverkauf an Endkunden umzustossen.

2434. Einzel- und Ersatzteile werden von Endkunden auch direkt bei einer Verkaufsstelle bezogen. Aus diesem Grund ist für die Beurteilung des Aussenwettbewerbs bei einer Abrede über die Preise der Sanitär-grosshändler an Endkunden die Anzahl Verkaufsstellen zu berücksichtigen. Bringhen, Burgener, Gétaz und Sanitas Troesch verfügen über insgesamt acht Niederlassungen im Wallis. Die weiteren Sanitär-grosshändler Lietti, Zen-Ruffinen und Delaloye + Joliat verfügen gemeinsam über vier Standorte.¹⁷⁶⁸ Damit schien genügend Aussenwettbewerb zu bestehen, dass die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs zwischen Sanitär-grosshändler bei einem Direktverkauf von Kleinlieferungen, Einzel- und Ersatzteilen an Endkunden umzustossen ist.

(ii) Prüfung der Erheblichkeit

a. Qualitative Kriterien

2435. Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxisgemäss die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷⁶⁹ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷⁷⁰ Es ist dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über den Wettbewerbsparameter Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG das qualitative Gewicht von Preisabreden unterstreicht, indem er

¹⁷⁶⁶ RPW 2012/2, 399 Rz 400, *Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2004/3, 751 Rz 73, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; *Entscheid der REKO/WEF*, RPW 2003/4, 871 E. 8, *Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*; RPW 2000/2, 178 Rz 57, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation [AFEC]*.

¹⁷⁶⁷ Der Marktanteil errechnet sich aus den Umsatzangaben für 2008 von Bringhen für das Oberwallis, Mittelwallis und Unterwallis (Act. 441.01, Antwort auf Frage 15), Umsatzangaben für 2008 von Gétaz für Oberwallis und Mittelwallis (Act. 469, Antwort auf Frage 15), Umsatzangaben für 2008 von Burgener (Act. 395, Antwort auf Frage 3), sowie einer internen Einschätzung von Sanitas Troesch zu Umsätzen im Jahr 2008 weiterer Grosshändler (Act. 445, Seite 413).

¹⁷⁶⁸ Vgl. Act. 445, Seite 413. Sanitas Troesch ist in Sierre vertreten; Bringhen in Visp, Sierre, Sion und Martigny; Gétaz in Visp und Sion; Lietti in Sion und Monthey; Brugener in Steg; Zen-Ruffinen in Naters und Delaloye + Joliat in Conthey.

¹⁷⁶⁹ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II* Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

¹⁷⁷⁰ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 Rz 367, *Türprodukte*.

bei Preisabreden die Vermutung aufstellt, sie beseitigten den Wettbewerb. Diese Vermutung gilt auch für das Festsetzen von Preiselementen oder Preiskomponenten.¹⁷⁷¹ Das bedeutet, dass selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, der Gegenstand der Abrede qualitativ gravierender Art ist.¹⁷⁷²

2436. Die Abrede zwischen Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener betrafen den Endkundenpreis vom Sanitär-grosshändler an den Endkunden. Bei Kleinlieferungen waren die Produkte nur zu Bruttopreisen inkl. MWSt zu verkaufen. Damit liegt eine direkte Festsetzung von Preisen bei Kleinlieferungen an Endkunden vor. Die Abrede zwischen Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener ist damit qualitativ besonders schwerwiegend.

2437. Bringhen und Gétaz vereinbarten bis 2010 in den „Spielregeln“ Privaten Einzel- und Ersatzteile nur zu Bruttopreisen zu verkaufen. Dies ist eine direkte Festsetzung von Preisen für Einzel- und Ersatzteile. Die Abrede zwischen Bringhen und Gétaz ist damit qualitativ besonders schwerwiegend.

b. Quantitative Kriterien

2438. Für die Beurteilung, ob eine Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat, ermittelt die WEKO, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das «Gewicht» der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt.¹⁷⁷³ Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, auf dem die Abredeteilnehmer einen erheblichen Marktanteil halten.¹⁷⁷⁴ Den Marktanteilen kommt also bei der Prüfung der quantitativen Kriterien ein besonderes Gewicht zu.

2439. Konkret prüft die WEKO den Aussen- und Innenwettbewerb. Im Rahmen des Aussenwettbewerbs prüft sie den aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter. Die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter ist für den hier zu beurteilenden relevanten Markt für Sanitär-grosshändler zu prüfen (zur Marktabgrenzung vgl. Rz 2335 ff.).

i. Aussenwettbewerb

2440. Bringhen und Gétaz sind die beiden grössten Anbieter von Sanitärprodukten im Kanton Wallis. Gemeinsam verfügen sie über mehr als 70 % Marktanteile im Kanton Wallis. Bringhen, und Gétaz verfügen über insgesamt sechs Niederlassungen im Kanton Wallis. Die weiteren Sanitär-grosshändler Burgener, Sanitas Troesch, Lietti, Zen-Ruffinen und Delaloye + Joliat verfügen kumulativ über sechs Standorte. Somit kommen Bringhen und Gétaz auch die Hälfte der Gesamtzahl Verkaufsstellen im Wallis zu. Die WEKO schloss schon mehrfach beim Vorliegen einer erfolgreich umgesetzten Preisabrede bei einem Marktanteil von 50 % auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.¹⁷⁷⁵ Angesichts des Marktgewichts von Bringhen und Gétaz ist die Preisabrede als quantitativ schwerwiegend anzusehen.

Gleiches trifft auf die Abrede zwischen Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener zu.

ii. Innenwettbewerb

2441. Wie beweisen hielten sich die Abrededepartner während der angegebenen Zeitspannen an die Abreden. Es gab daher kein Abweichen von der Abrede. Zumal der Preis bereits von Gesetzes wegen der Wettbewerbsparameter schlechthin ist, kann eine Abrede fällt ein allfälliger Teil- oder Restwettbewerb nicht dermassen ins Gewicht, um die Schwere der Wettbewerbsbeschränkung auszugleichen.

c. Konklusion

2442. Die Abreden zwischen Bringhen, Gétaz, Sanitas Troesch und Burgener sowie die Abreden zwischen Bringhen und Gétaz führten sowohl unter qualitativen als auch quantitativen Gesichtspunkten zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Die Wettbewerbsbeschränkungen sind somit erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.

C.4.4.4 Gesamtwürdigung: Erheblichkeit aller betrachteter Wettbewerbsabreden

2443. Die Gesamtwürdigung der Erheblichkeit aller betrachteten Wettbewerbsabreden ist auch vor dem Hintergrund der Botschaft aus dem Jahre 1994 zu betrachten. Gemäss Botschaft «*soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs*» von den materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes erfasst werden. Die Wettbewerbsbehörden sollten sich nicht mit «*Bagatellen [...] beschäftigen müssen.*»¹⁷⁷⁶ Vor diesem Hintergrund sei noch einmal klargestellt, dass die WEKO in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht davon ausgeht, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen ist, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten.¹⁷⁷⁷

2444. Der Bruttopreis stellt einen zentralen Wettbewerbsparameter im relevanten Markt dar (vgl. B.4.7, insbesondere 521 f., 589). Er beeinflusst das Nachfrageverhalten von privaten und professionellen Endkunden. Zudem steuerten die Sanitär-grosshändler mit dem

¹⁷⁷¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

¹⁷⁷² RPW 2015/2, 233 Rz 244, *Tunnelreinigung*; RPW 2012/4 828 Rz 101 f., *Vertrieb von Musik*; RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*.

¹⁷⁷³ RPW 2015/2, 232 Rz 241, *Tunnelreinigung*; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, *Türprodukte*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230.

¹⁷⁷⁴ BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), *Buchpreisbindung*.

¹⁷⁷⁵ RPW 2012/2, 399 Rz 400, *Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2004/3, 751 Rz 73, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; *Entscheid der REKO/WEF*, RPW 2003/4, 871 E. 8, *Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*; RPW 2000/2, 178 Rz 57, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation [AFEC]*.

¹⁷⁷⁶ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 554.

¹⁷⁷⁷ BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), *Buchpreisbindung*.

Bruttopreis ihre Margen und ihre Nettopreise. Die Abreden zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB und seinen Mitgliedern betrafen in den Jahren 1997–2004 rund 90 %, in den Jahren 2004–2005 90 %–95.4 % und im Jahr 2012 rund 85.6 % des relevanten Marktes. Wettbewerbsabreden dieses Ausmasses über Bruttopreisabreden sind keine Bagatellen, sondern beeinträchtigen den Wettbewerb, wie dargelegt, in quantitativer und qualitativer Hinsicht in schwerwiegender Weise. Sie sind für sich alleine betrachtet erheblich im Sinne von Art. 5 Abs.1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und können nicht durch Rabattwettbewerb kompensiert werden.

2445. Auch die Rabatte sind relevante Wettbewerbsparameter (vgl. B.4.7.3, Rz 590). Abreden über die Einteilung von Rabatten in Rabattgruppen und über die Senkung des Rabattniveaus, woran sich zwischen 85-95 % des relevanten Marktes beteiligen, sind keine Geringfügigkeiten. Mit den vorliegenden Abreden griffen die Verfahrensparteien sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht schwerwiegend in das freie Spiel des Wettbewerbs ein. Auch diese Abreden sind für sich genommen erheblich im Sinne von im Sinne von Art. 5 Abs.1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.

2446. Es ist daran zu erinnern, dass die SGVSB-internen Abreden, d.h. die gemeinsame Stammdatenverwaltung und gemeinsamen Bruttopreisfestlegung bis 2007 (Rz 1839), die Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886), der Entscheid Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906), der Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Netto-preissystem umzusteigen (Rz 1933 f.), die verbandsinternen Anpassung der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.), die Festlegung der Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.), die Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.), die Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043) und die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produktkataloge «teamonline» sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.), rund 50% des relevanten Marktes betrafen. Jede einzelne dieser Abreden war für sich genommen erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs.3 Bst. a oder Bst. b KG (Rz 2413; Rz 2424).

2447. Schliesslich hatten die Abreden zwischen Bringhen, Gétaz, Sanitas Troesch und Burgener sowie die Abreden zwischen Bringhen und Gétaz den zentralen Wettbewerbsparameter Preis zum Gegenstand. Die Abredeteilnehmer verfügten im Kanton Wallis über rund 70 % der Marktanteile. Solche lokalen Abreden sind keine Bagatellen, sie sind unter qualitativen als auch quantitativen Gesichtspunkten schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs. Diese Wettbewerbsbeschränkungen sind erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.

2448. Zusammenfassend haben die Abreden zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB und seinen Mitgliedern einerseits und zwischen dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern andererseits, sowie die Abreden zwischen Sanitas Troesch, Bringhen, Gétaz und Burgener bzw. zwischen Bringhen und Gétaz den Wettbewerb je einzeln in qualitativ und quantitativ schwerwiegender Weise eingeschränkt. Die Wettbewerbsbeeinträchtigungen sind da-

her allesamt erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bzw. Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG. Sie sind daher, vorbehaltlich der nachfolgenden Prüfung der Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Effizienzgründen, unzulässig und sanktionierbar.

C.4.5 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

2449. 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.

2450. Demnach gibt es drei gesetzliche Voraussetzungen, welche kumulativ vorliegen müssen, um eine Abrede zu rechtfertigen: Erstens bedarf es **eines** in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG aufgelisteten **Effizienzgrundes**, zweitens muss die Abrede für den Effizienzgrund **notwendig** sein und drittens darf die Abrede **nicht die Beseitigung** des Wettbewerbs **ermöglichen**.¹⁷⁷⁸

2451. Diese Aufzählung von Rechtfertigungsgründen ist abschliessend. Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer dieser Gründe gegeben ist.¹⁷⁷⁹ Anzufügen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen effizient ist. Vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.¹⁷⁸⁰

2452. Sanitas Troesch und der SGVSB haben nicht darlegt, dass die gemeinsame marktweite Bruttopreissenkung und die damit einhergehende Senkung der Rabatte volkswirtschaftlich effizient seien. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern dadurch Herstellungs- oder Vertriebskosten gesenkt, Produkte oder Produktionsverfahren verbessert, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen gefördert oder Ressourcen rationeller genutzt werden sollten.

2453. Die SGVSB-Mitglieder haben verschiedentlich vorgetragen, dass die gemeinsame Stammdatenverwaltung und die gemeinsame Produktion der Kataloge effizienzsteigernd seien. So führte der SGVSB an, dass i) die gemeinsamen unverbindlichen Bruttopreiskataloge eine Effizienzsteigerung des Absatzkanales bewirkt hätten, da weniger Stammdatenverwaltungs- und Katalogproduktionskosten angefallen wären und dass ii) auf

¹⁷⁷⁸ Vgl. in diesem Sinne auch Urteil des BVGer, B-3332/2012 vom 13. November 2015, E.10.2, *Bayrische Motoren Werke AG/WEKO*; gleich wie hier: RPW 2011/4, 640 Rz 796, *ASCOPA*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 300; SHK-REINERT (Fn 1688), Art. 5 N 9.

¹⁷⁷⁹ BGE 129 II 18, 45 E. 10.3 (=RPW 2002, 747), *Buchpreisbindung*.

¹⁷⁸⁰ Vgl. RPW 2012/4, 829 Rz 111, *Vertrieb von Musik*; RPW 2011/4, 641 Rz 804, *ASCOPA*.

diese Weise die Vielfalt der Wettbewerbsteilnehmer erhalten geblieben wäre, indem auch kleineren und mittleren Sanitärfachhändlern die Marktteilnahme erleichtert worden wäre.¹⁷⁸¹ In diesem Sinne führte auch [...] Sabag aus, dass der Verband mit der Artikelbewirtschaftung von über 100'000 Artikeln eine wichtige und wertvolle Arbeit erbringe.¹⁷⁸²

2454. Es steht fest, dass die Stammdatenverwaltung technische und preisliche Angaben über eine Vielzahl von Badezimmerprodukten umfasst (vgl. Rz 1820). Die Erfassung von Daten, das Erstellen von Massbildern sowie die Verknüpfung und Verwaltung der Daten von Sanitärprodukten ist notwendig für die Produktion von physischen und elektronischen Katalogen. Für die erstmalige Erfassung, Erstellung und Verknüpfung von Daten fallen naturgemäss relativ hohe Kosten an. Für die Vervielfältigung dieser Daten fallen hingegen vergleichsweise geringe Kosten an. Durch die gemeinsame Stammdatenverwaltung fallen die Kosten für die erstmalige Erfassung, Erstellung und Verknüpfung der Daten nur einmal beim Verband an und nicht für jedes Mitglied des Verbands einzeln. Mit anderen Worten ist die gemeinsame Stammdatenverwaltung geeignet, Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken. Auf den ersten Blick scheint daher das Vorliegen eines Effizienzgrundes nicht ausgeschlossen und damit eines der drei gesetzlich vorgesehenen Tatbestandsmerkmale gegeben. Doch bei näherem Betrachten fällt auf, dass die Prüfung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG bereits am zweiten Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit scheitert. Die effizienzsteigernde Wirkung einer gemeinsamen Stammdatenverwaltung beschränkt sich auf die Erfassung und Einspeisung der technischen Produktangaben des Lieferanten.

2455. Im Gegensatz dazu ist die marktweite gemeinsame Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus, die Entwicklung gemeinsamer Rabattkategorien, die gemeinsame Festlegung von Endverkaufspreisen bei Direktverkäufen, gemeinsame Festlegung von Bruttopreisen aller SGVSB-Mitglieder oder der Teampur-Grossisten (Burgener, Kappeler und Sanidusch), die gemeinsame Bestimmung von Basispreisen, die gemeinsame Bestimmung von Rabatten in der SGVSB-Artikelverwaltung, die Zuteilung von Produkten in Rabattgruppen, der Beschluss von einem Bruttopreissystem nicht auf ein Nettopreissystem umzusteigen, die gemeinsame Festlegung von Transport- und Einbaukosten, die gemeinsame Festlegung des Eurokurses, die gemeinsame Bestimmung des Katalogsortiments aller SGVSB-Mitglieder und der Teampur-Grossisten (Burgener, Kappeler und Sanidusch) für die Senkung der Herstellungs- oder Verwaltungskosten nicht notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG. Der SGVSB und seine Mitglieder bewiesen dies selbst, indem sie ab 2008 sukzessive Kataloge mit individuellen Preisen und Sortimenten für jedes Verbandsmitglied einführten. Ferner ist erwiesen, dass die Kosteneinsparungen durch einen erneuten Beitritt von Sanitas Troesch zum SGVSB und der damit verbundenen SGVSB-Katalogproduktion von Sanitas Troesch nicht als genügend hoch erachtet wurden, um effizienzsteigernd zu sein. Vielmehr stellte sich Sanitas Troesch auf den Standpunkt, dass allfällige Einsparungen durch die Verbandsbeiträge wieder konsu-

miert würden. Sanitas Troesch erachtete ferner die Teilnahme am Verband als Quersubventionierung kleiner Konkurrenten (Rz 183).

2456. Schliesslich ist zu beachten, dass die Senkung der Herstellungskosten aus volkswirtschaftlicher Sicht zu einem Effizienzgewinn führen müsste. Es genügt nicht, dass die Wettbewerber betriebswirtschaftliche Einsparungen geltend machen. Die Wettbewerbsbehörden beurteilen die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen (Art. 1 KG).

2457. Zusammenfassend steht fest, dass keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen.

C.4.6 Ergebnis

2458. Zusammenfassend handelt es sich bei den zwischen dem SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch koordinierten Bruttopreissenkungen von 2005 bzw. 2012 um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG, welche eine den Wettbewerb in erheblicher Weise beschränkten und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt waren.

2459. Bei den Wettbewerbsabreden des SGVSB und seiner Mitglieder handelt es sich gesamthaft um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigten und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt waren. Davon sind die in Rz 2302 und Rz 2303 aufgeführten Abreden unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Die in Rz 2314 aufgeführten Abreden sind unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG.

C.5 Massnahmen

2460. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 2461 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 2468 ff.).

C.5.1 Anordnung von Massnahmen

2461. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.¹⁷⁸³

¹⁷⁸¹ Vgl. Act. 381, 2 f.

¹⁷⁸² Act. 287, Zeile 265 ff.

¹⁷⁸³ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 114), Art. 30 KG N 58 f.

2462. Eine Verpflichtung zu einem Tun oder zu einem Unterlassen ist möglichst präzise zu formulieren. Allerdings darf das Erfordernis der Bestimmtheit auch nicht übertrieben werden und insbesondere müssen die Anordnungen im Dispositiv nicht die gesamte Begründung der Verfügung wiederholen.¹⁷⁸⁴

2463. Die Handlungen, welche zu den vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen führten, lassen sich beseitigen, indem sie nicht mehr ausgeübt werden. Als Massnahme ist daher anzuordnen, dass diese Handlungen zu unterlassen sind. Aus diesen Gründen werden die folgenden Verhaltensweisen verboten:

2464. Erstens wird dem SGVSB und seinen Mitgliedern verboten,

- i. gemeinsame Bruttopreise zu führen;
- ii. gemeinsame Margenerhöhungen durchzuführen;
- iii. gemeinsam die Höhe und Bandbreite von Rabatten zu bestimmen;
- iv. gemeinsam zu entscheiden, ob Rabatte gewährt werden;
- v. im Falle von unterjährigen oder jährlichen Herstellerpreisänderungen, die im System hinterlegten Basisrichtpreise dieser Hersteller vom SGVSB im selben Umfang und Zeitpunkt anpassen zu lassen;
- vi. gemeinsam zu entscheiden, ob ein Bruttopreis- oder Nettopreissystem angebracht ist;
- vii. gemeinsam die Höhe von Transport- und Einbaukosten zu bestimmen;
- viii. gemeinsam für von Herstellern in Euro verrechnete Produkte Eurokurse zu berechnen oder festzulegen;
- ix. gemeinsam die Bruttopreise irgend eines SGVSB-Mitgliedes festzulegen;
- x. gemeinsam zu bestimmen, welche Produkte in die Stammdaten aufgenommen werden sollen;
- xi. gemeinsam zu bestimmen, welche Produktauswahl in Bruttopreis-Katalogen irgendeines Mitglieds zu führen ist.

2465. Zweitens wird Sanitas Troesch, Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringhen, Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch sowie dem SGVSB verboten:

- i. gemeinsam die Bruttopreise inkl. Margen festzulegen oder aufeinander abzustimmen;
- ii. gemeinsam das Bruttopreisniveau festzulegen oder aufeinander abzustimmen;
- iii. gemeinsam verschiedene Warenumsatzkategorien und Rabattgruppen festzulegen oder aufeinander abzustimmen.

2466. Drittens wird Sanitas Troesch, Burgener, Bringhen und Gétaz (CRH) verboten:

- i. gemeinsam festzulegen, ob bei Lieferungen in einem bestimmten Umfang ein Rabatt zu gewähren

ist und welcher Endverkaufspreis für die entsprechenden Produkte zu verrechnen ist;

- ii. gemeinsam festzulegen, welche Rabatte und Rabattspannbreiten bei Verkäufen einer bestimmten Höhe zu verrechnen sind;
- iii. gemeinsam festzulegen, welche Rabatte Installateuren auf den Nettoverkaufspreis zu gewähren sind.

2467. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend anzuordnende Massnahme können nach Massgabe von Art. 50 bzw. Art. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.¹⁷⁸⁵

C.5.2 Sanktionierung

C.5.2.1 Allgemeines

2468. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

2469. 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.¹⁷⁸⁶ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.¹⁷⁸⁷

C.5.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

2470. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. Demnach können erstens nur Unternehmen, die zweitens eine unzulässige Verhaltensweise begangen haben und denen dieses Verhalten drittens vorwerfbar ist, sanktioniert werden. In

¹⁷⁸⁴ Vgl. zum Ganzen auch RPW 2006/1, 152 Rz 83, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 114), Art. 30 KG N 107 f. m. w. H.

¹⁷⁸⁵ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

¹⁷⁸⁶ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2001 2022 ff., 2022 ff., insb. 2023, 2033 ff., 2041; PATRICK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmid-hauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Vorbem. zu Art. 50–57 N 1; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

¹⁷⁸⁷ Botschaft vom 7.11.2001 (Fn 1785), BBI 2001, 2034.

der Folge werden diese Tatbestandsmerkmale der Reihe nach geprüft.

C.5.2.2.1 Unternehmen

2471. 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.¹⁷⁸⁸ Die Parteien der vorliegenden Untersuchung sind als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren. Diesbezüglich sei auf die Ausführungen in Rz 2224 ff. verwiesen.

C.5.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

(i) Grundsatz

2472. 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.¹⁷⁸⁹

2473. Präzisierend sei hinzugefügt, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede auch unzulässig ist, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG hängt die Sanktionierbarkeit einer unzulässigen Abrede nicht davon ab, dass sie einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung erreicht. Anders ausgedrückt ist eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sanktionierbar, unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wird.¹⁷⁹⁰ Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.¹⁷⁹¹ Entsprechend geht die bisherige Praxis der WEKO von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.¹⁷⁹² Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diese Praxis jüngst in seinen noch nicht rechtskräftigen Entscheiden „Gaba“ und „Gebro“ ausdrücklich.¹⁷⁹³

(ii) Zeitlicher Geltungsbereich

2474. Am 1. April 2004 wurde mit der Revision des Kartellgesetzes die direkte Sanktionierbarkeit von den Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG eingeführt. Ein Teil der vorliegenden Sachverhalte, welche als Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert wurden, spielte sich vollständig vor dem Inkrafttreten der Kartellgesetzrevision per 1. April 2004 ab. Eine Abrede begann zwar vor Inkrafttreten der Gesetzesrevision, wurde aber zum Teil erst nach dessen Inkrafttreten umgesetzt. Es fragt sich daher, ob das neue Recht auch auf diese Sachverhalte angewendet werden kann und sie somit potentiell sanktionierbar sind. Mit anderen Worten stellt sich die Frage der Rückwirkung des neuen Rechts.

2475. Gemäss gefestigter Lehre und Rechtsprechung widerspricht die Rückwirkung dem Grundsatz der Rechtssicherheit, welcher sich aus dem in Art. 5 BV¹⁷⁹⁴ festgelegten Rechtsstaatsprinzip ableitet. Danach hat sich das staatliche Handeln an das Recht zu halten.¹⁷⁹⁵ Ferner ging auch der Bundesrat bei der Gesetzesrevision von der Anwendung des Rückwirkungsverbotes aus,¹⁷⁹⁶ was von der WEKO in konstanter Praxis der WEKO beachtet wurde.¹⁷⁹⁷ Das Rückwirkungsverbot ist neben dem Klarheitsgebot und Bestimmtheitsgebot für gesetzliche Straftatbestände in Art. 7 EMRK bzw. Art. 15 UNO-Pakt II verbrieft. Das Bundesgericht überprüfte Art. 7 KG auf seine Übereinstimmung mit dem Bestimmtheitsgebot gemäss Art. 7 EMRK bzw. Art. 15 UNO-Pakt II.¹⁷⁹⁸ Es ist daher davon auszugehen, dass auch Art. 7 EMRK im Kartellverfahren anwendbar ist.

2476. Vom Rückwirkungsverbot ausgenommen sind hingegen Sachverhalte, welche unter altem Recht eingesezt haben, aber beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch fort dauern. Eine solche sogenannt «*unechte Rückwirkung*» eines Gesetzes ist gemäss Bundesgericht und Lehre zulässig, sofern dem nicht wohlerworbene Rechte bzw. Ansprüche aus Treu und Glauben entgegenstehen.¹⁷⁹⁹ Dieser Auffassung steht gemäss Rechtsprechung des EGMR auch Art. 7 EMRK (bzw. Art. 15 UNO-Pakt II) nicht entgegen. Fortgesetzte Handlungen können auch nach neuem Recht beurteilt bzw. bestraft werden. Allerdings muss sich aus der Anklageschrift oder dem Strafurteil klar ergeben, dass nur die nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzes begangenen Handlungen berücksichtigt wurden.¹⁸⁰⁰

¹⁷⁸⁸ Statt vieler: BORER (Fn 1570), Art. 49a KG N 6; DUCREY (Fn 1786), Art. 50 KG N 8.

¹⁷⁸⁹ 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.

¹⁷⁹⁰ RPW 2013/4, 605 Rz 910, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁷⁹¹ BBI 2002 2022, 2037; vgl. auch die Ausführungen im Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 E.14.2.4.3., *Gaba International AG/WEKO*.

¹⁷⁹² Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; *Verfügung i.S. Nikon*, Rz 534, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Nikon: Verfügung (5.4.2014); RPW 2013/4, 605 Rz 910, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁷⁹³ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 E.14.2.1 ff., *Gaba International AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 E.13.1., *Gebro Pharma GmbH/WEKO*.

¹⁷⁹⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹⁷⁹⁵ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016, 72 N 329 f.

¹⁷⁹⁶ BBI 2002 2022, 2048.

¹⁷⁹⁷ Vgl. zuletzt RPW 2013/2, 197 Rz 283, *Abrede im Speditionsbereich*.

¹⁷⁹⁸ BGE 139 I 72, 85 ff. E. 8.2.1 (= RPW 2013/1, 124 Rz 8.2.1), *Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufungsvermittlern*.

¹⁷⁹⁹ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMRLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2013, § 24 N 28; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (Rz 1795), 66 N 283; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2013, 409; BGE 126 V 134, 135 E.4a; BGE 133 II 97, 101 f. E. 4.1.

¹⁸⁰⁰ Urteil des EGMR Ecer u.a. vom 27.2.2001, Nr. 29295/95, Z 33; ULRICH KARPENSTEIN/Franz C. Mayer, EMRK, 2012, Art. 7 EMRK N 19.

2477. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass sämtliche Abreden, welche vor dem Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes am 1. April 2004 vollumfänglich abgeschlossen wurden, nicht direkt sanktionierbar sind. Dies bedeutet jedoch nicht automatisch, dass diese Handlungen nicht dennoch gesetzeswidrig wären.

2478. Im Zusammenhang mit der für das Jahr 2005 vorgenommenen Bruttopreissenkung, welche die Wettbewerbsbehörden als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifizieren, ist eine vertiefte Betrachtung angezeigt. Wie aufgezeigt, unternahm der SGVSB bzw. seine Mitglieder und Sanitas Troesch einen Teil der Vorbereitungs- bzw. Umsetzungshandlungen bis nach Inkrafttreten der Gesetzesänderungen im Jahr 2004 vor (vgl. Rz 1110) Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. seine Mitglieder setzten die Bruttopreissenkung zudem konkret mit Wirkung für das Jahr 2005 um, wobei die Abrede wie dargelegt noch bis 2009 nachwirkte.

2479. Vor diesem Hintergrund fragt es sich, wann die Abrede über die Bruttopreissenkung 2005 begangen wurde und ob das Rückwirkungsverbot überhaupt zum Tragen kommt.

2480. Mangels einer kartellrechtlichen Praxis mit Bezug auf die Dauer einer Tathandlung drängt sich ein Vergleich mit dem Strafrecht auf. Die Erkenntnisse daraus, können gegebenenfalls analog auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Gemäss Art. 2 StGB wird «nach diesem Gesetz [...] beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen verübt hat.» Gemäss Doktrin ist für die Anwendung von Art. 2 StGB auf den Begehungszeitpunkt einer Tat abzustellen. Ausschlaggebend für die Bestimmung dieses Zeitpunkts ist das tatbestandsmässige Handeln. Das tatbestandsmässige Handeln beginnt bei Überschreitung der Schwelle des Versuchs¹⁸⁰¹ und dauert bis zur Beendigung der Tat fort.¹⁸⁰² In BGE 107 IV 1 erblickte das Bundesgericht die Tat als beendet, nachdem ein Betrüger die ertrogenen Blankowechsel bei der Bank einwechselte.¹⁸⁰³

2481. Im vorliegenden Fall steht fest, dass der SGVSB (bzw. seine Mitglieder) noch am 29. Juni bzw. 9. Juli 2004 (vgl. Rz 1110) beschloss, die mit Sanitas Troesch vereinbarte Bruttopreissenkung mitzutragen. Der formelle Beschluss der Abrede wurde folglich zu einem Zeitpunkt nach Inkrafttreten des neuen Rechts gefasst. Die Ausführung des Beschlusses fand zudem zumindest teilweise erst per 1. Januar 2005 statt, denn damals wurden die neuen Preislisten an die Sanitärkunden versandt. Ferner wurden auch noch lange nach dem 1. Januar 2005 Offerten erstellt, welche auf den Preisen 2005 basierten. Zumal das Kartellgesetz gemäss Art. 1 KG bezweckt, die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen zu verhindern und bei der Beurteilung der Unzulässigkeit einer Abrede dessen Auswirkung ein Teil des «objektiven» Tatbestandes ist, kann für die Beurteilung für den Abschluss der Tat die Wirkung nicht ausser Acht gelassen werden. Die Tathandlung war somit erst nach dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes beendet.

2482. Folgte man der Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 107 IV 1 analog, ist die Tat erst beendet, nachdem die Rechnungen, welche auf Offerten mit den

Preisen aus dem Jahr 2005 beruhen, bezahlt wurden. Dies war teilweise erst nach dem Jahr 2009. Die Auswirkung der Abrede und damit Teil des objektiven Tatbestandes von Art. 5 Abs. 3 KG war folglich frühestens 2009 abgeschlossen. Zusammenfassend steht somit fest, die Abrede zur Bruttopreissenkung 2005 nach strafrechtlichen Massstäben erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts beendet wurde. Zieht man also die strafrechtliche Sicht analog herbei, findet das Rückwirkungsverbot auf die Abrede zur Bruttopreissenkung 2005 keine Anwendung.

2483. Aus verwaltungsrechtlicher Sicht kann nichts anderes gelten, es liegt somit gar keine Rückwirkung vor. Art. 49a KG ist daher grundsätzlich auf die Bruttopreissenkung 2005 anwendbar. Die Frage der Verjährung, welche von der Frage des Rückwirkungsverbots zu trennen ist, wird sogleich noch genauer betrachtet.

(iii) Anwendung auf den vorliegenden Fall

2484. Die folgenden Abreden erfüllen den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG (Rz 2302 f.) und können daher sanktioniert werden:

Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. dessen Mitglieder

- i. Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. dessen Mitglieder vereinbarten gemeinsam eine Bruttopreissenkung und Rabattsenkung für das Jahr 2005, welche sich bis ins Jahr 2009 auswirkte;
- ii. Sanitas Troesch stimmte zusammen mit Gétaz und Richner (CRH), Sabag und Innosan über eine Bruttopreissenkung im Umfang von 20 % für das Jahr 2012 ab.

SGVSB und seine Mitglieder

- i. Gétaz, Bringham und die Suissetec vereinbarten zwischen 2003-2010,
 - dass der Grosshandel ausschliesslich über den Installateur verkaufte;
 - dass der Grosshandel Privaten Einzel- und Ersatzteile nur zu Bruttopreisen verkaufte;
 - dass der Installateur ausschliesslich über die anwesenden Sanitär-Grossisten einkaufte und dies auch für Badezimmermöbel und Armaturen galt;
 - dass Waschmaschinen von dieser Vereinbarung ausgeschlossen seien;
 - dass bei Anfragen von Privaten oder Generalunternehmer stets nach dem voraussichtlichen Installateur gefragt werden sollte und die Rabattierung durch den Installateur erfolgen sollte.

¹⁸⁰¹ PETER POPP/ANNE BERKEMEIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), 2013, Art. 2 N 5 f.

¹⁸⁰² STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Trechsel/Pieth (Hrsg.) Praxiskommentar, 2013, Art. 2 N 4; PETER POPP/ANNE BERKEMEIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), 2013, Art. 2 N 6.

¹⁸⁰³ BGE 107 IV 1, 2.

- ii. Zwischen 1991 bis heute führte der SGVSB eine gemeinsame Stammdatenverwaltung für seine Mitglieder. Gestützt auf diese Stammdaten führten die SGVSB-Mitglieder bis Ende 2007 gemeinsame Bruttopreise.
- iii. Für das Jahr 2007 bestimmten die SGVSB-Mitglieder eine generelle Margenerhöhung von 3 % bzw. 5 %. Bei anderen Produkten wurde auf eine Margenerhöhung verzichtet. Überdies legte die Sortimentskommission durch einstimmigen Beschluss detaillierte Rabatte pro Produktkategorie fest. Diese Anpassungen wurden vom Vorstand angenommen.
- iv. Die SGVSB-Mitglieder teilten die Produkte in Rabattgruppen ein.
- v. Das SGVSB-Sekretariat passte die in den Stammdaten hinterlegten Basispreise, mit welchen die Bruttopreise jedes Mitgliedunternehmens berechnet wurden, bis ins Jahr 2012 an. Damit erhöhten sich die Bruttopreise der Mitglieder im gleichen Ausmass.
- vi. Der SGVSB bestimmte in Zusammenarbeit mit den Mitgliedern nicht nur die getrennte Ausweisung von Transport- und Einbaukosten, sondern ab 2004 auch die maximale Höhe von 2 % dieser Preisbestandteile. Der Verband legte auch die Preisrundungsregeln fest. Somit bestimmten der SGVSB und seine Mitglieder mit andern Worten den Preisbestandteil der Transportkosten und der Einbaukosten.
- vii. Zwischen 1999 bis 2011 legte der Verband die Eurowechsellkurse bzw. vor Einführung des Euro im Jahr 2002 die Wechselkurse für in ausländischer Währung eingekaufte Produkte fest.
- viii. Ab Einführung der getrennten Bruttopreiskataloge für Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringhen und die Teampur-Mitglieder im Jahr 2008 bis ins Jahr 2011 bestimmten die SGVSB-Mitglieder, dass immer der höchste der in den Katalogen der SGVSB-Mitglieder aufgenommene Bruttopreis in den Teampur-Katalog einfließen sollte. Die Teampur-Grossisten setzten folglich bis 2012 ihre Bruttopreise nicht selbständig fest. Ihnen wurde ein Bruttopreis von den anderen Mitgliedern vorgegeben.
- ix. Die Sortimentskommission bzw. die SGVSB-Mitglieder bestimmten, welche Produkte in die Stammdaten und, gestützt darauf, in die Bruttopreiskataloge der Mitglieder aufgenommen werden sollten. Ferner bestimmten die grösseren Mitglieder das in den Teampur-Katalogen aufzunehmende Sortiment.

C.5.2.3 Verjährung

2485. Während die Verfolgungsverjährung für im Kartellgesetz mit Strafsanktionen bedrohten Straftaten (Art. 54 f. KG) im Kartellgesetz ausdrücklich geregelt ist (Art. 56 KG), fehlt eine entsprechende Vorschrift mit Bezug auf Kartellrechtsverstösse, die mit Verwaltungsanktionen (Art. 49a–52 KG) bedroht sind.¹⁸⁰⁴ Vorliegend steht die Sanktionierung von Abreden nach Art. 5

Abs. 3 KG in Frage, wofür einzig Art. 49a KG eine Zeitvorgabe macht. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sieht vor, dass eine Sanktionsbelastung entfällt, wenn «*die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist*». Im Folgenden ist zu klären, ob nebst dieser Frist für Verwaltungsanktionen gemäss Art. 49a KG noch weitere Fristen bestehen und gegebenenfalls wie lange diese sind. Die Verjährungsfristen für die übrigen Verwaltungsanktionsbestimmungen (Art. 50–52 KG) sind vorliegend nicht von Belang und bleiben ausser Acht.¹⁸⁰⁵

2486. Zur Natur der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG äussert sich die Botschaft nicht.¹⁸⁰⁶ In der Lehre ist umstritten, ob es sich bei dieser Fünfjahresfrist um eine Verfolgungsverjährungs-¹⁸⁰⁷ oder eine Verwirkungsfrist¹⁸⁰⁸ handelt. Die Frage nach der Natur der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG braucht vorliegend nicht geklärt zu werden. Aufgrund des Wortlautes und der Gesetzessystematik der Norm steht zumindest fest, dass sich Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ungeachtet der Natur der darin enthaltenen Fünfjahresfrist einzig auf die Möglichkeit zur Verhängung einer Sanktion bezieht. Die Norm macht jedoch keine Aussagen zur Möglichkeit, ein Kartellverwaltungsverfahren zu eröffnen, um die Rechtswidrigkeit einer Verhaltensweise zu untersuchen und gegebenenfalls für die Zukunft zu untersagen. Aus diesem Grund können die Wettbewerbsbehörden auch seit mehr als fünf Jahren vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübte Verhaltensweisen untersuchen.¹⁸⁰⁹

2487. Ebenfalls unabhängig von der Beantwortung der Frage nach der Natur der Fünfjahresfrist in Art. 49a KG kann das Bestehen einer zusätzlichen Verfolgungsverjährungsfrist ausgeschlossen werden. Insbesondere finden – wie dies von NIGGLI/RIEDO¹⁸¹⁰ vertreten wird –

¹⁸⁰⁴ MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 49a-53 N 163; RPW 2013/4, 632 Rz 1010, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁸⁰⁵ Dazu etwa RPW 2006/1, 171 Rz 206, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹⁸⁰⁶ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2042. Nicht nachvollziehbar daher die Aussage von NIGGLI/RIEDO (Fn 1804), Vor Art. 49a–53 KG N 170, wonach es „gegen die erklärte Absicht des Gesetzgebers“ wäre, bei Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG von einer Verfolgungsverjährungsbestimmung auszugehen. Diese Bestimmung wurde erst mit der Revision von 2002 eingeführt, wobei sich die Botschaft mit keinem Wort zu ihrer Natur äussert (so an sich treffend auch BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 KG N 164). Die Ausführungen bezüglich Verzicht auf Verjährungsregeln in der Botschaft zur Revision von 1995 können sich schon nur aus zeitlicher Sicht nicht auf den erst mehrere Jahre später geschaffenen Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG beziehen, ergo ist eine diesbezügliche «erklärte Absicht des Gesetzgebers» nicht auszumachen.

¹⁸⁰⁷ PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, Rz 12.46.

¹⁸⁰⁸ PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, 553–568, 564; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, Rz 796; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 114), Art. 49a KG N 241; BORER (Fn 1570), Art. 53 KG N 4.

¹⁸⁰⁹ Hierauf hinweisend etwa DAVID/JACOBS (Fn 1808), Rz 796; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 114), Art. 49a KG N 240; RPW 2013/4, 632 Rz 1011, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁸¹⁰ NIGGLI/RIEDO (Fn 1804), Vor Art. 49a-53 KG N 169 ff.

die vierjährige Verfolgungsverjährungsfrist des VStrR sowie die dreijährigen Verfolgungsverjährungsfrist des StGB, welche jeweils erst mit erstinstanzlichem Urteil gewahrt sind, keine Anwendung.¹⁸¹¹ Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG vorgesehenen Fünfjahresfrist. Dieser Bestimmung ist nämlich *e contrario* zu entnehmen, dass Verhaltensweisen, die weniger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden sind, sanktioniert werden sollen. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung nicht eine in sich widersprüchliche Regelung und weitgehend inhaltsleere Norm schaffen wollte. Dies wäre jedoch gerade der Fall, wenn zusätzlich zu dieser Frist noch eine bedeutend kürzere (verwaltungs-)strafrechtliche Verfolgungsverjährungsfrist hinzutreten würde. Beispielsweise würde bei einem seit vier- einhalb Jahren vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübten Verhalten zwar die Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG noch laufen, die Verfolgungsverjährung wäre aber bereits eingetreten. Eine Sanktionierung wäre diesfalls wegen Zeitablaufs nicht mehr möglich, obwohl Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gerade von einer Sanktionierbarkeit ausgeht und *e contrario* sogar statuiert. Hinzu kommt, dass die (ohnehin kurzen) strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfristen erst mit Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gewahrt werden, was für Kartellverwaltungsverfahren gänzlich unpassend erscheint. Im Gegensatz zu den Sachverhalten, für deren Verfolgung kurze Verjährungsfristen vorgesehen sind, involvieren Kartellverfahren regelmässig eine grosse Anzahl Parteien und zeichnen sich durch äusserst komplexe Sachverhalte aus, weshalb sie häufig mehrere Jahre dauern. Hinzu kommt, dass kurze Verjährungsfristen falsche Anreize setzen würden, da die Parteien versucht sein könnten, das Kartellverwaltungsverfahren absichtlich zu verzögern, um damit den Eintritt einer Verjährung zu erreichen. Es ist daher in Übereinstimmung mit der jüngsten Praxis der WEKO und mehreren Stimmen aus der Lehre¹⁸¹² festzuhalten, dass neben der in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist für die Verhängung von Sanktionen keine eigentliche Verfolgungsverjährungsfrist besteht. Mit anderen Worten kann während einer laufenden Untersuchung keine Verjährung eintreten.¹⁸¹³ Der Vollständigkeit halber sei schliesslich erwähnt, dass selbst NIGGLI/RIEDO, welche sich – soweit ersichtlich als einzige Autoren – für eine grundsätzliche Anwendbarkeit der (verwaltungs-)strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsnormen aussprechen, dies primär mit Bezug auf Art. 50–52 KG tun; hinsichtlich der Sanktionen gemäss Art. 49a KG lassen sie die Frage aber letztlich offen.¹⁸¹⁴

2488. Dieses Resultat wird durch die aktuelle Praxis des Bundesgerichts gestützt. Denn würden wettbewerbsrechtliche Sachverhalte einer Verjährung unterliegen, müsste das Bundesgericht diese von Amtes wegen berücksichtigen. Das Bundesgericht tut dies jedoch nicht. Bei Kartellverfahren, insbesondere Verfahren mit Sanktionen, berücksichtigt das Bundesgericht einzig den Beschleunigungsgrundsatz gemäss Art. 29 Abs. 1 BV.¹⁸¹⁵ Daraus folgt zumindest implizit, dass für Verwaltungssanktionen gemäss Kartellgesetz keine eigentliche Verjährung vorgesehen ist.¹⁸¹⁶ Abschliessend steht somit fest, dass die Wettbewerbsbehörden immerhin das Beschleunigungsgebot zu beachten und eine allfällige

übermässig lange Verfahrensdauer bei der Sanktionsbemessung reduzierend zu berücksichtigen haben.¹⁸¹⁷

2489. Angewendet auf den vorliegenden Fall bedeutet dies grundsätzlich Folgendes: Das Sekretariat eröffnete die Untersuchung in Übereinstimmung mit einem Mitglied des Präsidiums am 22. November 2011. Aufgrund der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sind sämtliche Wettbewerbsbeschränkungen, welche ab dem 23. November 2006 nicht mehr „ausgeübt“ worden sind, nicht mehr sanktionierbar. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der deutsche Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG insofern verwirrend ist, als dass er vom «ausüben» der Wettbewerbsbeschränkung spricht. Es ist nicht klar, was mit dem Ausdruck «ausüben» einer Wettbewerbsbeschränkung gemeint ist. Das

¹⁸¹¹ Eine Anwendbarkeit der Verjährungsregeln des VStrR sowie des StGB verneinend bereits RPW 2010/1, 172 Rz 353, *Preispolitik Swisscom ADSL*, mit der Begründung, das Verfahren richte sich nach dem VwVG und die Regeln des VStrR und des StGB kämen nur ergänzend und analog zur Anwendung.

¹⁸¹² RPW 2013/4, 633 Rz 1012, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; So DAVID/JACOBS (Fn 1808), Rz 797; Spitz (Fn 1808), 564; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 114), Art. 49a KG N 239.

¹⁸¹³ RPW 2013/4, 633 Rz 1012, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; DAVID/JACOBS (Fn 1808), Rz 797, erachten dies als rechtsstaatlich heikle Situation. Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Situation einerseits durch das Beschleunigungsgebot entschärft wird, andererseits aber selbst in Kernstrafrecht eine solche «Unverjährbarkeit» besteht, wenn auch nur, so doch immerhin, ab Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens.

¹⁸¹⁴ RPW 2013/4, 633 Rz 1012, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; BSK KG-NIGGLI/RIEDO (Fn 1804), Vor Art. 49a–53 KG N 170: „»Diese Regelung [Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG] kann nämlich – jedenfalls für die anderen Verwaltungssanktionen – nicht massgeblich sein, denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b lässt sich auch bei phantasievoller Auslegung schwerlich als eine Verjährungsbestimmung der Art. 50 ff. verstehen. Für die anderen Verwaltungssanktionen muss folglich jedenfalls die kernstrafrechtliche Regelung gelten» (Hervorhebungen hinzugefügt).

Bloss am Rande sei erwähnt, dass die von NIGGLI/RIEDO (Fn 1804) vorgenommene Qualifikation der Sanktion gemäss Art. 49a KG als strafrechtliche Übertretungen (vgl. Vor Art. 49a–53 KG N. 171 und 65 f.) zu formalistisch ist und wertungsmässig nicht überzeugt. Zutreffend ist zwar, dass einzig eine Geldstrafe (Busse) angedroht ist, was aus formaler Sicht für eine Übertretung sprechen würde (vgl. Art. 103 StGB). Doch liegt es in der Natur der Sache – nämlich dem Unternehmensstrafrecht – dass eine Freiheitsstrafe (die für Verbrechen oder Vergehen vorausgesetzt wird, vgl. Art. 10 StGB) gar nicht erst angedroht werden kann, ist der Täter doch eine juristische Person. Gerade das Merkmal Freiheitsstrafe kann daher nicht entscheidend sein, was Niggli/Riedo übergehen. Ein Vergleich mit Art. 106 Abs. 1 StGB zeigt, dass der in Art. 49a KG vorgesehene Straf- bzw. Bussenrahmen den für Übertretungen üblicherweise vorgesehenen Rahmen um ein Vielfaches sprengt. Wertungsmässig handelt es sich daher bei Art. 49a KG, wenn schon eine strafrechtliche Qualifikation vorgenommen werden soll, zumindest um Vergehen, wenn nicht gar um Verbrechen, was im Übrigen auch zu anderen strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfristen führen würde als von NIGGLI/RIEDO propagiert (Art. 97 StGB anstatt Art. 109 StGB).

¹⁸¹⁵ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 134 f. E. 11, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁸¹⁶ Noch nicht veröffentlichte Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013, *Abreden im Bereich Luftfracht*, Rz 113.

¹⁸¹⁷ RPW 2013/4, 633 Rz 1012, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; Zu weitgehend DAVID/JACOBS (Fn 1808), Rz 797, welche diesfalls als Grundsatz von einer gänzlichen Sanktionsbefreiung ausgehen. Eine solche kommt höchstens ausnahmsweise bei einer massiv übermässig langen Verfahrensdauer in Frage.

«Ausüben» könnte lediglich eine Abredehandlung bzw. eine Missbrauchshandlung erfassen oder eben zusätzlich noch das Aufrechterhalten und somit die Wirkung der mit diesen Handlungen bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Im Gegensatz dazu gehen der französische («*a cessé de déployer ces effets*») und italienische («*ha cessato di esplicare i suoi effetti*») Gesetzestext von Art. 49 Abs. 3 Bst. b KG davon aus, dass die Frist ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, ab welchem die Wettbewerbsbeschränkung keine Auswirkungen mehr zeitigt. Zumal die Sprachfassungen des Gesetzestextes in sämtlichen Landessprachen verbindlich für die Auslegung einer Norm sind, ist Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG so zu verstehen, dass der fristauslösende Zeitpunkt das Ende der Auswirkung einer Wettbewerbsbeschränkung ist.

2490. Mit Bezug auf die Wettbewerbsabreden zwischen Sanitas Troesch und dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern steht fest, dass die vor der Bruttoreissenkung 2005 geschlossenen Preisabreden nicht mehr sanktionierbar sind. Mit Bezug auf die Bruttoreissenkung 2005 steht hingegen fest, dass sie sich bis ins Jahr 2009 auswirkte (Rz 1183, zum ganzen vgl. B.5.2.1.11, Rz 1160 ff.), weshalb sie sanktionierbar bleibt. Ebenso ist die Preisabrede bezüglich der Bruttoreissenkung für das Jahr 2012 sanktionierbar.

2491. Was die verbandsinterne Wettbewerbsabrede betrifft, sind sämtliche Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und die Mengenabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG sanktionierbar. Im Rahmen der Berechnung eines allfälligen Dauerzuschlags ist allerdings zu berücksichtigen, dass lediglich die Zeit ab dem 23. November 2006 herangezogen werden kann.

C.5.2.4 Vorwerfbarkeit

2492. Für die Verhängung einer Verwaltungsanktion ist typischerweise kein Verschulden und damit der Nachweis eines im strafrechtlichen Sinne vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen vorausgesetzt.¹⁸¹⁸ Getreu dem Wortlaut wird für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG auch keine Vorwerfbarkeit verlangt. Dennoch prüfte die WEKO bis anhin in verschiedenen Fällen ein entsprechendes Erfordernis,¹⁸¹⁹ weshalb auch nachfolgend kurz darauf eingegangen wird.

2493. Vorwerfbarkeit liegt bereits dann vor, wenn dem zu sanktionierenden Unternehmen eine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn dem Unternehmen ein Organisationsverschulden zukommt. Ein Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG – hier i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG – erfüllt diese Verschuldensvoraussetzungen regelmässig.¹⁸²⁰ Der vorwerfbare objektive Sorgfaltsmangel kann bei der juristischen Person die nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen ersetzen und zu einer Sanktionierung des Unternehmens selbst führen.¹⁸²¹ Da das Kartellgesetz für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als «bekannt» vorausgesetzt werden kann,¹⁸²² müssen diese grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vorkehren, um sicherzustellen, dass von ihm die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden.¹⁸²³

C.5.2.4.1 Abschluss der Vorabklärung vor dem Hintergrund des Prinzips von Treu und Glauben und des Willkürverbotes

(i) Einleitung

2494. Im Sachverhalt wurde dargestellt, dass eine Vorabklärung des Sekretariats mit Abschluss schreiben vom 11. Oktober 2006 eingestellt wurde. Über den Ablauf der Vorabklärung und das Verhalten der Parteien wurde ausführlich Beweis geführt. Diesbezüglich und für die zusammenfassende Beweiswürdigung sei auf die bereits gemachten Ausführungen in Titel B.6 (Rz 2122 ff., Rz 2209 ff.) verwiesen. Vorliegend sind der Ablauf dieser Vorabklärung und der Umstand der Einstellung rechtlich zu würdigen.

2495. Ausgangspunkt der rechtlichen Würdigung des bewiesenen Sachverhalts bildet der Standpunkt des SGVSB, dass soweit «*die Herausgabe gemeinsamer Bruttoreisekataloge mit unverbindlichen Preisen immer noch zulässig [sei], müsste es begriffsnotwendig auch zulässig [sein], Informationen über die Bruttoreise auszutauschen und letztlich eben diese (unverbindlichen) Bruttoreise zu bestimmen, anders wäre die Herausgabe eines gemeinsamen Kataloges ja gar nicht möglich.*» Zweitens wäre eine Sanktionierung des SGVSB aufgrund des «*Entscheides der Wettbewerbskommission*», auf den sich der SGVSB verlassen habe und auch verlassen habe dürfen, nicht gerechtfertigt. Eine Sanktionierung würde «*in krasser Weise gegen Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 Bundesverfassung), das Vertrauensprinzip (Art. 9 Bundesverfassung) und das Willkürverbot (Art. 9 Bundesverfassung) verstossen.*»¹⁸²⁴

2496. Der erste Teil des Vorbringens des SGVSB, wonach die rechtliche Zulässigkeit der Herausgabe von Bruttoreisekatalogen bedeute, es sei zulässig Preisinformationen auszutauschen, ist undifferenziert und in seiner Allgemeinheit unzutreffend. Er bedarf daher der näheren Betrachtung, bevor auf die Verletzung der angerufenen Verfassungsbestimmungen eingegangen werden kann (vgl. unten C.5.2.4.1(ii) Punkte bis C.5.2.4.1(vii)). Konkret sind zwei Punkte klarzustellen:

¹⁸¹⁸ RPW 2009/3, 196 Rz 105, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; vgl. etwa bereits die Entscheide der WEKO wie RPW 2001/1, 152 Rz 35, *BNP/Paribas*; RPW 2000/2, 262 f. Rz 30, *X/C-AG und D-AG* und RPW 1998/4, 617 f. Rz 21 ff., *Curti & Co. AG*; zustimmend Roger ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungsanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: *Wirtschaft und Strafrecht*, FS für N. SCHMID, 2001, 585 ff., 589; sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, Band V/2 (Kartellrecht), von Büren/David (Hrsg.), 2000, 520.

¹⁸¹⁹ Vgl. RPW 2006/4, 660, *Unique*; RPW 2007/2, 232, *Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern/«Publigruppe»*; RPW 2009/3, 212 Rz 106 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁸²⁰ PETER REINERT in: *Handkommentar zum Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 49a KG N 5; RPW 2007/2, 234 m.w.H. in Fn 63 *Publigruppe*.

¹⁸²¹ In diesem Sinne BORER (Fn 1570), Art. 50 KG N 7 i.V.m. Art. 49a KG N 10 ff. m.w.H.

¹⁸²² Vgl. CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 285; Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetz vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz [PublG]; SR 170.512).

¹⁸²³ RPW 2009/3, 212 Rz 106, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁸²⁴ Act. 381, 7.

2497. Erstens ist zwischen der technischen Aufbereitung und Eingabe von Daten durch den Verband einerseits und der Bestimmung des Inhalts sowie der Berechnung der Daten des Kataloges andererseits zu unterscheiden. Die rein technische Aufbereitung und Eingabe von den von jedem einzelnen Mitglied vorgegebenen Daten durch den Verband wird durch die vorliegende Verfügung nicht als Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert. Unzulässig ist es hingegen, wenn die SGVSB-Mitglieder – wie aufgezeigt – über den Inhalt und die Höhe von Bruttopreisen, Rabatten und anderen Preisbestandteilen Abreden treffen. Die Zulässigkeit des technischen Vorganges bedingt somit in logischer Hinsicht nicht, dass die Berechnung der Daten und die Inhaltsbestimmung der Daten automatisch auch zulässig sind. Vielmehr kommt es diesbezüglich auf die Art und Weise an, wie die Stammdaten bzw. die Katalogdaten berechnet und bestimmt werden. Solange die Berechnung und Inhaltsbestimmung der Katalogdaten durch jedes Mitglied individuell vollzogen wird, ist die rein technische Aufbereitung zulässig.

2498. Zweitens ist beim Austausch von Preisinformationen danach zu unterscheiden, zwischen wem diese Informationen ausgetauscht werden. Solange der Informationsaustausch strikt vertraulich zwischen jedem einzelnen SGVSB-Mitglied und dem SGVSB stattfindet, ist der Informationsaustausch unter den hier beobachteten Umständen zulässig. Werden jedoch wesentliche Informationen zwischen den einzelnen Mitgliedern ausgetauscht, wie z.B., wann und in welchem Umfang Margenerhöhungen durchzuführen sind, wie hoch der Eurokurs einzuschätzen ist, wie hoch die Preise in gewissen (Teampur-)Katalogen sein müssen, in welchem Umfang die Bruttopreise herabzusetzen sind etc., dann ist der Informationsaustausch unzulässig. Es kann also auch mit Bezug auf den Informationsaustausch klar danach unterschieden werden, wo die Grenze zwischen legalem und illegalem Austausch liegt.

2499. Der erste Teil der Einwände des SGVSB sind somit nicht gerechtfertigt. In der Folge ist der zweite Teil des Vorbringens zu analysieren, wonach die WEKO treuwidrig und willkürlich gehandelt haben soll.

(ii) Keine Berufung auf Treu und Glauben möglich

2500. Der SGVSB wendet u.a. ein, die Sanktionierung des Verbands würde gegen Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 Bundesverfassung (BV)¹⁸²⁵ und das Vertrauensprinzip gemäss Art. 9 BV verstossen.

2501. Gemäss Art. 5 Abs. 3 BV handeln staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben. Mit anderen Worten bindet dieses Verfassungsprinzip staatliche Organe und Private.¹⁸²⁶ Art. 9 BV verdichtet die in Art. 5 Abs. 3 BV angelegten Schranken rechtsstaatlichen Handelns zu einem individuellen Anspruch des Einzelnen gegenüber dem Staat nach Treu und Glauben behandelt zu werden.¹⁸²⁷

2502. Zur Klarstellung kann folglich festgehalten werden, dass die Wettbewerbsbehörden die vorgebrachte Verletzung von Treu und Glauben bzw. des Vertrauensprinzips nicht als zwei voneinander getrennte Verfassungssätze zu prüfen hätte, wie dies der SGVSB mit seinem Vorbringen zumindest insinuiert. Vielmehr handelt es

sich bei Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV um die zwei Seiten derselben Medaille. Während Art. 5 Abs. 3 BV den Staat bindet, nach Treu und Glauben zu handeln, räumt Art. 9 BV dem Einzelnen ein Grundrecht ein, sich dem Staat gegenüber auf Treu und Glauben zu berufen.¹⁸²⁸ Konkret hat der Private einen «Anspruch darauf [...], in [seinem] berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden.»¹⁸²⁹ Entsprechend der Verpflichtung, welche aus Art. 5 Abs. 3 BV folgt, kann sich ein Einzelner nur auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen, wenn er nicht selber in relevanter Weise dagegen verstossen hat. Es ist daher unzulässig, wenn sich der Einzelne auf eigenes unredliches oder widersprüchliches Verhalten im Sachzusammenhang beruft.¹⁸³⁰

2503. Wie bewiesen, hatten sowohl der SGVSB als auch Sanitas Troesch dem Sekretariat gegenüber teils unwahre und teils irreführende Sachverhaltsangaben gemacht (vgl. Rz 2209 ff.). So machten der SGVSB und Sanitas Troesch etwa unwahre Angaben über die gemeinsame Abrede über die Bruttopreisherabsetzung und verschwiegen den Umstand, dass der Verband bzw. seine Mitglieder zusammen mit Sanitas Troesch Rabattgruppen entwickelt hatte. Der SGVSB machte zudem verwirrende Angaben, indem er darlegte, er sei seinen Mitgliedern behilflich gewesen bei der Eingabe der Bruttopreise, obwohl diese im Rahmen des Verbands gemeinsam festgesetzt wurden, und er verschwiegen den Umstand, dass die SGVSB-Mitglieder im Rahmen von Verbandssitzungen eine Margenerhöhung für das Jahr 2007 bestimmt hatten.

2504. Aufgrund dessen konnte der SGVSB nicht davon ausgehen, dass das Sekretariat die Wettbewerbssituation in Kenntnis sämtlicher Fakten beurteilte und seine Verhaltensweisen bedingungslos guthiess. Das Sekretariat beurteilte in der Folge anhand der im Rahmen der Vorabklärung eingeforderten teils unzutreffenden Angaben die Auswirkung der untersuchten Sachverhalte auf den Wettbewerb. Es kam zum Resultat, es bestünde ein

¹⁸²⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹⁸²⁶ YVO HANGARTNER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 2008, Art. 5 N 41; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 142 N 622 f.

¹⁸²⁷ CHRISTOPH ROHNER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 2008, Art. 9 N 42.

¹⁸²⁸ Vgl. HANGARTNER (Fn 1823), Art. 5 N 41; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2009, 380 Rz 1989 ff.

¹⁸²⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 143 N 627.

¹⁸³⁰ BGE 121 I 177, 180 E. 2b.aa; ROHER (Fn 1827), Bundesverfassung, Art. 9 N 46; CLAUDE ROUILLER, Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Thürrer/Aubert/Müller (Hrsg.), 2001, 688, Rz 27; BGE 132 II 21 ff.: Das Bundesgericht liess es nicht gelten, dass sich ein Beschwerdeführer auf Treu und Glauben berief, um dem Wiederherstellungsentscheid des Regierungsrats des Kantons Zürich zu entgehen, nachdem er sein Grundstück während 23 Jahren nicht zonenkonform gewerblich genutzt hatte. Der Beschwerdeführer hatte 1980 eine Baubewilligung für eine Scheune erteilt bekommen, wobei diese nur für landwirtschaftliche Zwecke genutzt werden durfte und jede Zweckänderung einer Bewilligungspflicht unterliege. In der Folge benutzte der Beschwerdeführer die Scheune samt dem Platz darum für sein Tiefbauunternehmen.

«gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen.» Mit anderen Worten schätzte das Sekretariat die Auswirkung der bestehenden Wettbewerbsabreden als weniger gravierend ein, als sie in Wirklichkeit waren. Denn hätte es gewusst, dass der SGVSB bzw. seine Mitglieder und Sanitas Troesch das Bruttopreisniveau gemeinsam festgelegt hatten und den Rabattwettbewerb gemeinsam einschränkten, wäre es mit Sicherheit zu einem anderen Schluss gekommen. Vor diesem Hintergrund kann der SGVSB keinen Vertrauensschutz geltend machen, ihm fehlt es an seiner eigenen Gutgläubigkeit.

2505. Man könnte einwenden, der SGVSB sei grundsätzlich nicht verpflichtet gewesen im Rahmen der Vorabklärung Angaben zu liefern, welche sich allenfalls belastend für ihn ausgewirkt hätten, insbesondere nach Ablauf der im Kartellgesetz vorgesehenen Übergangsfrist vom April 2005. Diese Frage braucht vorliegend nicht beantwortet zu werden, denn selbst wenn man diese Auffassung teilen würde, ändert das nichts am Umstand, dass der SGVSB mit seinem Verhalten dazu beigetragen hatte, eine Beurteilung zu erwirken, die unter Kenntnis aller relevanten Umstände anders ausgefallen wäre.

2506. Unabhängig von den soeben gemachten Feststellungen ist der bewiesene Umstand zu bedenken, dass der SGVSB seit spätestens dem 5. Juli 2004 (Rz 2144 f.) wusste, dass er entweder eine Widerspruchsmeldung oder eine Meldung gemäss der Schlussbestimmungen des KG beim Sekretariat einreichen konnte. Eine solche Meldung wäre einerseits geeignet gewesen, um die allfällige Rechtsunsicherheit des Verbands zu beheben und hätte andererseits den Ausschluss des Sanktionsrisikos bewirkt. Dies tat er jedoch nicht. Vielmehr wartete er bis zum 22. März 2005 – also kurz vor Ablauf der im KG vorgesehenen Übergangsfrist zur Meldung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung – bis er dem Sekretariat einen Brief sandte, in welchem er das Verhalten des Verbands in einem kurzen Abschnitt zusammenfasste. Daraufhin teilte ihm das Sekretariat umgehend mit, dass dieser Brief den Anforderungen an eine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmungen des SGVSB nicht genüge. Dennoch reichte der SGVSB keine neue Meldung ein. In Anbetracht dessen, dass dem SGVSB am 17. August 2001 vom Sekretariat mitgeteilt worden war, dass «Die in den Sanitärkatalogen aufgeführten Preislisten [...] unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1/3 KG dar[stellten],» konnte sich der SGVSB jedenfalls im März 2005 nicht darauf verlassen, sein Verhalten sei zulässig. Durch die Unterlassung einer Meldung setzte sich der SGVSB also bewusst dem Risiko aus, in eine Untersuchung mit Sanktionsfolgen verwickelt zu werden. Auch dieser Umstand zeigt, dass der SGVSB nicht an der Klärung des Sachverhaltes interessiert war und nicht gutgläubig handelte.

2507. Schliesslich ist noch festzuhalten, dass das Sekretariat mangels Kenntnis diverser Sachverhalte gar keine rechtliche Beurteilung derselben vornehmen konnte mit seinem Abschlusschreiben vom 11. Oktober 2006. Konkret wusste das Sekretariat nicht, dass der SGVSB Rabattgruppen und Rabatthöhen mit Sanitas Troesch

besprochen hatte, sich zudem über die Bruttopreisherabsetzung für das Jahr 2005 (und 2012) mit Sanitas Troesch verständigt hatte, verbandsintern Eurokurspreise festlegte und eine verbandsweite Margenerhöhung für das Jahr 2007 verabredet hatte. Diese Sachverhalte wurden im Schreiben nicht angesprochen und fallen für eine allfällige Beurteilung des Vertrauensschutzes von vornherein ausser Betracht.

2508. Aufgrund dieses Auslegungsergebnisses könnte die Prüfung des Vorliegens des Gutgläubensschutzes an dieser Stelle abgebrochen werden. Um aufzuzeigen, dass sich der Verband auch dann nicht auf den Vertrauensschutz berufen könnte, wenn die Prüfung nicht am vorerwähnten Punkt gescheitert wäre, wird nachfolgend die einschlägige Rechtsprechung und Doktrin zum Vertrauensschutz auf den vorliegenden Sachverhalt angewandt.

(iii) Kein Vertrauensschutz aufgrund falscher Behördenauskünfte oder -zusicherungen

2509. Selbst wenn der SGVSB grundsätzlich Vertrauensschutz geltend machen könnte, wäre er nicht in seinem Vertrauen zu schützen. Vorab ist klarzustellen, dass das Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2006 nach bereits damals gültiger Rechtsprechung keine Verfügung oder Entscheidung der WEKO ist,¹⁸³¹ wie dies der SGVSB in seiner Stellungnahme vom 29. Januar 2013 behauptet. Entsprechend entstehen dem SGVSB keine Rechte oder Pflichten durch das Abschlusschreiben. Ferner wird ein Sachverhalt durch eine Vorabklärung nicht definitiv beurteilt,¹⁸³² die Vorabklärung hat einzig eine Triage-Funktion beim Entscheid darüber, ob ein Sachverhalt noch näher untersucht werden soll. Bei diesem Entscheid kommt den Wettbewerbsbehörden ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu.¹⁸³³ In Übereinstimmung damit war das Abschlusschreiben vom Sekretariat weder als Verfügung bezeichnet worden, noch enthielt es eine Rechtsmittelbelehrung, wie dies Art. 35 Abs. 1 VwVG für Verfügungen verlangt. Beim Schreiben handelt sich um einfaches Verwaltungshandeln, das sich am ehesten mit einer Auskunft oder einer behördlichen Zusage vergleichen lässt. In Übereinstimmung damit beruft sich auch der SGVSB auf die Rechtsprechung über behördliche Auskünfte und Zusicherungen.¹⁸³⁴

2510. Gemäss bundesrichterlicher Rechtsprechung und Lehre darf sich die Empfängerin oder der Empfänger einer unrichtigen behördlichen Auskunft bzw. Zusicherung darauf berufen und muss so gestellt werden, als ob die Auskunft oder Zusicherung richtig wäre.¹⁸³⁵ In diesem Zusammenhang sei sogleich klargestellt, dass Auskünfte, welche Dritten (z.B. Verbänden) erteilt werden

¹⁸³¹ BGE 135 II 60, 67 f. E. 3.1.2; REKO/WEF, RPW 2004/2, 635 f. E. 1.2.3, *Comer Banca SA/Telekurs Multipay AG/WEKO*; PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 26 N 32; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 26 N 44.

¹⁸³² BGE 135 II 60, 73 E.3.3.1.

¹⁸³³ BGE 135 II 60, 67 E. 3.1.2.

¹⁸³⁴ Act. 381, 3.

¹⁸³⁵ KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407.

und von diesen weitergeleitet werden, keine geeignete Vertrauensgrundlage für die indirekten Empfänger der Auskunft darstellen. Die von einer Behörde abgegebene Zusicherung gilt grundsätzlich nur für den unmittelbaren Empfänger.¹⁸³⁶ Ein Auskunft- oder Zusicherungsempfänger ist ein seinem Vertrauen zu schützen, wenn die folgenden fünf Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind,¹⁸³⁷ wobei für Zusicherungsempfänger die Änderung der Rechtslage nicht immer eine Rolle spielt.¹⁸³⁸

- i. Die Behörde handelte in einer konkreten Situation gegenüber einer bestimmten Person. Die Lehre verlangt zudem einhellig, dass die Auskunft vorbehaltlos erteilt wurde.¹⁸³⁹
- ii. Die Behörde war für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig oder der Bürger konnte sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten.
- iii. Der Bürger konnte die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen.
- iv. Der Empfänger hat im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können.
- v. Die Rechts- und Sachlage hat seit der Auskunftserteilung nicht geändert.

2511. In der Folge sind diese Punkte einzeln zu prüfen. In Bezug auf **Punkt (i)** ist unstrittig, dass das Sekretariat dem SGVSB eine «Auskunft» oder «Zusicherung» erteilte und in einer konkreten Situation und gegenüber einer konkreten juristischen Person handelte. Insofern ist der erste Prüfungspunkt erfüllt. Nicht übereinzustimmen ist mit dem SGVSB hingegen, wenn er festhält, die WEKO [recte: das Sekretariat] habe bezüglich der rechtlichen Zulässigkeit der gemeinsamen Bruttoreiskataloge keine Vorbehalte angebracht. Sie hätte *«zwar zum Ausdruck gebracht, dass sie es lieber sähe wenn in Zukunft nur noch firmenindividuelle Kataloge erstellt würden,»* sie habe *„aber im Ergebnis ausdrücklich die Zulässigkeit der gemeinsamen Bruttoreiskataloge anerkannt.“*

2512. Vorab sei als Klammerbemerkung hinzugefügt, dass das Sekretariat und nicht die WEKO dem SGVSB erklärte, es stelle seine Vorabklärung ein. Dies folgt bereits aus dem Schreiben vom 11. Oktober 2006 selbst, wo es wörtlich heisst, dass das *«Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die Vorabklärung in dieser Sache einstellt.»* Ferner weist das Sekretariat darauf hin, dass die *«Wettbewerbskommission [...] durch das Schreiben des Sekretariats nicht gebunden [wird].»* Ferner wurde das Schreiben alleine vom Sekretariat unterzeichnet. Der SGVSB wusste zudem bereits vor dem Abschluss schreiben über diesen Umstand Bescheid, was sich aus der damaligen Korrespondenz ergibt, welche immer an das Sekretariat adressiert war und wo nirgends von einem Entscheid der WEKO die Rede war.¹⁸⁴⁰ Schliesslich muss sich der SGVSB anrechnen lassen, dass sein seit rund 20 Jahren amtierender Verbandssekretär und Geschäftsleiter promovierter Jurist ist und als unabhängiger Anwalt- und Notar arbeitet.¹⁸⁴¹ Ihm darf unabhängig von den soeben gemachten Feststellungen zugemutet werden, dass er sich darüber im Klaren ist, dass die WEKO verfügt bzw.

entscheidet und das Sekretariat Untersuchungen durchführt.¹⁸⁴²

2513. Zum eigentlichen Argument des SGVSB ist folgendes zu sagen: Erstens ist seine Stellungnahme missverständlich. Einerseits gesteht der SGVSB ein, gewusst zu haben, dass laut Sekretariat in Zukunft nur noch individuelle Kataloge herausgegeben werden sollten. Andererseits soll aber das Sekretariat trotzdem die Herausgabe gemeinsamen Bruttoreiskataloge als zulässig anerkannt haben. Aus diesem Standpunkt folgt nicht klar, was der SGVSB unter der Herausgabe von *«gemeinsamen Bruttoreiskatalogen»* meint.

2514. Soweit der SGVSB mit die *«gemeinsamen Bruttoreiskataloge»* identische Bruttoreise meint, ist die Aussage widersprüchlich. Denn wenn das Sekretariat eine Individualisierung der Bruttoreise verlangt, was der SGVSB anerkennt, kann es in logischer Hinsicht nicht gleichzeitig die Zulässigkeit des Gegenteils (gleiche Bruttoreise) feststellen. Sollte der SGVSB also diesen Standpunkt vertreten, kann er nicht in seinem Vertrauen geschützt werden. Er vertritt gleichzeitig zwei sich gegenseitig ausschliessende Standpunkte.

2515. Aus der missverständlichen Stellungnahme könnte auch gelesen werden, der SGVSB meine mit der Herausgabe von gemeinsamen Bruttoreiskatalogen die bloss technische Verarbeitung durch den SGVSB von individuell von jedem SGVSB-Mitglied bestimmten Preisdaten, um anschliessend als Verband unterschiedliche Kataloge für jedes einzelne SGVSB-Mitglied herstellen zu lassen. Soweit der SGVSB diesen Standpunkt vertritt, braucht er nicht in seinem Vertrauen geschützt zu werden, da die Wettbewerbsbehörden die bloss technische Koordination und Herstellungshilfe des Verbands für die Kataloge auch heute nicht verbieten und sanktionieren wollen.

2516. Dem Vorbringen des SGVSB, das Schreiben des Sekretariats enthalte generell keine Vorbehalte, ist erwiesenermassen unzutreffend (Rz 2166, Rz 2168). Es sei an die folgende Textpassage erinnert:

IV. Vorbehalt

Dieses Schreiben enthält einen zweifachen Vorbehalt:

- a) Die Wettbewerbskommission wird durch das Schreiben des Sekretariats nicht gebunden.

¹⁸³⁶ Entscheide der Eidgenössischen Steuerrekurskommission, VPB 60 [1996], Nr. 17; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 152 N 669.

¹⁸³⁷ BGE 121 V 65, 67 E.2a; KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407; ROHNER (Fn 1827), Art. 9 Rz 52; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 165 f. Rz 15; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 152 ff., RENÉ A. RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2009, 382 Rz 2002.

¹⁸³⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 168 f. Rz 19 f. unter Hinweis auf die Rechtsprechung; KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407 f. unter Hinweis auf BGE 103 Ia 505, 510 ff. E. 2c.

¹⁸³⁹ KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 165 Rz 15; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 155 N 682 f., RHINOW/SCHEFER (Fn 1837), 382 Rz 2001.

¹⁸⁴⁰ Act 529.09, 529.02, 529.04, 529.5.

¹⁸⁴¹ Act. 286, Zeile 11.

¹⁸⁴² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 166 Rz 15, unter Hinweis auf BGE 117 Ia 119, 125 E. 3a, wo einem Anwalt zugetraut wird, die Mängel einer Rechtsmittelbelehrung zu erkennen, wenn diese allein durch die Konsultation des massgebenden Gesetzestextes hätte erkannt werden können. Vom Juristen wird eine Grobkontrolle einer Rechtsmittelbelehrung verlangt.

b) Gegenstand der Vorabklärung waren die Preisbildungsmechanismen in der Sanitärbranche insgesamt in den Jahren 2004-2005. Sollten dem Sekretariat neue Tatsachen zur Kenntnis gelangen oder neue Anzeigen betreffend einzelner Produkte im Sanitärbereich, insbesondere in Bezug auf einen fehlenden Preiswettbewerb zukommen, behalten wir uns die erneute Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens ausdrücklich vor.¹⁸⁴³

[Fette Schrift durch die Autoren des Originalschreibens]

2517. Abgesehen davon, dass das Sekretariat wörtlich «*einen zweifachen Vorbehalt*» anbringt, folgt aus dieser Passage, dass die zum Erlass von Verfügungen kompetente Behörde – die WEKO – durch dieses Schreiben «*nicht gebunden*» würde. Gemäss Duden bedeutet das Wort «*binden*» u.a. «*verpflichten etwas zu tun; festlegen*»¹⁸⁴⁴ Diese Bedeutung wird dem Wort in der Alltags- und Geschäftssprache auch üblicherweise zugemessen. Dieser Satz kann folglich auch für einen Rechtsunkundigen nur bedeuten, dass, wenn die WEKO durch das Schreiben nicht verpflichtet wird, etwas zu tun bzw. sich nicht festlegt, sie einmal keinen endgültigen Entscheid getroffen hat und sie zudem auch anders als das Sekretariat entscheiden könnte. Mit anderen Worten schliesst ein solcher Vorbehalt eine Zusicherung bzw. eine Auskunft, wonach der vorliegende Sachverhalt rechtlich abschliessend durch die kompetente Behörde beurteilt wurde, aus. Ferner stellte das Sekretariat klar, dass, falls dem Sekretariat «*neue Tatsachen zur Kenntnis*» gelangen oder «*neue Anzeigen in Bezug auf fehlenden Preiswettbewerb*» bei ihm eingingen, es erneut ein kartellrechtliches Verfahren eröffnen würde. Dieser Vorbehalt zeigte dem Empfänger buchstäblich an, dass unter den genannten Umständen ein neues Verfahren eingeleitet werden könnte. Unter diesen Umständen kann nicht von einer vorbehaltlosen und abschliessenden Zusicherung des Sekretariats ausgegangen werden.

2518. Schliesslich übergeht der SGVSB mit seiner Argumentation den folgenden Teil des Schreibens, wo es wörtlich heisst:

V. Weiteres Vorgehen

Wir weisen Sie darauf hin, dass die Herausgabe und das Benutzen von Produktkatalogen mit Preisempfehlungen kartellrechtlich nicht unproblematisch ist.

[...]

b) Wir empfehlen Ihnen daher, auf die Herausgabe derartiger Preislisten zu verzichten.

[...]¹⁸⁴⁵ [Fette Schrift durch die Autoren des Originalschreibens]

Auch dies ist ein Vorbehalt, über den sich der SGVSB nicht hinwegsetzen kann. Die zwei daraus fliessenden Informationen sind: a) Preisempfehlungen können kartellrechtlich problematisch sein und b) Empfehlung zum Herausgabeverzicht von Preislisten.

2519. Damit steht abschliessend fest, dass die Zusicherung oder die Auskunft des Sekretariats nicht vorbehaltlos erfolgte. Die Prüfung der weiteren vom Bundesgericht aufgestellten Voraussetzungen könnte hier abgebrochen werden, da der Vertrauensschutz nur greift, wenn sie kumulativ erfüllt sind. Da aus der Sicht des SGVSB aber alle Kriterien erfüllt sind, werden sie dennoch vollständig abgehandelt.

2520. Gemäss Bundesgericht muss **zweitens (ii)** die auskunftserteilende bzw. zusichernde Behörde zur Auskunftserteilung zuständig gewesen sein. Der SGVSB bringt vor, die WEKO sei zur Auskunftserteilung zuständig. Das Argument, das Sekretariat habe die WEKO nicht binden können, sei nicht zu hören. Der Bürger, der sich gesetzeskonform verhalten wolle, müsse sich auf die Beurteilung der zuständigen Stelle verlassen können. Andernfalls sei nicht klar, auf wen er sich noch verlassen und wem er noch trauen könne.¹⁸⁴⁶

2521. Gemäss Bundesgericht ist eine Behörde üblicherweise dann zuständig, wenn sie auch kompetent ist, den Entscheid in der Sache zu fällen.¹⁸⁴⁷ Es genügt, wenn der Private annehmen durfte, die Behörde sei zur Auskunftserteilung zuständig.¹⁸⁴⁸ War die Unzuständigkeit nicht offensichtlich, bleibt der Gutgläubensschutz erhalten. Bei dieser Beurteilung sind sowohl objektive als auch subjektive Elemente zu beurteilen. Objektiv stehen die Natur der erteilten Auskunft im Vordergrund und die Rolle der Auskunftsperson(en). Subjektiv muss eine besondere Stellung oder Befähigung des Auskunftsempfängers beachtet werden.¹⁸⁴⁹

2522. In objektiver Hinsicht hatte der SGVSB im vorliegenden Fall keinen Grund zur Annahme, das Sekretariat sei nicht zuständig, die Vorabklärung zu führen und abzuschliessen. Dies ergibt sich wie bereits dargelegt aus dem Schreiben vom 11. Oktober 2006 selbst. Aufgrund der erwähnten Vorbehalte war jedoch klar, dass die WEKO „das letzte Wort“ hatte bzw. die entscheidende Behörde war. Es stand folglich objektiv fest, dass das Sekretariat nicht Entscheidbehörde war.

2523. In subjektiver Hinsicht muss sich der SGVSB anrechnen lassen, dass sein Sekretariat durch einen promovierten Juristen geführt wird, der hauptberuflicher Anwalt und Notar ist. Es wäre für ihn, ohne von ihm vertiefte Fachkenntnisse im Kartellrecht zu fordern, anhand einfacher Gesetzeslektüre möglich und zumutbar gewesen zu erkennen, dass das Sekretariat nicht kompetent war, mit dem Abschluss der Vorabklärung einen endgültigen Entscheid über die Sanktionierbarkeit der summarisch untersuchten Sachverhalte zu fällen. So trifft gemäss Art. 18 Abs. 3 KG die Wettbewerbskommission Entscheide und erlässt Verfügungen. Diesem Schluss entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht wiederholt entschieden, dass die Verfahrensparteien nicht im guten Treuen davon ausgehen könnten, dass der zuständige Abteilungsleiter eines Sekretariatsdienstes ermächtigt wäre, die Sanktionskompetenz der WEKO durch fallspezifische Zusicherungen auszusetzen.¹⁸⁵⁰

¹⁸⁴³ Act. 238, 129 f., 529.09.

¹⁸⁴⁴ Abrufbar unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/bindun>.

¹⁸⁴⁵ Act. 238, 129 f., 529.09.

¹⁸⁴⁶ Act. 381, 3 f.

¹⁸⁴⁷ KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407.

¹⁸⁴⁸ BGE 127 I 31, 36.

¹⁸⁴⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 155 N 684; BGE 129 II 361, 382, wo sich die Kinder das Wissen des Vaters anrechnen lassen mussten, dass eine Gemeindebehörde nicht zur Erteilung einer Erlaubnis für den Erwerb von Immobilien durch Ausländer in der Schweiz kompetent war.

¹⁸⁵⁰ Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 7.4.5.4, *Publigroupe et al./WEKO*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3.10.2007, RPW 2007/4, E 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)*.

Vorliegend verhält es sich nicht anders. Zusammenfassend ist also auch die zweite vom Bundesgericht geforderte Voraussetzung für den Gutgläubensschutz nicht gegeben.

2524. **Drittens (iii)** wird der Bürger durch seinen guten Glauben geschützt, wenn er die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte. Der SGVSB stellt sich auf den Standpunkt, die Unrichtigkeit der Zusage oder Auskunft sei «*nicht nur nicht offensichtlich, sondern gar nicht gegeben.*» Er verweist zudem auf seine Ausführungen, wonach «*gemeinsame unverbindliche Bruttopreiskataloge*» eine «*Effizienzsteigerung des Absatzkanals bewirken, [...] die Vielfalt der Wettbewerbs Teilnehmer erhalten*» und «*– wie die Marktuntersuchung ergab – angesichts des harten Rabattwettbewerbs keinen negativen Einfluss auf die Endpreise haben.*»¹⁸⁵¹

2525. Gemäss Lehre wird nur der gutgläubige Private geschützt. Wer die Unrichtigkeit einer behördlichen Auskunft kannte oder hätte erkennen sollen, kann sich nicht auf sein Vertrauen berufen.¹⁸⁵² Dabei werden Juristen gemäss Lehre und Praxis strenger beurteilt. Ferner darf den Auskunftersuchenden keine Schuld an der Unrichtigkeit der Auskunftserteilung treffen.¹⁸⁵³

2526. Vorliegend liegt aus zwei Gründen gar keine falsche Auskunft des Sekretariats vor: Einerseits stellt das Sekretariat, wie im Schreiben angekündigt, die Vorabklärung tatsächlich ein:

Wir beziehen uns auf die bisher geführte Korrespondenz in rubrizierter Angelegenheit. Wir dürfen Ihnen mitteilen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die Vorabklärung in dieser Sache einstellt. Summarisch begründen wir dies wie folgt: [...]»¹⁸⁵⁴

Wie erwähnt, wies das Sekretariat zudem explizit auf die Möglichkeit hin, dass es wieder ein Verfahren eröffnen würde bei Kenntnisnahme neuer Tatsachen oder neuer Anzeigen. Auch diesbezüglich war die Auskunft nicht falsch, denn in der Folge kam es in der Tat zu neuen Anzeigen zum Preiswettbewerb und das Sekretariat erlangte Kenntnis von neuen Tatsachen und eröffnete der Ankündigung entsprechend ein neues Verfahren.

2527. Andererseits kam das Sekretariat zu folgendem Ergebnis:

III. Ergebnis

Nach unseren Ermittlungen sind wir zum Schluss gekommen, dass keine Anhaltspunkte für systematische Kartellrechtsverstösse i.S. der genannten Rechtsvorschriften vorliegen. Die Erhebungen haben namentlich gezeigt, dass der durch die Herausgabe von (unverbindlichen) Preislisten entstandene Verdacht von systematischen Wettbewerbsverstössen sich nicht erhärten lässt. [...]

Zwar formulierte das Sekretariat den Satz insofern zurückhaltend, als dass es das Vorliegen von Anhaltspunkten «*systematischer*» Kartellrechtsverstösse verneinte, was sprachlogisch das Vorliegen von Kartellrechtsverstössen gerade nicht ausschliesst. Doch könnte das Schreiben theoretisch auch so interpretiert werden, dass die Einstellung der Vorabklärung bedeutet, dass Verhalten des SGVSB sei zumindest nicht dermassen gravierend, dass ein Verfahren eröffnet werden müsste. Eine solche Interpretation will der SGVSB sinngemäss der folgenden Passage zumessen:

III. Ergebnis

[...] Dies ist unter anderem auf den Umstand zurückzuführen, dass ein gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen besteht.

2528. Sinngemäss behauptet der SGVSB, dieser Abschnitt bedeute, dass gemeinsame Bruttopreise zu einer «*Effizienzsteigerung des Absatzkanals*» führten, die Erhaltung der «*Vielfalt*» fördere und dank «*hartem Rabattwettbewerb*» «*keinen negativen Einfluss auf die Endpreise*» zur Folge hätten. Im gesamten Schreiben ist weder von einer Effizienzsteigerung oder einer Erhaltung der Vielfalt (es sei dahingestellt, ob dies ein Zeichen von funktionierendem Wettbewerb ist) zu finden. Ein «*gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure*» dank «*Rabatten oder Nachlässen*» verwandelt der SGVSB in «*hartem Rabattwettbewerb*» insgesamt, also auf allen drei Stufen des Sanitärhandels. Diese gemäss Verband implizit wünschenswerten Auswirkungen sind laut SGVSB auf die «*gemeinsame unverbindliche Bruttopreiskataloge*» zurückzuführen. Inkonsistent an dieser Betrachtungsweise ist, dass das Sekretariat dem SGVSB empfohlen hatte, auf die Herausgabe gerade dieser Kataloge zu verzichten. Zudem wies es ihn darauf hin, dass «*das Benutzen von Produktkatalogen mit Preisempfehlungen kartellrechtlich nicht unproblematisch ist.*»¹⁸⁵⁵ Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Sekretariat denselben Katalogen gleichzeitig die vermeintlich wünschenswerten Auswirkungen zugemessen haben soll. Es ist auch nicht erklärlich, warum der SGVSB ab 2008 individualisierte Kataloge herausgegeben hat, wenn er bis zu Beginn des vorliegenden Verfahrens gutgläubig davon ausgegangen ist, die Herausgabe der gemeinsamen unverbindlichen Bruttopreiskataloge sei zulässig gewesen. Vor diesem Hintergrund steht fest, dass die Leseweise des SGVSB vom verständlichen Wortlaut des Schreibens des Sekretariats bewusst abweicht. Unter diesen Umständen kann er nicht gutgläubig gewesen sein.

2529. Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass der SGVSB dem Sekretariat erwiesenermassen teils unzutreffende und teils irreführende Angaben lieferte (Rz 2209 ff.). Er verursachte folglich mit, dass die Analyse des Sekretariats auf teilweise unwahren Angaben stützte. Unter diesen Umständen trifft ihn gewissermassen eine «*Mitschuld*» am Resultat des Sekretariats, was seine Gutgläubigkeit ausschliesst.

¹⁸⁵¹ Act. 381, 2 f., 2a und 4 zu 3.

¹⁸⁵² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 155 N 684.

¹⁸⁵³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 166 Rz 15, unter Hinweis auf BGE 117 Ia 119, 125 E. 3a, wo einem Anwalt zugetraut wird, die Mängel einer Rechtsmittelbelehrung zu erkennen, wenn diese allein durch die Konsultation des massgebenden Gesetzestextes hätte erkannt werden können. Vom Juristen wird eine Grobkontrolle einer Rechtsmittelbelehrung verlangt.

¹⁸⁵⁴ Act. 238, 129 f., 529.09.

¹⁸⁵⁵ Act. 529.09, V. b); 238, 129 f.

2530. Zusammenfassend ist nicht einsehbar, inwiefern der SGVSB ohne weiteres davon ausgehen konnte, sein Verhalten sei insgesamt oder mit Bezug auf die Preislisten unproblematisch. Er konnte auch nicht davon ausgehen, dass sein Verhalten nicht gravierend genug war, um ein Verfahren zu eröffnen, denn er hatte mit seinen unzutreffenden Darstellungen wesentlich zur Einschätzung der Behörden beigetragen. Zudem hatte das Sekretariat eine spätere Verfahrenseröffnung unter gewissen Umständen vorangekündigt. Der dritte Punkt der Voraussetzungen ist folglich ebenso wenig erfüllt.

2531. Damit der Vertrauensschutz greifen kann, muss zudem **viertens (iv)** der Auskunfts- bzw. Zusicherungsempfänger Dispositionen getroffen haben, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Auch Unterlassungen gelten als Dispositionen, wenn anzunehmen ist, dass sich der Betroffene ohne die fehlerhafte Auskunft anders verhalten hätte.¹⁸⁵⁶ Die behördliche Auskunft muss zudem kausal für die nachteilige Disposition gewesen sein. Hätte der Adressat sich für die ergriffenen Massnahmen auch ohne die Auskunft entschieden, fehlt es an der Kausalität.¹⁸⁵⁷

2532. Der SGVSB argumentiert, seine nicht ohne Nachteil rückgängig zu machenden Dispositionen bestünden insbesondere darin, dass «*vertrauend auf den Entscheid 2006 noch weitere gemeinsame Bruttopreiskataloge mit unverbindlichen Preisen herausgegeben*» worden seien, «*dies solange, bis es technisch möglich wurde, für jedes Mitglied eigene Kataloge mit eigenen Bruttopreisen herzustellen. Diese Dispositionen [könnten] nicht rückgängig gemacht werden.*»¹⁸⁵⁸

2533. Bevor diese Vorbringen des SGVSB rechtlich gewürdigt werden können, sind in tatsächlicher Hinsicht drei Elemente klarzustellen: Erstens sei nochmals erwähnt, dass das Sekretariat in seinem Schreiben vom 11. Oktober 2006 wörtlich festhielt «*das Benutzen von Produktkatalogen mit Preisempfehlungen [sei] kartellrechtlich nicht unproblematisch*» und es empfehle dem SGVSB «*daher, auf die Herausgabe derartiger Preislisten zu verzichten.*»¹⁸⁵⁹ Zweitens entschied sich der SGVSB trotz dieser Empfehlung, weiterhin im Jahr 2007 und teilweise in den nachfolgenden Jahren (Teampur-Katalog) einen gemeinsamen Preiskatalog mit gemeinsamen Preisen herauszugeben. Drittens ist das Vorbringen, es sei dem SGVSB 2007 technisch noch nicht möglich gewesen, für jedes Mitglied eigene Kataloge mit eigenen Bruttopreisen herauszugeben, erwiesenermassen unzutreffend (vgl. dazu B.5.5.2, Rz 1842 ff.).

2534. Es steht also fest, dass der SGVSB Preiskataloge herausgab – die aus seiner Sicht nachteiligen Dispositionen getroffen hat –, obwohl ihm das Sekretariat ausdrücklich davon abgeraten hatte. Gleichzeitig wusste er, dass das Sekretariat unter gegebenen Umständen ein neues Verfahren eröffnen würde. Anders ausgedrückt

tätigte er die Disposition wider besseren Wissens und eigenverantwortlich. Alleine daher verdient das Verhalten des SGVSB keinen Vertrauensschutz.¹⁸⁶⁰ Zugleich steht durch diese Sachlage fest, dass die Disposition nicht aufgrund der Behördenaussage erfolgte, womit es an der Kausalität zwischen der Auskunft und der nachteiligen Disposition fehlt.

2535. Schliesslich könnte der SGVSB versucht sein vorzubringen, er habe ab 2008 mit Ausnahme des Teamkatalogs individuelle firmenspezifische Preiskataloge herausgegeben und damit den Wünschen des Sekretariats versucht zu entsprechen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das Sekretariat empfahl, gänzlich auf die Herausgabe des Katalogs zu verzichten. Der SGVSB wusste daher auch ab 2008 um das Risiko eines erneuten Kartellverfahrens.

2536. Schliesslich ist **fünftens (v)** zu prüfen, ob sich seit der vermeintlich falschen Auskunft oder Zusicherung die Rechts- oder Sachlage geändert hat (bezüglich Zusicherungen wäre im Zusammenhang mit der geänderten Rechtslage eine differenzierte Betrachtung notwendig).¹⁸⁶¹ Dieser Punkt ist daher entscheidend, weil neues Recht und neue Fakten die Behörde von der Bindung an ihre Auskunft befreien.¹⁸⁶² Dabei ist zu beachten, dass die Auskunft oder Zusicherung nur für den Sachverhalt verbindlich ist, wie er der Behörde zur Kenntnis gebracht wird.¹⁸⁶³

2537. Der SGVSB bringt vor, die Rechts- und Sachlage hätte sich nicht geändert. Geändert habe sich «*lediglich (was aber ja gerade der Empfehlung der Wettbewerbskommission entspricht), dass heute keine gemeinsamen Preiskataloge mehr publiziert werden, sondern für jedes Mitglied eigene Bruttopreise.*»¹⁸⁶⁴

2538. Es ist mit dem SGVSB insofern übereinzustimmen, als dass sich die Gesetzgebung seit Abschluss der Vorabklärung am 11. Oktober 2006 bis zur Eröffnung der Untersuchung am 22. November 2011 nicht wesentlich änderte. Auch trifft es zu, dass zum heutigen Zeitpunkt (seit 2012) jedes SGVSB-Mitglied zumindest dem äusseren Anschein nach über individuelle Preiskataloge verfügt. Allerdings steht ebenfalls fest, dass beim Sekretariat seit Abschluss der Vorabklärung neue Anzeigen von Konsumenten wegen mangelnden Preiswettbewerbs in der Sanitärbranche eingingen und dieses Marktbeobachtungen durchführte. Das Bundesstrafgericht hat diesbezüglich immerhin rechtskräftig entschieden, dass die dem Sekretariat vorliegenden Fakten einen genügenden Tatverdacht darstellten, um Hausdurchsuchungen durchzuführen.¹⁸⁶⁵ Ferner stellte sich heraus, dass der SGVSB und seine Mitglieder in der Zeit nach Abschluss der Vorabklärung eine generelle Margenerhöhung im Jahre 2007 durchführten, die Bruttopreise und die Produktauswahl der kleinsten Marktteilnehmer fixierten, unterjährige Korrekturläufe durch die

¹⁸⁵⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 166 Rz 15.

¹⁸⁵⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 157, Rz 689.

¹⁸⁵⁸ Act. 381, 4 (Zu 4).

¹⁸⁵⁹ Act. 529.09, Act. 238, 129 f.

¹⁸⁶⁰ Vgl. dazu BGE 132 II 21, 37 f. E.6.2.2., wo das Bundesgericht einen Grundeigentümer, der sein Grundstück während 23 Jahren wider besseren Wissens nicht zonenkonform nutzte, nicht in seinem Vertrauen schützte.

¹⁸⁶¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 168 f. Rz 19 f. unter Hinweis auf die Rechtsprechung; KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407 f. unter Hinweis auf BGE 103 Ia 505, 510 ff. E. 2c.

¹⁸⁶² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 166 Rz 15 unter Hinweis auf BGE 119 Ib 138, 144 E. 4e.

¹⁸⁶³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 158 Rz 695.

¹⁸⁶⁴ Act. 381, 4.

¹⁸⁶⁵ Vgl. Act. 235, Beschluss des BStGer BE.2012.4 vom 11. Juli 2012, E. 3.

Stammdaten durchführte, was in der automatischen Preiserhöhung der betreffenden Produkte aller SGVSB-Mitglieder resultierte, und sich ein Teil seiner Mitglieder unter seiner Mithilfe für die Bruttopreisherabsetzung im Jahr 2012 koordinierten. Von diesen Sachverhalten hatte das Sekretariat im Jahr 2006 keine Kenntnis bzw. konnte gar keine Kenntnis darüber haben. Folglich untersuchte es diese Sachverhalte nicht und nahm in seinem Schreiben vom 11. Oktober 2006 keine Stellung dazu. Das Schreiben bildet also diesbezüglich gar keine potentielle Vertrauensgrundlage, auf die sich der SGVSB berufen könnte.

2539. Der sinngemässe diesbezügliche Hinweis des SGVSB, er sei davon ausgegangen, dass die gleichen Preise zulässig seien, weshalb man sich über Preisbestandteile habe unterhalten dürfen,¹⁸⁶⁶ überzeugt nicht: Erstens widerspricht der Hinweis seinen eigenen Aussagen, wonach die WEKO [sic] «zum Ausdruck gebracht [habe], dass sie es lieber sähe, wenn in Zukunft nur noch firmenindividuelle Kataloge erstellt würden»¹⁸⁶⁷ und zweitens dem Umstand, dass der SGVSB ab 2008 fünf verschiedene Preiskataloge herausgab. Wäre der SGVSB tatsächlich davon ausgegangen, dass gemeinsame Preiskataloge mit gemeinsamen Preise zulässig wären, hätte er diese bis zur Untersuchungseröffnung weitergeführt. Es zeigt sich also, dass das Sekretariat bezüglich dieser Sachverhalte ohnehin nicht auf seine Aussagen im Abschluss schreiben behaftet werden kann.

2540. Bezüglich des dem Abschluss schreiben zugrunde gelegten Sachverhalts vor dem 11. Oktober 2006 muss sich der SGVSB zudem anrechnen lassen, dass sich das Sekretariat auf die teils falschen und teils irreführenden Angaben des SGVSB gestützt hat. Unter diesen Umständen hatte das Sekretariat geschlossen, es bestünde «ein gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen».¹⁸⁶⁸ Ein gewisser Rabattwettbewerb auf Installateurstufe erscheint gegeben, wenn man davon ausgeht, dass die Preis- und Rabattbildung auf der Stufe der Sanitär grosshändler frei funktioniert. Dieser Umstand kann dazu verleiten anzunehmen, die Auswirkungen der allfälligen Wettbewerbsbeschränkung seien nicht erheblich und daher nicht näher zu untersuchen. Anders sieht die Einschätzung aus, wenn feststeht, dass die Sanitär grosshändler durch die gemeinsame Entwicklung und Verwendung von Rabattgruppen Einfluss auf die Rabattsetzung genommen und die Bruttopreise abgesprochen haben. Dann ist der gewisse Rabattwettbewerb Ausdruck einer zumindest untersuchungswürdigen Wettbewerbsbeschränkung. Diesen Umstand hatte der SGVSB dem Sekretariat aber nicht offengelegt. Es ist irrelevant, wie dieses Verhalten des SGVSB rechtlich zu werten ist. Zentral ist, dass der SGVSB wusste, dass sich das Sekretariat bei seiner vorläufigen Einschätzung auf einen unzutreffenden Sachverhalt gestützt hatte. Dies führt – wie bereits aufgeführt – dazu, dass der SGVSB zu keinem Zeitpunkt gutgläubig war.

2541. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es sich das Sekretariat nicht vorwerfen lassen muss, sich beim Entscheid, keine Untersuchung zu eröffnen, auf falsche Annahmen gestützt zu haben. Im Rahmen der Vorabklärung wird der Sachverhalt lediglich summarisch

und vorläufig geprüft, darin liegt gerade die vom Bundesgericht hervorgehobene Triage-Funktion der Vorabklärung.¹⁸⁶⁹ Zu dieser auch heute noch bestehenden Ausgangslage kommt hinzu, dass die WEKO bzw. das Sekretariat bis April 2005 überhaupt nicht die gleich weitgreifenden Zwangsmassnahmen wie heute ergreifen konnte und die WEKO auch über keine Kompetenz zur Sanktionierung von Unternehmen verfügte. Da unter der Geltung des alten Rechts den Unternehmen keine direkten Sanktionen drohten und das Gesetz keine Selbstanzeigen und damit einhergehende Reduktionen und Erlasse von Sanktionen vorsah, war der Anreiz für Verfahrensparteien, umfassend mit den Wettbewerbsbehörden zusammenzuarbeiten, entsprechend gering. Als Indiz für diesen geringen Anreiz kann im vorliegenden Fall der Umstand dienen, dass weder der SGVSB noch eines seiner Mitglieder das Sekretariat vor Inkrafttreten des heute geltenden Kartellgesetzes umfassend über den Sachverhalt informierte, sondern diesem gegenüber gar unwahre und irreführende Angaben machten. Da der SGVSB dem Sekretariat den Sachverhalt nicht von sich aus wahrheitsgemäss mitteilte, konnte das Sekretariat die tatsächlichen Beziehungen zwischen den Verfahrensparteien auch nicht vollständig rechtlich würdigen.

2542. Insgesamt ist keine der fünf Voraussetzungen erfüllt, welche gemäss Bundesgericht kumulativ vorliegen müssen, damit der Vertrauensschutz greift. Die diesbezügliche Vorbringen des SGVSB sind folglich unbegründet.

(iv) Kein Vertrauensschutz aufgrund von Stillschweigen

2543. Der SGVSB beruft sich darauf, als Reaktion auf die Einstellung der Vorabklärung am 6. Dezember 2006 ein «Antwort schreiben an die Wettbewerbskommission» versandt zu haben. Darin habe er ausdrücklich hervorgehoben, dass die Herausgabe von gemeinsamen Katalogen mit unverbindlichen Bruttopreisen kartellrechtlich nicht zu beanstanden sei. Die Wettbewerbskommission habe dem nicht widersprochen.¹⁸⁷⁰ Den Umständen entsprechend ist diesem Vorbringen zu entnehmen, dass sich der SGVSB auf den Standpunkt stellt, er sei in seinem Vertrauen geschützt, weil die Wettbewerbskommission Stillschweigen gewahrt habe.

2544. Vorab sei daran erinnert, dass das Schreiben des SGVSB vom 6. Dezember 2006 erwiesenermassen:

- a. wider besseres Wissen darlegte, eine Meldung gemäss Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG oder der Schlussbestimmungen des Kartellgesetzes eingereicht zu haben,
- b. unzutreffende und irreführende Sachverhaltsangaben machte,
- c. basierend darauf, streitbare rechtliche Folgerungen anstellte,

¹⁸⁶⁶ Act. 381, 6 f. Bst. b.

¹⁸⁶⁷ Act. 381, 3 Bst. b (Zu 1).

¹⁸⁶⁸ Act. 529.09.

¹⁸⁶⁹ Vgl. BGE 135 II 60, 67, E. 3.1.2.

¹⁸⁷⁰ Act. 381, 2, Punkt 1.

- d. teils einer rechtlichen Würdigung nicht zugängliche und teils unklare Angaben über das künftige Verhalten der SGVSB-Mitglieder machte, ohne eine Frage oder einen Antrag zu stellen,
- e. basierend auf den vorgenannten Punkten die Behörde rechtlich binden wollte (Rz 2188 ff.)

2545. Die Wettbewerbsbehörden können nicht durch unzutreffende Sachverhaltsdarstellungen und rechtliche Würdigungen seitens einer Partei gebunden werden. Dennoch sei der Frage nachgegangen, ob die Wettbewerbskommission, wie der SGVSB dies behauptet, dadurch gebunden wurde, dass sie bzw. das Sekretariat nicht auf dieses Schreiben reagiert hatte. Diese Frage ist zu verneinen.

2546. Stillschweigen wird einer amtlichen Auskunft gleichgestellt, wenn aufgrund gesetzlicher Vorschrift oder nach den Umständen im Einzelfall eine ausdrückliche Auskunft geboten war. Der Bürger ist zudem in seiner unrichtigen Einschätzung zu schützen, wenn er nicht mit einer anderslautenden ausdrücklichen Auskunft rechnen musste.¹⁸⁷¹ Gemäss Bundesgericht beurteilt sich die Frage, ob die Untätigkeit einer Behörde einen Vertrauenstatbestand schafft, danach, ob ihr Stillschweigen bei objektiver Betrachtungsweise geeignet war, beim Beschwerdeführer eine derartige Erwartung zu wecken.¹⁸⁷²

2547. Es steht fest, dass es keine gesetzliche Vorschrift gibt, die das Sekretariat – geschweige die WEKO – verpflichten würden, in der geschilderten Situation eine ausdrückliche Auskunft zu erteilen. Eine solche war auch nicht geboten, zumal das Sekretariat dem SGVSB soeben die Einstellung der Vorabklärung angemeldet und ihm empfohlen hatte, keine Preiskataloge mehr herauszugeben. Zudem hatte es auf die kartellrechtliche Problematik von Preisempfehlungen hingewiesen. Objektiv betrachtet musste der SGVSB also eine gegenteilige Antwort erwarten und konnte sich nicht auf die Richtigkeit seiner Einschätzung verlassen. Alleine der Umstand, dass der SGVSB ab 2008 grösstenteils individuelle Preiskataloge herausgab, zeigt, dass er selbst nicht davon ausging, dass seine Einschätzung zutreffend war. Andernfalls hätte er auch über das Jahr 2008 hinaus gemeinsame Preiskataloge mit identischen Preisen herausgegeben.

2548. Ferner hatte der SGVSB die Dispositionen für den Druck der gemeinsamen Kataloge mit gemeinsamen Preisen bereits vor Versand seines Schreibens getätigt. Wie bereits dargelegt, wurden die Druckaufträge jeweils im Herbst aufgegeben, was bedingt, dass die Stammdaten entsprechend vorbereitet waren.¹⁸⁷³ Damit offenbart sich auch das Motiv für das SGVSB-Schreiben vom 6. Dezember 2006: Das Sekretariat stellt die Vorabklärung im Oktober 2006 ein und gab die Empfehlung ab, keine gemeinsamen Preiskataloge herauszugeben. Zu diesem Zeitpunkt war die Vorbereitung für die Katalogreihe 2007 weitgehend abgeschlossen (vgl. Rz 1943). Zwar hätte bereits im Oktober 2006 die technische Möglichkeit bestanden, getrennte, individuelle Kataloge herauszugeben, doch hätte diese zu nicht geplanten Mehrkosten geführt. Denn eine Umstellung auf individuelle Kataloge zu diesem Zeitpunkt hätte bedeutet, dass zumindest gewisse der bisherigen Aufwendungen nutzlos

gewesen wären und somit insgesamt zu zusätzlichen Produktionskosten geführt hätte. Ferner hätte die Umstellung zu diesem Zeitpunkt wohl auch eine zeitliche Verzögerung der Herausgabe bedeutet, die üblicherweise im Januar des Folgejahres war.

2549. Alleine der Zeitpunkt, zu dem der SGVSB sein Schreiben an das Sekretariat versandte, zeigt, dass der SGVSB gar nicht an einer Antwort interessiert war: Der SGVSB reagiert erst acht Wochen später auf das Abschluss schreiben des Sekretariats und wählte mit dem 6. Dezember 2006 einen Zeitpunkt, zu dem die gemeinsamen Kataloge bereits weitgehend produziert waren. Diesfalls hätte er sich wohl im Falle eines abschlägigen Bescheids des Sekretariats darauf berufen, er habe das Abschluss schreiben des Sekretariats, wie vorliegend behauptet, falsch verstanden. Im Falle des Stillschweigens erlaubte ihm sein Schreiben die vorliegende Vorgehensweise.

2550. Das Vorbringen des SGVSB fusst also auch diesbezüglich nicht auf einer schützenswerten Vertrauensgrundlage.

(v) Kein widersprüchliches Verhalten

2551. Der SGVSB macht geltend, Verwaltungsbehörden dürften sich gegenüber Privaten nicht widersprüchlich verhalten. Sie dürften *«insbesondere nicht einen einmal in einer bestimmten Angelegenheit eingenommenen Standpunkt ohne sachlichen Grund wechseln.»*¹⁸⁷⁴

2552. Diesem Standpunkt ist grundsätzlich beizupflichten. Er ist allerdings dahingehend zu präzisieren, dass dieselbe Behörde von einem Standpunkt, den sie gegenüber einem bestimmten Bürger in einem konkreten Verfahren *verbindlich* eingenommen hat, nicht ohne sachlichen Grund abweichen darf.¹⁸⁷⁵

2553. Vorliegend steht erstens fest, dass das Sekretariat sich nicht verbindlich festgelegt hat, da mit dem Abschluss einer Vorabklärung unabhängig davon, ob sie in eine Untersuchung mündet oder nicht, nie abschliessend ein Sachverhalt beurteilt wird. Zweitens ist das Sekretariat auf seinen Schluss zurückgekommen, kein Verfahren zu eröffnen, und zwar aufgrund neuer Anzeigen und Tatsachen. Dieses Vorgehen hatte das Sekretariat bereits in seinem Schreiben vom 11. Oktober 2006 angekündigt. Es handelte also seiner Ankündigung entsprechend. Darin liegt genau genommen kein Widerspruch.

2554. Der SGVSB sieht implizit im Umstand, dass das Sekretariat im Jahr 2006 ihre Vorabklärung eingestellt und 2011 eine Untersuchung eröffnet hat, ein widersprüchliches Verhalten. Bei näherem Betrachten besteht hier kein Widerspruch. Wie geschildert, liegt es in der Natur der Sache, dass eine Vorabklärung zu keinem

¹⁸⁷¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 167 Rz 17.

¹⁸⁷² BGE 132 II 21, 25 f. E. 2.2.

¹⁸⁷³ Act. 529.02, in diesem Schreiben vom 17. September 2001 beantwortet der SGVSB einige Fragen des Sekretariats und gibt an, dass sich die Kataloge für das Folgejahr 2002 im September bereits in Bearbeitung befinden.

¹⁸⁷⁴ Act. 381, 4 Bst. c.

¹⁸⁷⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 169 Rz 22.

endgültigen Entscheid führt. Der Abschluss führt damit übereinstimmend nicht zu einem rechtskräftigen Entscheid, der den Parteien nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erlauben würde, den Wettbewerbsbehörden die Einrede der «*res iudicata*» entgegenzuhalten. Entsprechend ist es den Wettbewerbsbehörden beim Bekanntwerden neuer Tatsachen und Beweismittel möglich, auf ihren Entscheid, kein Verfahren zu eröffnen, zurückzukommen. Das Bekanntwerden der neuen Tatsachen, hat dazu geführt, dass der Untersuchungsgegenstand der im Jahr 2011 eröffneten Untersuchung breiter war als der Untersuchungsgegenstand der Vorabklärung.

2555. Ein solches Zurückkommen ist gemäss Art. 323 Abs. 1 StPO auch im Kernstrafrecht vorgesehen, wenn der Staatsanwaltschaft neue Beweismittel oder Tatsachen bekannt werden, die für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der beschuldigten Person sprechen und sich nicht aus den früheren Akten ergeben.¹⁸⁷⁶ Wenn also Wiederaufnahme selbst im Strafverfahren nicht widersprüchlich ist, wo die Schutzrechte für die Beschuldigten besonders stark ausgebaut sind und mindestens gleich weit gehen wie im Kartellverfahren, ist nicht einzusehen, weshalb das gleiche Verhalten in einem Verwaltungsverfahren widersprüchlich sein sollte. Alleine der Umstand, dass das Sekretariat auf seinen Entscheid vom 11. Oktober 2006 zurückgekommen ist, stellt also kein widersprüchliches Verhalten dar, und es liegt damit auch kein Verstoss gegen Treu und Glauben vor.

2556. Schliesslich ist zu bedenken, dass selbst rechtskräftig beurteilte Sachverhalte im Verwaltungs-, Zivil- und Strafrecht mittels Revisionsentscheid erneut überprüft und beurteilt werden können und zwar sowohl zugunsten als auch zuungunsten der Parteien. Charakteristisch für die Revision in allen Verfahrenstypen ist das Vorliegen neuer erheblicher Tatsachen oder Beweismittel (vgl. Art. 66 VwVG; Art. 328 Abs. 1 ZPO¹⁸⁷⁷; Art. 410 StPO¹⁸⁷⁸).

2557. Neue Tatsachen im Sinne von Art. 66 VwVG sind Tatsachen, welche sich bis zu dem Zeitpunkt im Hauptverfahren verwirklicht haben, an dem ihre Geltendmachung prozessual noch zulässig gewesen wäre. Erheblich sind sie dann, wenn sie geeignet sind, die tatsächliche Grundlage des angefochtenen Urteils zu verändern und bei zutreffender rechtlicher Würdigung zu einer anderen Entscheidung führen.¹⁸⁷⁹

2558. Überträgt man diese Kriterien sinngemäss auf den vorliegenden Fall, wären sie erfüllt gewesen. Die Tatsachen, welche dem Sekretariat neu zur Kenntnis gelangten (z.B.: die Abrede über das Bruttopreisniveau 2005, die Abrede über die Rabattgruppen, die Abrede für die Margenerhöhung 2007) hatten sich vor Abschluss der Vorabklärung ereignet und hätten, wäre das Sekretariat darüber informiert gewesen, zur Untersuchungseröffnung geführt. Mit Bezug auf Sachverhalte, welche sich nach Abschluss der Vorabklärung abgespielt haben, also etwa die Europeisfixierung, die Bruttopreisfixierung in den Teampur-Katalogen und die Abstimmung des Preisniveaus 2012, hat sich das Sekretariat nicht geäussert und kann sich diesbezüglich nicht widersprochen haben.

2559. Abschliessend steht also fest, dass die Eröffnung einer Untersuchung, nachdem eine Vorabklärung zum

ähnlichen oder gleichen Sachverhalt eingestellt wurde, zumindest dann nicht widersprüchlich ist, wenn wie vorliegend neue Tatsachen und Beweismittel zum Vorschein kommen, deren Kenntnis das Sekretariat mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem anderen Entscheid bewogen hätte. Vorliegend ist ferner zu bedenken, dass die Tatsachen und Beweise den Wettbewerbsbehörden vorenthalten wurden, obwohl die Parteien die Möglichkeit hatten, eine Übergangsmeldung gemäss Schlussbestimmungen des KG einzureichen, um sich vor einer allfälligen Sanktionierung durch die WEKO zu schützen.

(vi) Kein Vertrauensschutz aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen

2560. Selbst wenn die vorangehenden Punkte (ii) bis (v) erfüllt wären, wäre gemäss Rechtsprechung und Lehre abzuwägen, ob das Vertrauen des Bürgers zu schützen wäre oder das öffentliche Interesse überwiegen würde.¹⁸⁸⁰ Eine solche Prüfung kann vorwiegend ausbleiben, es sei einzig darauf hingewiesen, dass das öffentliche Interesse an funktionierendem Wettbewerb die privaten Interessen des SGVSB an der Aufrechterhaltung eines den Wettbewerb beschränkenden Verhaltens überwiegen würden.

(vii) Keine Verletzung des Willkürverbotes

2561. Der SGVSB bringt vor, dass eine Sanktionierung des Verbands willkürlich wäre, ohne dies genauer zu substantiieren. Vielmehr stützt er seine diesbezüglichen Vorbringen erneut auf das Prinzip des Vertrauensschutzes.¹⁸⁸¹

2562. Das Willkürverbot stellt gewissermassen ein „Auffanggrundrecht“ dar, das angerufen werden kann, wenn ein bestimmtes privates Verhalten nicht durch ein anderes Grundrecht geschützt wird. Vorliegend wird daher auch die Verletzung des Willkürverbotes geprüft.

2563. Der Anspruch jeder Person von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden, verbietet staatliche Akte, die sachlich nicht begründbar sind. Willkür bedeute für die Betroffenen unverständliches, nicht nachvollziehbares, durch keine vernünftigen Argumente getragenes Verhalten der Behörden, das oft mit einem Machtmissbrauch verbunden ist.¹⁸⁸²

¹⁸⁷⁶ Vgl. zum Ganzen ausführlich: ROLF GRÄDEL/MATTHIAS HEINIGER, in: Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), 2011, Art. 323 N 5 ff., N 12 ff.; NATHAN LANDSHUT, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2010, Art. 323 N 13 ff.; N 21 ff.

¹⁸⁷⁷ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

¹⁸⁷⁸ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

¹⁸⁷⁹ KARIN SCHERBER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 66 N 25; AUGUST MÄCHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 66 N 16 ff.

¹⁸⁸⁰ BGE 114 Ia 209, 215 E. 3c; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, 67 Rz 202; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 158 N 699; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 164 f. Rz 13; RHINOW/SCHEFER (Fn 1837), 382 Rz 2003.

¹⁸⁸¹ Act. 381, 4.

¹⁸⁸² RHINOW/SCHEFER (Fn 1837), 377 Rz 1973.

2564. Willkür in der Rechtsanwendung liegt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere vor, wenn:¹⁸⁸³

- die Einschätzung des Sachverhaltes in einem Entscheid mit der Wirklichkeit in klarem Widerspruch steht. Beispielsweise hatte sich die Gerichtsbehörde im Rahmen eines Rechtsöffnungsverfahrens darauf verlassen, dass der Unterzeichnende eines Wechsels dazu bevollmächtigt war, obwohl sich diese Bevollmächtigung nicht explizit aus den Akten ergab.¹⁸⁸⁴
- eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt wird. So beurteilte das Bundesgericht es als willkürlich, die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen in ein anderes Verfahren zu verweisen, obwohl die urteilende Behörde gemäss dem klaren Wortlaut einer kantonalen Verfahrensnorm kompetent war über diese Ansprüche zu urteilen.¹⁸⁸⁵
- ein Entscheid in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderläuft. Gemäss Bundesgericht ist es zulässig einen Steuerpflichtigen während verhältnismässig kurzer Zeit mit einer Steuer zu belasten, zu deren Begleichung das Einkommen nicht ausreicht. Es würde hingegen dem Gerechtigkeitsdenken zuwiderlaufen, wenn der Steuerpflichtige auf den Vermögensertrag für die Bestreitung seines Lebensunterhaltes angewiesen ist.¹⁸⁸⁶

2565. Ohne nähere Substantiierung ist vorliegend nicht ersichtlich, inwiefern die vorliegende Einschätzung des Sachverhaltes mit der Wirklichkeit in «klarem Widerspruch» im Sinne der genannten Rechtsprechung stehen sollte. Die Wettbewerbsbehörden stützten sich bei ihrer Bewertung auf von den Parteien selbst verfasste Dokumente, deren Daten und Partei- sowie Zeugenaussagen. Es ist ferner nicht erkennbar, welcher Rechtssatz «krass verletzt» sein sollte. Wie bereits aufgezeigt, kann sich der SGVSB nicht auf Art. 9 BV berufen. Schliesslich ist nicht einsichtig, weshalb das Wiederaufgreifen eines nicht rechtskräftig beurteilten Sachverhaltes dem «Gerechtigkeitsgefühl» zuwiderlaufen sollte. Diese letzte Feststellung bedarf der Präzisierung:

2566. Es wurde rechtskräftig entschieden, dass der Abschluss einer Vorabklärung keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt¹⁸⁸⁷ und daher ein Sachverhalt aufgrund der vorliegenden Beweise und Indizien summarisch beurteilt wird. Die Vorabklärung dient nicht dazu, einen Sachverhalt abschliessend zu beurteilen, sondern erlaubt der Behörde zu entscheiden, ob sie einen Fall an die Hand nehmen soll. Sie ist Ausdruck des in Art. 27 Abs. 2 KG niedergelegten Opportunitätsprinzips.¹⁸⁸⁸ Durch das Nichtanhandnehmen entscheidet die Behörde nicht endgültig über einen Sachverhalt. Erhält die Behörde Kenntnis von neuen Tatsachen, ist es ihr folglich möglich, auf ihren ursprünglichen Entscheid zurückzukommen. Diese Möglichkeit ist im Übrigen keine Eigenheit des Kartellverfahrens, sondern besteht auch etwa im Strafverfahren. Schliesslich ist zu bedenken, dass es im Rahmen von Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren möglich ist, im Rahmen von Revisionsentscheiden auf an sich rechtskräftig abgeurteilte Sach-

verhalte zurückzukommen, und zwar sowohl zugunsten als auch zuungunsten der Parteien. Charakteristisch für die Revision in allen Verfahrenstypen ist das Vorliegen neuer erheblicher Tatsachen oder Beweismittel (vgl. Art. 66 VwVG; Art. 328 Abs. 1 ZPO¹⁸⁸⁹; Art. 410 StPO¹⁸⁹⁰).

2567. Vorliegend hatte das Sekretariat den SGVSB nicht nur auf die Möglichkeit der erneuten Eröffnung einer Untersuchung bei Vorliegen neuer Anzeigen und Tatsachen hingewiesen, sondern es verfügte auch über eine Rechtsgrundlage dazu. Ferner ist die Wiederaufnahme von Verfahren beim Bekanntwerden neuer Beweise und Fakten ein im Rechtsstaat anerkannte Vorgehensweise. Es ist zwar nachvollziehbar, dass der SGVSB es vorziehen würde, wenn auf die Einleitung des vorliegenden Verfahrens verzichtet worden wäre. Die Eröffnung der Untersuchung widerläuft jedoch nicht «in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

C.5.2.4.2 Vorwerfbarkeit

2568. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzen.¹⁸⁹¹ Ungefähr zur gleichen Zeit, namentlich in ihrem Entscheid vom 7. März 2002, tendierte die REKO/WEF allerdings in eine andere Richtung. Sie hielt – ohne Bezugnahme auf die vorerwähnte Botschaft – bezüglich Art. 51 KG fest, die Idee, dass eine (Verwaltungs-) Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, werde aufgrund ihrer vorangegangenen Ausführungen bekräftigt.¹⁸⁹² Welche Rolle dem Element «faute» (Verschulden) hinsichtlich der Sanktionierung zukomme, bräuchte allerdings nur beantwortet zu werden, wenn kein oder nur ein vermindertes Verschulden vorliegen würde, was hier

¹⁸⁸³ BGE 138 V 74, 82, E. 7; vgl. auch ROUILLER (Fn 1830), 679 Rz 6.

¹⁸⁸⁴ BGE 130 III 87, 89 f. E.3.3; 127 I 38, 41 E. 2a.

¹⁸⁸⁵ BGE 133 II 257, 262 E. 5.4.; 132 I 270, 274 ff.

¹⁸⁸⁶ BGE 106 Ia 342, 353.

¹⁸⁸⁷ BGE 135 II 60, 67 f. E. 3.1.2; REKO/WEF, RPW 2004/2, 635 f. E. 1.2.3, *Comer Banca SA/Telekurs Multipay AG/WEKO*; PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2013, Art. 26 N 32; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 26 N 44.

¹⁸⁸⁸ Vgl. mit Hinweisen auf die Praxis, BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 26 N 119.

¹⁸⁸⁹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

¹⁸⁹⁰ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

¹⁸⁹¹ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2034.

¹⁸⁹² Im Original: «Cela [das Vorangehende] conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs.» (Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*).

aber nicht der Fall sei.¹⁸⁹³ In diesem Zusammenhang zitierte die REKO/WEF eine Lehrmeinung, wonach Verschulden vorliege, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person in einer entsprechenden Situation hätte vornehmen können oder müssen.¹⁸⁹⁴ Anlässlich der parlamentarischen Diskussionen im September 2002 beantragte eine Minderheit des Nationalrates eine Formulierung von Art. 49a KG, die explizit ein Verschulden voraussetzte; dieser Antrag wurde jedoch verworfen.¹⁸⁹⁵

2569. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur «Vorwerfbarkeit». Dabei hielt die WEKO fest, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.¹⁸⁹⁶ Das BVGer bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.¹⁸⁹⁷

2570. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.¹⁸⁹⁸ Diese Praxis der WEKO wurde durch das BVGer im Fall «Publigroupe» bestätigt. Die WEKO stellte in der diesbezüglichen Verfügung fest, es liege seitens der Untersuchungsadressatinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor, nämlich zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Organisationsverschulden, weshalb das subjektive Element der Vorwerfbarkeit gegeben sei.¹⁸⁹⁹ Das BVGer hielt fest, diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden. Es kam zum Schluss, dass die dortige Beschwerdeführerin 1 einen Kartellrechtsverstoss tatbestandsbegründend zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe, da sie nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten aufgelöst haben.¹⁹⁰⁰ Gleichzeitig bestätigte das BVGer, dass neben vorsätzlichem auch fahrlässiges Verhalten von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst wird.¹⁹⁰¹ In der Folge bestätigte auch das Bundesgericht im Fall «Publigroupe», dass für die subjektive Zurechenbarkeit eines Kartellrechtsverstosses «Vorwerfbarkeit» erforderlich und ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens massgebend ist.¹⁹⁰² An anderer Stelle in diesem Urteil hält das BGer sodann fest, es treffe an sich zu, dass eine strafrechtliche Vorwerfbarkeit die genaue Identifikation der zu bestrafenden Person erfordere. Allerdings gehe es hier um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspreche. Das Gesetz verlange keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine Solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürften nicht überzogen werden, denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere.¹⁹⁰³

2571. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden

des Unternehmens vorliegen; so möglicherweise, wenn die durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.¹⁹⁰⁴

2572. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zumindest als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit liegt demnach zunächst vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen,¹⁹⁰⁵ vorsätzlich oder fahrlässig begingen. Zudem ist einem Unternehmen eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung insbesondere auch dann vorzuwerfen, wenn für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen allgemein ein Organisationsverschulden trifft. Dieses besteht darin, dass das Unternehmen nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern.

¹⁸⁹³ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*.

¹⁸⁹⁴ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*.

¹⁸⁹⁵ Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2002 N 1449 und 1453.

¹⁸⁹⁶ RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹⁸⁹⁷ Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

¹⁸⁹⁸ Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*.

¹⁸⁹⁹ RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁹⁰⁰ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁹⁰¹ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁹⁰² Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 12.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁹⁰³ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3.2 und 3.4, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁹⁰⁴ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

¹⁹⁰⁵ In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 des Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 [ZGB; SR 210]) die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c des Strafgesetzbuches vom 21.12.1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.

(i) Die Praxis

2573. Die WEKO prüft in Sanktionsentscheiden nach ständiger Praxis neben dem Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG das Vorliegen der Vorwerfbarkeit des kartellrechtlich verpönten Verhaltens.¹⁹⁰⁶ Sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht bestätigten diese Praxis, wonach ein Unternehmen den Wettbewerbsverstoss zumindest fahrlässig begangen hat bzw. ihm eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens angelastet werden können muss.¹⁹⁰⁷

2574. Im Fall *Publigroupe* gelangte das BVGer zum Schluss, die dortige Beschwerdeführerin 1 habe nicht alles Notwendige vorgekehrt, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten innerhalb der Übergangsfrist gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 beendeten. Dadurch habe sie einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt.¹⁹⁰⁸

2575. Mit Bezug auf die individuelle Vorwerfbarkeit hielt das Bundesgericht in derselben Rechtssache fest, es treffe an sich zu, dass eine strafrechtliche Vorwerfbarkeit die genaue Identifikation der zu bestrafenden Person erfordere. Allerdings gehe es hier um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspreche. Das Gesetz verlange keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürften nicht überzogen werden, denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere.¹⁹⁰⁹

2576. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen¹⁹¹⁰, vorsätzlich oder fahrlässig begingen oder für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen ein Organisationsverschulden trifft, welches darin besteht, dass es nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern.¹⁹¹¹

(ii) Anwendung auf den vorliegenden Fall

2577. Zur Beurteilung der Vorwerfbarkeit der vorliegenden Wettbewerbsverstösse sind einerseits die Periode vor Abschluss der Vorabklärung des Sekretariats am 11. Oktober 2006 und andererseits die Folgeperiode zwischen 12. Oktober 2006 bis zur Verfahrenseröffnung am 22. November 2011 zu unterscheiden.

2578. Vor dem 11. Oktober 2006 führte das Sekretariat eine Vorabklärung durch, in welcher Sanitas Troesch, der SGVSB und seine Mitglieder involviert waren. Der SGVSB umfasste zu diesem Zeitpunkt die folgenden Mitglieder: Bringhen, Burgener, Kappeler, Innosan, Richner und Gétaz (beide CRH), Sabag, Sanidusch. Diese Mitglieder waren über die Vorabklärung informiert. Einzig Spaeter und San Vam waren damals weder im relevanten Markt tätig noch Mitglieder des SGVSB. Solange diese Vorabklärung geführt wurde, waren die davon betroffenen Unternehmen auf die untersuchten Sachverhalte (Preisfestlegung) sensibilisiert und konnten sich währenddessen nicht auf die Gesetzeskonformität ihres Verhaltens verlassen. Wie im vorangehenden Abschnitt dargestellt, verschwiegen sie dem Sekretariat diverse Verhaltensweisen. Es trifft zwar auf der einen Seite zu, dass sich die Unternehmen nicht selber belasten mussten, auf der anderen Seite zeigen sie, dass sie nicht gutgläubig handelten und sich demnach nicht auf die Kartellrechtskonformität ihrer Verhaltensweisen verlassen konnten.

2579. Die dem 12. Oktober 2006 folgende Periode wurde im Sachverhaltsteil (Rz 2171 ff.) ausführlich abgehandelt. Bringhen, Burgener, Kappeler, Innosan, Richner und Gétaz (beide CRH), Sabag, Sanidusch und der SGVSB können sich für diese Periode nicht auf Treu und Glauben berufen. Konsequenterweise konnten sie auch nicht von der Kartellrechtskonformität ihres Verhaltens ausgehen.

2580. Verschiedene Tatsachen beweisen, dass den Unternehmen und den für sie handelnden natürlichen Personen die zentralen Regeln des Kartellgesetzes bekannt waren, die betreffenden Akteure sich aber dennoch für das verpönte Verhalten entschieden:

2581. Anlässlich der Vorstandssitzung vom 19. Mai 2004 wurde bekannt, dass Sanitas Troesch Bruttopreissenkungen nicht mehr ausserhalb des Konzerns kommunizieren wollte und dass jeder Grosshändler die Bruttopreissenkung individuell gestalten sollte:

¹⁹⁰⁶ Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁹⁰⁷ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E.8.2.2.1, *Publigroupe et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.7.2012, RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2, *Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁹⁰⁸ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁹⁰⁹ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.7.2012, RPW 2013/1, 135 E. 3.2 und 3.4, *Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁹¹⁰ In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]) die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen in der Lage sind, eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.

¹⁹¹¹ RPW 2013/4, 606 Rz 916, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

Das Thema Bruttopreissenkung wird noch kurz andiskutiert. Wie es scheint kommuniziert Sanitas Troesch dieses Thema nicht mehr ausserhalb seines Konzerns. Jeder Grosshändler soll seine Bruttopreissenkung individuell gestalten und kommunizieren. Konsens besteht jedoch darin, dass eine Bruttopreissenkung sinnvoll ist.¹⁹¹²

2582. Die «neue Politik» von Sanitas Troesch erfolgte offensichtlich aufgrund kartellrechtlicher Überlegungen. Obwohl, wie dieses Beispiel zeigt, die Sanitär-grosshändler auf kartellrechtliche Belange sensibilisiert waren, hinderte dies die SGVSB-Grosshändler (2004 umfasste der SGVSB Bringen, Gétaz und Richner [beide CRH], Kappeler und Sabag) nicht daran, dennoch die Bruttopreissenkung 2005 gemeinsam und vereinbarungsgemäss mit Sanitas vorzunehmen. Ferner hielt dieses Bewusstsein Sanitas Troesch nicht davon ab, die SGVSB-Mitglieder im September 2009 trotzdem erneut über die anstehende Bruttopreissenkung (vgl. B.5.2.4.2, Rz 1242 ff.) zu informieren. Dieses Beispiel zeigt, dass der SGVSB bzw. seine anwesenden Mitglieder (Richner, Gétaz, Sabag¹⁹¹³) und Sanitas Troesch im Bewusstsein der kartellrechtlichen Problematik sowohl die Bruttopreissenkung 2005 als auch die Bruttopreissenkung 2012 gemeinsam vornahmen.

2583. Die Richtigkeit dieses Schlusses wird zusätzlich durch die Aussage des SGVSB-Präsidenten [...] anlässlich seiner Einvernahme vom 1. Oktober 2012 gestützt. Auf Anfrage, weshalb die Preise eines Grosshändlers wie Sanitas Troesch um 20 % gesenkt würden, gab er zu Protokoll:

Das muss jeder Grosshändler für sich entscheiden. Ich habe als Präsident des Verbandes nur darauf geachtet, dass jeder selber entscheidet, ob und wie viel Prozent sie die Preise ändern.¹⁹¹⁴

Wenn der SGVSB-Präsident also davon ausginge, dass die gemeinsame Festlegung von Bruttopreisen rechtens wäre, hätte er nicht darauf geachtet, dass «*jeder selber entscheidet, ob und wie viel Prozent*» er die Preise ändert.

2584. Anlässlich der Kooperationssitzung vom 26. Oktober 2004 wurde den Sitzungsteilnehmern (darunter der SGVSB, Gétaz, Sabag und Sanitas Troesch) ein Exposé einer Anwaltskanzlei zum Thema Kartellrecht ausgehändigt.¹⁹¹⁵ Wären die Sitzungsteilnehmer nie davon ausgegangen, dass ihre Bepsrechnungen kartellrechtlich problematisch sein könnten, bräuchten sie keine solchen Abklärungen durch Anwaltskanzleien in Auftrag zu geben.

2585. Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, dass die Verfahrensparteien ihre Unternehmen nicht in einer Weise organisierten, die es ermöglichten die vorliegenden Kartellrechtsverstösse zu vermeiden. Vielmehr trafen sich der SGVSB, Richner und Gétaz (CRH), Sabag und Sanitas Troesch regelmässig an Treffen der Kooperation Sanitär Schweiz, wo regelmässig kartellrechtlich relevante Themen besprochen wurden. Der SGVSB und seine Mitglieder trafen sich zudem im Rahmen der Verbandsgremien, um Preiselemente zu besprechen und festzulegen. Die ihnen zur Last gelegten Abreden wurden daher von den involvierten Personen zumindest eventualvorsätzlich begangen.

C.5.2.5 Bemessung

C.5.2.5.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen

2586. Rechtsfolge einer Verletzung 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 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 (Art. 2 Abs. 1 SVKG).

2587. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sind in der KG-Sanktionsverordnung¹⁹¹⁶ geregelt (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der WEKO, welches durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁹¹⁷ 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.¹⁹¹⁸

C.5.2.5.2 Maximalsanktion

2588. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,¹⁹¹⁹ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.¹⁹²⁰ Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU¹⁹²¹ finden analoge Anwendung. Der Unternehmensumsatz bestimmt sich entsprechend auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind.¹⁹²² Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar

¹⁹¹² Act. 358, Protokoll Vorstandssitzung 3/2004, 538.

¹⁹¹³ Act. 358, Protokoll Vorstandssitzung 3/2004, 530.

¹⁹¹⁴ Act. 285, Zeile 137 ff.

¹⁹¹⁵ Act. 356, Sitzung Kooperation Sanitär Schweiz vom 26.10.2004, 146.

¹⁹¹⁶ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5.).

¹⁹¹⁷ Vgl. REINERT (Fn 1820), Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Unique*.

¹⁹¹⁸ RPW 2013/4, 609 Rz 926, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*. RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁹¹⁹ Vgl. BBI 2002 2022, 2037.

¹⁹²⁰ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision.

¹⁹²¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁹²² RPW 2009/3, 213, Rz 113, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

(vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

2589. Die für die Berechnung der Maximalsanktion massgeblichen letzten drei Geschäftsjahre sind die drei vor

Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre¹⁹²³ und gehen aus Tabelle 13 hervor. Für den SGVSB werden für die Berechnung der Grundlage der Obergrenze des Sanktionsrahmens die gesamten Einnahmen herangezogen, also Einnahmen aus dem Verhältnis mit Unternehmen ausserhalb des Verbands und Einnahmen, welche von dem Verbandsmitgliedern stammen (Mitgliederbeiträge, Abgeltungen für Verbandsdienstleistungen).

Tabelle 14: Konzernumsätze der Untersuchungsadressaten in der Schweiz (2011 bis 2013)

Unternehmen	2011	2012	2013	Total in CHF
Bringhen ¹⁹²⁴	[...]	[...]	[...]	[...]
CRH ¹⁹²⁵	[...]	[...]	[...]	[...]
Innosan ¹⁹²⁶	[...]	[...]	[...]	[...]
Kappeler ¹⁹²⁷	[...]	[...]	[...]	[...]
Sabag ¹⁹²⁸	[...]	[...]	[...]	[...]
Burgener ¹⁹²⁹	[...]	[...]	[...]	[...]
Sanidusch ¹⁹³⁰	[...]	[...]	[...]	[...]
Sanitas Troesch ¹⁹³¹	[...]	[...]	[...]	[...]
SGVSB ¹⁹³²	[...]	[...]	[...]	[...]

2590. Die mögliche Maximalsanktion je Unternehmung beträgt 10 % dieser Gesamtumsätze und ist folgender Übersicht zu entnehmen:

¹⁹²³ RPW 2013/4, 609 Rz 928, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁹²⁴ Umsätze der Bringhen Gruppe der Jahre 2011 und 2012: Act. 1050, Beilage 1, Seite 8. Umsätze der Bringhen Gruppe des Jahres 2013: Act. 1050, Beilage 10, Seiten 53, 91 und 151 und Act. 1051, Beilage 10, Seiten 7, 97 und 112.

¹⁹²⁵ Konzernumsätze von CRH in der Schweiz der Jahre 2011 und 2012: Act. 469, Antwort auf Frage 2. Für das Jahr 2013 wurde als Schätzung die Angabe für das Jahr 2012 übernommen. Eine vertiefte Abklärung erübrigt sich angesichts des Verhältnisses der Konzernumsätze der Jahre 2011 und 2012 zur Sanktion.

¹⁹²⁶ Umsätze von Innosan für die Jahre 2011 bis 2013: Act. 1014, 50 und 60.

¹⁹²⁷ Umsätze von Kappeler der Jahre 2011 bis 2013: Act. 1084, 20 und 31.

¹⁹²⁸ Umsätze der Sabag-Gruppe der Jahre 2011 bis 2012: Act. 440, Antwort auf Frage 2. Für das Jahr 2013 wurde als Schätzung die Angabe für das Jahr 2012 übernommen. Eine vertiefte Abklärung erübrigt sich angesichts des Verhältnisses der Gruppenumsätze der Jahre 2011 und 2012 zur Sanktion.

¹⁹²⁹ Umsätze von Burgener der Jahre 2011 bis 2013: Act. 876, Sammelbeilage, 39, 48 und 53.

¹⁹³⁰ Umsätze von Sanidusch der Jahre 2011 und 2012: Act. 385, Antwort auf Frage 2. Umsatz von Sanidusch des Jahres 2013: Act. 1085, 51.

¹⁹³¹ Umsätze von Sanitas Troesch des Jahres 2011 und 2012: Act. 445, Antwort auf Frage 2. Umsatz von Sanitas Troesch des Jahres 2013: Act. 1068, Beilage 6, 69.

¹⁹³² Umsatz des SGVSB des Jahres 2011: Act. 381, 12 f. Umsatz des SGVSB der Jahre 2012 bis 2013: Act. 892, Beilage 5, 118.

Tabelle 15: Maximalsanktion

Unternehmen	Maximalsanktion in CHF
Bringhen	[...]
CRH	[...]
Innosan	[...]
Kappeler	[...]
Sabag	[...]
Burgener	[...]
Sanidusch	[...]
Sanitas Troesch	[...]
SGVSB	[...]

C.5.2.5.3 Konkrete Sanktionsberechnung

2591. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt den erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3–6 SVKG).¹⁹³³

(i) Basisbetrag

2592. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 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.¹⁹³⁴ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

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

2593. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

2594. Im vorliegenden Fall wurde der sachlich relevante Markt auf den Sanitär-grosshandel mit sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitärprodukte vor der Wand) abgegrenzt. Darin nicht enthalten sind Waschmaschinen und Wäschetrockner. Der Zeitpunkt für die Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens ist auf das Jahr 2012 anzusetzen. Somit bestimmt sich der dem Basisbetrag zugrundeliegende Umsatz auf dem Umsatz der Unter-

nehmen im Handel mit sichtbaren Sanitärprodukten in der Schweiz in den Jahren 2009, 2010 und 2011. Wie bereits festgestellt, tritt der SGVSB wie seine Mitglieder im Sanitär-grosshandel auf und erbringt dort selbständig Leistungen. Somit sind seine Einnahmen aus Mitgliederbeiträgen und seine Finanzierung aus Herstellerbeiträgen als Umsatz im Sanitär-grosshandel und damit als Umsatz im sachlich relevanten Markt zu werten. Entsprechend ergeben sich die Umsätze in Sanitär-grosshandel in der Schweiz in den Jahren von 2009 bis 2011 aus der Tabelle 16:

¹⁹³³ RPW 2006/4, 661 Rz 237, *Unique*.

Tabelle 17: Umsatz der Parteien im Sanitär-grosshandel in der Schweiz von 2009 bis 2011

Unternehmen	2009	2010	2011	Total in CHF
Bringhen ¹⁹³⁵	[...]	[...]	[...]	[...]
CRH ¹⁹³⁶	[...]	[...]	[...]	[...]
Innosan ¹⁹³⁷	[...]	[...]	[...]	[...]
Kappeler ¹⁹³⁸	[...]	[...]	[...]	[...]
Sabag ¹⁹³⁹	[...]	[...]	[...]	[...]
Burgener ¹⁹⁴⁰	[...]	[...]	[...]	[...]
Sanidusch ¹⁹⁴¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Sanitas Troesch ¹⁹⁴²	[...]	[...]	[...]	[...]
SGVSB ¹⁹⁴³	[...]	[...]	[...]	[...]

2595. Die obere Grenze des Basisbetrags beläuft sich auf 10 % der in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Schweizer Märkten erzielten Umsätze. Aufgrund der in der Tabelle 18 aufgeführten Angaben erge-

ben sich im vorliegenden Fall für die Parteien folgende Obergrenzen:

Tabelle 19: Obergrenze des Basisbetrags

Unternehmen	Obergrenze in CHF
Bringhen	[...]
CRH	[...]
Innosan	[...]
Kappeler	[...]
Sabag	[...]
Burgener	[...]
Sanidusch	[...]
Sanitas Troesch	[...]
SGVSB	[...]

2. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

2596. Gemäss Art. 3 SVKG ist die Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen¹⁹⁴⁴. Die an den in Frage stehenden Abreden be-

teiligten 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 objektive¹⁹⁴⁵ Faktoren im Vordergrund.

¹⁹³⁴ In diesem Sinne auch RPW 2013/4, 611 f. Rz 939 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; 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 i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (8.5.2014).

¹⁹³⁵ Act. 441.01, Antwort auf Fragen 3 und 20.

¹⁹³⁶ Act. 469, Antwort auf Frage 3.

¹⁹³⁷ Act. 397, Antwort auf Frage 3.

¹⁹³⁸ Act. 366, Antwort auf Frage 3.

¹⁹³⁹ Act. 440, Antwort auf Frage 3.

¹⁹⁴⁰ Act. 395, Antwort auf Frage 3.

¹⁹⁴¹ Act. 385, Antwort auf Frage 3.

¹⁹⁴² Act. 445, Antwort auf Frage 3.

¹⁹⁴³ Act. 381, 12 f.

¹⁹⁴⁴ Vgl. Wettbewerbskommission, Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), 2006, 2 f., <www.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung.

¹⁹⁴⁵ 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.

2597. 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.¹⁹⁴⁶

2598. Die vorliegenden Preisabsprachen stellen grundsätzlich schwere Verstösse gegen das Kartellgesetz dar. In Anbetracht der Praxis zu Abreden über Bruttopreise und diversen Preiselementen in den Fällen *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*¹⁹⁴⁷ und *Abrede im Speditionsbereich*¹⁹⁴⁸, wäre für die Berechnung des Basisbetrages ein Satz zwischen 6 % und 7 % gerechtfertigt. Da vorliegend gleich wie im Entscheid *Abrede im Speditionsbereich* mehrere Preisabreden vorliegen, die den Wettbewerb nicht beseitigen, sondern erheblich beeinträchtigen, sollte der Satz bei höchstens 6% liegen. Für die Festlegung des Basisbetrags des SGVSB, seiner Mitglieder und Sanitas Troesch wäre zu berücksichtigen, dass sie sich alle eine Vielzahl von objektiv schweren Kartellrechtsverstössen zuschulden kommen lassen haben. Der SGVSB und seine Mitglieder haben zudem zusätzlich zu den verbandsexternen Abreden mit Sanitas Troesch noch verbandsinterne Kartellrechtsverstösse begangen. Würde man analog zum Strafrecht das Asperationsprinzip auf die Bestimmung des Basisbetrages anwenden, müsste der sich aus der Praxis ergebende Strafrahmen von 6% des Basisbetrags für den SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch ausgeschöpft werden.

2599. Obwohl die begangenen Verstösse objektiv als schwer einzustufen sind, kann vorliegend bei der Bestimmung des Basisbetrags die subjektive Komponente der Vorwerfbarkeit bzw. des Verschuldens nicht ausser Acht gelassen werden. Die Parteien können sich zwar nicht auf Treu und Glauben berufen, was dazu führt, dass ihr gesetzeswidriges Verhalten ihnen vorwerfbar ist. Allerdings ist die Tatsache zu beachten, dass vorliegend im Jahr 2006 eine Vorabklärung eingestellt wurde. Dadurch verringert sich im vorliegenden Fall das Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs der Parteien. Berücksichtigt man zudem die Zeitdauer zwischen der Eröffnung der Vorabklärung am 17. August 2001 (bzw. der Einstellung der Vorabklärung am 11. Oktober 2006) und der erneuten Untersuchungseröffnung bis zum endgültigen Abschluss des Verfahrens am 29 Juni 2015, rechtfertigt sich im vorliegenden Fall eine zusätzliche Reduk-

tion des Basisbetrags. Der Basisbetrag ist aus diesen Gründen und unter pflichtgemässer Ermessensausübung auf 2 % herabzusetzen.

2600. In ihrer bisherigen Praxis differenzierte die WEKO die Höhe der Basisbeträge für denselben Kartellverstoss nicht nach Unternehmen. Es fragt sich, ob eine Differenzierung der Basisbeträge vorliegend und in künftigen Fällen möglich wäre. Für eine einheitliche Festlegung der Basisbeträge für den SGVSB und seine Mitglieder spricht, dass sämtliche Mitglieder des SGVSB – mit Ausnahme des Jahres 2012 und mit Ausnahme der Abreden im Kanton Wallis – dieselben verbotenen Preisabreden geschlossen haben, welche eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge hatten. Ebenso hat Sanitas Troesch eine Vielzahl von gleichen Preisabreden mit dem SGVSB und seinen Mitgliedern abgeschlossen, welche eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge hatten. Bei Sanitas Troesch kommt erschwerend hinzu, dass sie eine aktive Rolle bei den sie betreffenden verbotenen Preisabreden gespielt hat. Insgesamt haben im vorliegenden Fall sämtliche Verfahrensparteien in vergleichbarer Weise an erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen teilgenommen. Diesen Wettbewerbsabreden war zudem inhärent, dass die Beteiligten eine gemeinsame Auswirkung auf dem Markt erzielten, weshalb die Schwere der Auswirkung nicht einem einzelnen Unternehmen zugerechnet werden kann. Daher ist vorliegend die objektive Schwere der Rechtsverstösse für alle Unternehmen dieselbe.

2601. Es fragt sich, ob die Individualisierung der Basisbeträge analog zur strafrechtlichen Praxis zur Strafzumessung erreicht werden könnte. Analog zur Praxis von Art. 47 StGB könnten die tatbezogenen Verschuldenskomponenten und die täterbezogenen Verschuldenskomponenten als Differenzierungshilfen herbeigezogen werden.¹⁹⁴⁹ Ein Heranziehen der strafrechtlichen Dogmatik scheidet jedoch daran, dass einmal die täterbezogenen Verschuldenskomponenten wie etwa das Vorleben des Täters oder die persönlichen Verhältnisse nur auf natürliche Personen zugeschnitten sind, während im Kartellrecht die Sanktionierung eines Unternehmens im Vordergrund steht. Auch die tatbezogenen Komponenten können nicht unbesehen auf die juristischen Personen dieses Verfahrens angewendet werden; so können die subjektiven Elemente der Tatkomponenten wie etwa die Beweggründe und Ziele des Täters (z.B. Habgier

¹⁹⁴⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

¹⁹⁴⁷ RPW 2012/3, 650 Rz 326 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

¹⁹⁴⁸ RPW 2013/2, 201 Rz 304, *Abrede im Speditionsbereich*.

¹⁹⁴⁹ Vgl. dazu HANS WIPRÄCHTIGER/STEFAN KELLER, in: *Strafrecht I, Niggli/Wiprächtiger* (Hrsg.), 2013, Art. 47 N 84 ff.; GÜNTER STRATEN-WERTH/WOLFGANG WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 2013, Art. 47 N 4 ff.; MARKUS HUG, in: *StGB Kommentar*, Andreas Donatsch/Stefan Flachsmann/Markus Hug/Hans Mauerer/Marcel Riesen-Kupper/Ulrich Weder (Hrsg.), 2013, Art. 47 N 5 ff.; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/MARKUS HUG/DANIEL JOSITSCH, *Strafrecht II*, 2007, 92 ff.; STEFAN TRECHSEL/MARK PIETH, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 2013, Art. 47 N 15 ff. Gemäss einem gewichtigen Teil der Lehre hat die Zumessung der Strafe gemäss Art. 102 StGB möglichst konform zu Art. 47 StGB zu erfolgen, MARCEL ALEXANDER NIGGLI/DIEGO R. GFELLNER, in: *Strafrecht I, Niggli/Wiprächtiger* (Hrsg.), 2013, Art. 102 N 320 mit weiteren Hinweisen auf die Lehre.

oder Machtstreben)¹⁹⁵⁰ oder das Mass an Entscheidungsfreiheit des Täters sinnvollerweise nur bei einer natürlichen Person beachtet werden.¹⁹⁵¹ Die objektiven Elemente der Tatkomponenten, wie die objektive Schwere des Delikts, welche im Strafrecht zur Strafbemessung herangezogen werden, überschneiden sich zwar teilweise mit dem Kartellrecht, sie wurden aber bei der Bestimmung des gesetzlichen Tatbestandes (Erheblichkeit/Beseitigung) bereits berücksichtigt und können nicht erneut herangezogen werden.¹⁹⁵² Es bleibt einzig analog zu Art. 102 StGB die Schwere des Organisationsmangels der einzelnen Unternehmen heranzuziehen, um allenfalls den Basisbetrag pro Unternehmen zu differenzieren.¹⁹⁵³ Die SGVSB-Mitglieder trafen im Rahmen der verschiedenen Verbandsorgane Kartellabreden, ohne sich darum zu bemühen, die Stammdatenverwaltung rechtskonform auszugestalten. Sanitas Troesch als Teil eines internationalen Konzerns ergriff ebenso wenig wirksame Massnahmen, um die vorliegenden Verstösse zu vermeiden. Das Unternehmen trat im Gegenteil mehrfach aus eigenem Antrieb mit dem SGVSB und seinen

Mitgliedern in Kontakt und trug dazu bei, dass die erwiesenen Preisabreden zwischen Sanitas Troesch und den SGVSB-Mitgliedern überhaupt zu Stande kamen. Es steht daher fest, dass das Organisationsverschulden der beteiligten Unternehmen gleich schwer wiegt. Es rechtfertigt sich in den vorliegenden Fall keine Differenzierung bei der Festlegung des Basisbetrags.

2602. Vorliegend lässt sich keine Differenzierung der Basisbeträge durch das Herbeiziehen, der Praxis zu Art. 47 StGB und Art. 102 StGB gewinnen. Die Individualisierung der Strafzumessung ergibt sich hingegen aus den unterschiedlichen Dauerzuschlägen sowie den abweichenden erschwerenden und mildernden Umständen. Insbesondere mit Bezug auf Sanitas Troesch, welche keine Dauerzuschläge zu vergegenwärtigen hat, ergibt sich eine erhebliche Differenzierung zu Gunsten des Unternehmens.

2603. Konkret führt die Berechnung des Basisbetrags mit einem Satz von 2 % zu folgenden Beträgen:

Tabelle 20: Basisbetrag der Untersuchungsadressaten

Unternehmen	Basisbetrag in %	Basisbetrag in CHF
Bringinghen	2 %	[...]
CRH	2 %	[...]
Innosan	2 %	[...]
Kappeler	2 %	[...]
Sabag	2 %	[...]
Burgener	2 %	[...]
Sanidusch	2 %	[...]
Sanitas Troesch	2 %	[...]
SGVSB	2 %	[...]

(ii) Dauer des Verstosses

2604. Dauerte der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 % erhöht. Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je 10 % erhöht (Art. 4 SVKG).¹⁹⁵⁴

2605. Gemäss Bundesgericht ist der Basisbetrag bei einer Dauer des Wettbewerbsverstosses von ein bis fünf Jahren grundsätzlich nicht schematisch zu erhöhen. Es steht im pflichtgemässen Ermessen der rechtsanwendenden Behörde, den Basisbetrag um bis zu 50 % zu erhöhen.¹⁹⁵⁵ Nachdem sich rein rechnerisch eine stufenweise Erhöhung von 12,5 % pro Jahr ergeben würde, geht die Praxis der WEKO von einem groben Richtwert von 10 % pro Jahr aus.¹⁹⁵⁶

2606. Was die beiden Bruttopreissenkungen in den Jahren 2005 und 2012 betrifft, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass es sich um zwei separate Ereignisse handelt, die den Wettbewerb in diesen beiden

Jahren jeweils beseitigt haben. Praxisgemäss und in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von Art. 4 SVKG

¹⁹⁵⁰ Vgl. dazu etwa SCHWARZENEGGER/HUG/ JOSITSCH (Rz 1949), 94, 98, 100.

¹⁹⁵¹ STRATENWERTH/WOHLERS (Rz 1949), Art. 47 N 8.

¹⁹⁵² Zum sogenannten Doppelverwertungsverbot vgl. WIPRÄCHTIGER/KELLER (Rz 1949), Art. 47 N 102 ff.

¹⁹⁵³ Ein Teil der Lehre stellt die Schuldfähigkeit juristischer Personen in Abrede, KURT SEELMANN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2012, 86 f. mit weiteren Hinweisen.

¹⁹⁵⁴ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3.

¹⁹⁵⁵ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 366 E. 8.3.5, *Publigroupe SA/WEKO*.

¹⁹⁵⁶ RPW 2013/2, 201 Rz 305 ff., *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2013/RPW 2012/3, 651 Rz 334 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2010/4, 762, Rz 401 ff., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; RPW 2009/3, 215 Rz 127 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

berechnen die Wettbewerbsbehörden erst ab einer Dauer von über einem Jahr einen Dauerzuschlag. Dem Umstand, dass der Wettbewerb in diesen beiden Jahren erheblich beeinträchtigt wurde, wird im Rahmen der erschwerenden Umstände – mit dem Wiederholungszuschlag – Rechnung getragen (vgl. dazu soeben Rz 2610).

2607. Im Unterschied zu Sanitas Troesch lassen sich die Kartellrechtsverstösse des SGVSB und seiner Mitglieder nicht auf die beiden Jahre 2005 und 2012 begrenzen. Vielmehr haben der Verband und seine Mitglieder seit dem Inkrafttreten des heutigen Kartellgesetzes am 1. April 2004 dauerhaft gegen das Kartellgesetz verstossen. Der Dauerzuschlag ist entsprechend von diesem Zeitpunkt ausgehend zu berechnen. Bei diejenigen SGVSB-Mitgliedern, welche dem Verband erst nach dem 1. April 2004 beigetreten sind, ist der Zeitraum zwischen diesem Beitritt und dem letzten von ihnen begangenen Kartellrechtsverstoss zu berücksichtigen. Bringhen, Burgener, Kappeler und Sanidusch kann ab der Eröffnung des Verfahrens am 22. November 2011 kein Kartellrechtsverstoss mehr vorgeworfen werden. Gétaz und Richner (CRH), Innosan und Sabag haben die Bruttopreissetzung für das Jahr 2012 koordiniert und der SGVSB hat sie dabei unterstützt, weshalb für diese Parteien die Zeitspanne bis zum 31. Dezember 2012 zu berücksichtigen ist. Die Verfahrensparteien waren während den nachfolgend angegebenen Zeitspannen an den Kartellrechtsverstössen beteiligt, weshalb der Basisbetrag in Übereinstimmung mit Art. 4 SVKG entsprechend prozentual erhöht wird:

- Bringhen:
Beteiligung vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2011 bzw. 93 Monate. Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG: 60 %.

- Gétaz und Richner (CRH):
Beteiligung vom 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2012 bzw. 105 Monate.
Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG: 70 %.
- Innosan:
Beteiligung vom 1. Januar 2006 bis zum 31. Dezember 2012 bzw. 84 Monate.
Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG: 60 %.
- Kappeler:
Beteiligung vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2011 bzw. 93 Monate. Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG: 60 %.
- Sabag:
Beteiligung vom 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2012 bzw. 105 Monate.
Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG: 70 %.
- Burgener:
Beteiligung vom 1. Januar 2006 bis zum 31. Dezember 2011 bzw. 72 Monate.
Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG: 50 %.
- Sanidusch:
Beteiligung vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2011 bzw. 84 Monate. Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG: 60 %.
- SGVSB:
Beteiligung vom 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2012 bzw. 105 Monate.
Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG: 70 %.

Tabelle 21: Zuschlag für die Dauer der Untersuchungsadressaten

Unternehmen	Dauerzuschlag (%)	Dauerzuschlag (CHF)	Zwischenergebnis (CHF)
Bringhen	60 %	[...]	[...]
CRH	70 %	[...]	[...]
Innosan	60 %	[...]	[...]
Kappeler	60 %	[...]	[...]
Sabag	70 %	[...]	[...]
Burgener	50 %	[...]	[...]
Sanidusch	60 %	[...]	[...]
Sanitas Troesch	0 %	[...]	[...]
SGVSB	70 %	[...]	[...]

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

2608. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Entsprechend dem Wortlaut der beiden Artikel («*der Betrag nach den Arti-*

keln 3 und 4») ist die Erhöhung oder Verminderung ausgehend von dem um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbetrag zu berechnen.¹⁹⁵⁷

¹⁹⁵⁷ Noch nicht publizierter Entscheid der WEKO vom 2. Dezember 2013, Rz 1725, *Abreden im Bereich Luftfracht*.

1. Erschwerende Umstände

2609. Gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG gelten wiederholte Kartellgesetzverstösse (Bst. a), besonders hohe Gewinne (Bst. b) sowie die Verweigerung der Zusammenarbeit oder Behinderung der Untersuchungshandlungen (Bst. c) als erschwerende Umstände. Zumal weder ein besonders hoher Gewinn bewiesen werden kann, noch die Zusammenarbeit der Parteien mit den Behörden beanstandet wird, bleibt nur der wiederholte Verstoss gegen das Kartellgesetz zu prüfen. Art. 5 Abs. 2 SVKG zählt für Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zusätzlich noch weitere erschwerende Umstände auf. In casu ist lediglich das Vorliegen einer führenden Rolle gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG zu untersuchen.

Wiederholter Verstoss

2610. Wie von der WEKO rechtskräftig festgehalten, liegt ein wiederholter Verstoss gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG nicht nur vor, wenn einem Unternehmen bereits rechtskräftig beurteilte Verstösse gegen das Kartellgesetz aus früheren Verfahren vorgeworfen werden können. Vielmehr reicht es aus, wenn ein wiederholter Verstoss gegen das Kartellgesetz innerhalb einer Untersuchung zur beurteilen ist.¹⁹⁵⁸

2611. Vorliegend steht fest, dass Sanitas Troesch, Richner und Gétaz (CRH), Sabag sowie der SGVSB sowohl die Bruttopreissenkung 2005 als auch die Bruttopreissenkung 2012 miteinander vereinbart bzw. aufeinander abgestimmt haben. Sie sind daher Wiederholungstäter im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a KG. Mit Bezug auf die SGVSB-Mitglieder ist zu beachten, dass die Tatwiederholungen anhand des Dauerzuschlags erschwerend berücksichtigt werden. Der wiederholte Verstoss kann für sie bei der Sanktionsberechnung daher nicht ein zweites Mal erschwerend hinzugerechnet werden. Im Gegensatz dazu wurde Sanitas Troesch kein Dauerzuschlag angerechnet. Ihr kann das wiederholte Vorgehen angerechnet werden.

2612. In der Verfügung in Sachen «Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau» erhöhte die WEKO den Basisbetrag wegen Wiederholung folgendermassen: Mehr als 20 Beteiligungen führten zu einer Erhöhung des Basisbetrags um 200 %, 11-20 Beteiligungen wurden mit einer Erhöhung von 100 % bemessen und 3-10 Beteiligungen mit einer solchen um 50 %.¹⁹⁵⁹ Dieser Bemessung folgte die WEKO auch in ihrem Entscheid «Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.»¹⁹⁶⁰ In der Verfügung «Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren» berechnete die WEKO zwei Unternehmen wegen des zweimaligen Verstosses gegen das Kartellgesetz im Untersuchungszeitraum eine Erhöhung des Sanktionsbetrages um 20 %.¹⁹⁶¹

2613. Vor dem Hintergrund dieser Praxis und dem Umstand, dass die beiden Abreden jeweils zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führten, ist eine Erhöhung des Basisbetrages um 20 % für Sanitas Troesch begründet.

2. Mildernde Umstände

2614. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach

dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26 bis 30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 SVKG vermindert, wenn das Unternehmen: a. dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat; b. Vergeltungsmassnahmen, die zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede vereinbart waren, nicht durchgeführt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG). Die Aufzählung der mildernden Umstände ist nicht abschliessend.¹⁹⁶²

2615. Abgesehen von der passiven Rolle gewisser SGVSB-Mitglieder, die gleich im Anschluss noch abgehandelt wird, sind vorliegend keine mildernden Umstände ersichtlich. Auch mildernde Umstände im Sinne von Art. 6 Abs. 1 SVKG fallen ausser Betracht. Die Verfahrensparteien haben die Vereinbarung über die Bruttopreissenkung 2005 durchgeführt, obwohl das Sekretariat bereits vor der Vereinbarung eine Vorabklärung eröffnet hatte. Auch hat der SGVSB trotz Vorabklärung und trotz Empfehlung des Sekretariats im Oktober 2006, fortan keine gemeinsamen Bruttopreislisen mehr herauszugeben, noch bis Ende 2007 gemeinsame Bruttopreise geführt und zudem diverse weiteren Preisabreden weitergeführt. Bei Eröffnung der vorliegenden Untersuchung am 22. November 2011 war die Bruttopreissenkung 2012 bereits aufeinander abgestimmt und wirkte sich entsprechend noch aus. Dies kann den Parteien einerseits nicht zusätzlich erschwerend angerechnet werden, zumal dieser Kartellgesetzverstoss und dessen Wirkung bereits bei der Festlegung der Höhe des Basisbetrages bzw. der Berechnung des Dauerzuschlags beachtet wurde. Andererseits können die Parteien aber auch keinen mildernden Grund geltend machen.

Passive Rolle der Teampur Mitglieder

2616. In der Literatur wird der Standpunkt vertreten, eine passive Rolle sei etwa dann gegeben, wenn ein Unternehmen eine Wettbewerbsabrede lediglich nachvollzieht infolge Androhung von Retorsionsmassnahmen oder Zwang, bei den vorangehenden Treffen, Besprechungen und dergleichen jedoch nicht teilgenommen habe.¹⁹⁶³

¹⁹⁵⁸ RPW 2013/4, 625 Rz 977, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 114), Art. 49a KG N 67; diesen Autoren wohl folgend ROLF H. WEBER/SALIM RIZVI, Kommentar Wettbewerbsrecht II, Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), 2011, Art. 5 SVKG N 6.

¹⁹⁵⁹ RPW 2012/2, 409 f. Rz 1008 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

¹⁹⁶⁰ RPW 2013/4, 626 f. Rz 978 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁹⁶¹ RPW 2010/4, 763 Rz 412 ff., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

¹⁹⁶² Erläuterungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur SVKG, Artikel 5 und 6: Erschwerende und mildernde Umstände.

¹⁹⁶³ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 49a N 89.

2617. Wie dargelegt, wurden die Preise und das Sortiment der Teampur-Grossisten (Burgener, Kappeler, Innosan, Sanidusch) von den übrigen SGVSB-Mitgliedern bestimmt. Die «Preis- und Sortimentshoheit» der Teampur-Grossisten besteht erst seit 2012 (vgl. Rz 2029, Rz 2062 f.). Die Teampur-Grossisten waren bis im Jahr 2008 weder im Vorstand noch in irgendeinem anderen Verbandsgremium vertreten. Sie nahmen lediglich einmal jährlich an der Generalversammlung teil.

2618. Auch die Tatsache, dass ein Vertreter der Teampur-Grossisten seit 2008 die Interessen der anderen „Kleinen“ in der Sortimentskommission vertrat, ändert nichts an deren passiven Rolle. Vielmehr bestätigt der Umstand, dass die Teampur-Grossisten dennoch bis 2012 keine «Preis- und Sortimentshoheit» hatten, wie gering ihr Einfluss auf die Entscheide des Verbands und der grossen SGVSB-Mitglieder war. Ihre Rolle beschränkte sich im Wesentlichen auf den Nachvollzug der verbandsweiten Entscheide. Da die finanzstärkeren Unternehmen einen grösseren Verbandsbeitrag leisteten und damit scheinbar die kleineren SGVSB-Mitglieder bei der Katalogproduktion quersubventionierten, konnten sie auch genügend Druck auf diese ausüben, damit diese nicht von den Abmachungen abwichen. Sie standen damit auch unter einem gewissen faktischen Zwang. Aufgrund dieses Umstandes rechtfertigt sich eine Reduktion des um die Dauer erhöhten Basisbetrags von 30 % für die Teampur-Grossisten Burgener, Kappeler, Innosan und Sanidusch.

Kooperatives Verhalten

2619. Die Formulierung von Art. 6 Abs. 1 SVKG zeigt, dass die Aufzählung der mildernden Gründe nicht abschliessend ist.¹⁹⁶⁴ Entsprechend kann gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG kann auch kooperatives Verhalten ausserhalb einer Selbstanzeige sanktionsreduzierend berücksichtigt werden.¹⁹⁶⁵ Anlog zu Art. 12 Abs. 2 SVKG sollte die WEKO die Sanktion vor allem dann reduzieren, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. Massgebend für die Höhe der Reduktion dürfte demnach ebenfalls die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg sein.

2620. Gemäss BVGer muss das kooperative Verhalten, welches zu einer Reduktion der Sanktion führt, über das hinausgehen, was üblicherweise zur Ausübung der Verteidigungsrechte an den Tag gelegt wird.¹⁹⁶⁶

2621. Im vorliegenden Fall war die Kooperation von Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch insofern vorbildlich, als dass sich die Unternehmensverantwortlichen gegenüber den Behörden stets korrekt und freundlich verhielten. Dennoch leisteten die Parteien weder im Rahmen der Einvernahmen noch bei der Beantwortung der Fragebogen einen Beitrag, der über die Erledigung der gesetzlichen Pflichten hinausging. Es rechtfertigt sich daher keine Reduktion des nach Art. 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags.

2622. Dieselben Ausführungen gelten für den SGVSB. Die Unternehmensvertreter verhielten sich gegenüber den Sekretariatsmitarbeitern besonnen und hilfsbereit. Insbesondere der Verbandssekretär [...], der Leiter Da-

tenmanagement und Technik [...] und der in der Stammdatenverwaltung tätige [...] verhielten sich im Rahmen der Hausdurchsuchungen und den Einvernahmen stets korrekt und hilfsbereit, was die Ermittlungen erleichterte. Auch die Beantwortung der Fragebogen fiel korrekt aus. Es rechtfertigt sich insgesamt eine Reduktion des nach Art. 3-4 SVKG berechneten Sanktionsbetrags um 5 %.

2623. Die Mitarbeiter der Sabag verhielten sich nach Abschluss der Hausdurchsuchungen während des gesamten Verfahrens korrekt. Die Hausdurchsuchungen gestalteten sich bei den Unternehmen hingegen schwieriger als beim SGVSB. Der Unternehmensverantwortliche der Sabag äusserte sich gegenüber den verantwortlichen Sekretariatsmitarbeitern in zum Teil beleidigender Weise und unterbrach die Untersuchungsteams mehrfach bei ihrer Arbeit. Im Rahmen der Einvernahmen war das Verhalten der befragten Sabag-Unternehmensvertreter hingegen stets einwandfrei. Die Beantwortung der Fragebogen war zudem aufwändig und wurde von Sabag weit besser als von den vorgenannten Parteien erledigt. Die Beantwortung der Fragen ging über das geforderte Ausmass und unterstützte die Wettbewerbsbehörden bei der Ermittlung der Auswirkungen. Es rechtfertigt sich daher eine Reduktion des nach Art. 3-4 SVKG berechneten Sanktionsbetrags um 5 %.

2624. Mit Bezug auf das kooperative Verhalten von Sanitas Troesch ist folgender Umstand lobenswert hervorzuheben: Sanitas Troesch liess ihren Rechten entsprechend verschiedentlich elektronische Daten versiegeln. Statt nun das Sekretariat, wie das Unternehmen dies hätte tun können, ein Entsigelungsgesuch beim Bundesverwaltungsgericht einreichen zu lassen, erklärte sich Sanitas Troesch zu einer „informellen“ Entsigelung bereit. Für den Ablauf dieser Entsigelung sei auf das Aktenstück 202 verwiesen. Mit der informellen Entsigelung konnte das Sekretariat im Vergleich zu einem Entsigelungsverfahren vor Bundesverwaltungsgericht entscheidend an Zeit und Ressourcen einsparen. Anlässlich einer Einvernahme enervierte sich ein Unternehmensvertreter von Sanitas Troesch sehr und verhielt sich renitent, was die Durchführung der Einvernahme erschwerte. Der Unternehmensverantwortliche entschuldigte sich danach mehrfach für sein Verhalten, weshalb davon Umgang genommen wird, diesem Verhalten negativ Rechnung zu tragen.¹⁹⁶⁷ Auch die Beantwortung des Fragebogens gestaltete sich bei Sanitas Troesch aufwändig und wurde wirklich gut erledigt. Schliesslich reichte Sanitas Troesch am 20. Dezember 2013 unaufgefordert eine Eingabe ein, mit welcher sie ihren Standpunkt zum Sachverhalt darlegte. Insgesamt unterstützte

¹⁹⁶⁴ So auch CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 49a N 83.

¹⁹⁶⁵ Vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 49a N 86.

¹⁹⁶⁶ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 805 E.14.4.6 ff., *Gaba International AG/WEKO*.

¹⁹⁶⁷ Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass das Sekretariat in Zukunft eine Einvernahme in solchen Situationen abbricht und die betreffende Person zu einem anderen Termin vorlädt.

Sanitas Troesch die Wettbewerbsbehörden bei der Ermittlung des Sachverhaltes und half ihnen, das Verfahren zu beschleunigen. Die Kooperation ging insgesamt über das bloss gesetzlich vorgesehene Ausmass hinaus und bestand nicht nur in der Wahrung der Verteidigungsrechte. Es rechtfertigt sich daher eine Verminderung des nach Art. 3–4 SVKG berechneten Sanktionsbetrages um 10 %.

2625. Die Mitarbeiter von Gétaz und Richner (CRH) verhielten sich gegenüber den Sekretariatsmitarbeitern im Rahmen des gesamten Verfahrens äusserst korrekt. Anlässlich der Hausdurchsuchungen waren sie hilfsbereit. CRH reichte unaufgefordert am 21. Dezember 2012 eine Stellungnahme zum Preiswettbewerb ein und bemühte sich ebenfalls unaufgefordert im Rahmen eines Treffens mit dem Sekretariat am 12. April 2013 zusätzliche Erklärungen zu einem vom Sekretariat eingeforderten Fragebogen abzugeben. Die Beantwortung der aufwändigen Fragebogen war insgesamt wirklich gut. Auch diese Formen der Kooperation sind lobenswert und gehen über die gebotene Kooperationsbereitschaft im Sinne der genannten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hinaus, weshalb sich eine Reduktion des nach Art. 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags im Umfang von 10% rechtfertigt.

2626. Schliesslich war die Mitarbeit der Bringhen im Rahmen des Verfahrens in jeder Hinsicht tadellos. Die Hausdurchsuchung konnte ungehindert durchgeführt werden. Im Rahmen der Einvernahmen war das Verhalten der Bringhen-Mitarbeiter vorbildlich. Die Bringhen unterstützte das Sekretariat bei den Untersuchungen nicht nur mit zahlreichen Hinweisen auf den Markt, sondern bemühte sich im Rahmen der Beantwortung der Fragebogen, jegliche Unklarheiten auszuräumen. Die Bringhen fragte zur korrekten Aufarbeitung des Fragebogens mehrfach telefonisch beim Sekretariat über die zu liefernden Daten nach. Schliesslich fiel die Beantwortung des Fragebogens bezüglich Genauigkeit und Umfang über den Erwartungen des Sekretariats aus. Die Bringhen erleichterte die Ermittlung des Sachverhaltes klar über das vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Mass hinaus. Es rechtfertigt sich daher, den nach Art. 3-4 SVKG berechneten Sanktionsbetrag um 20 % zu reduzieren.

(iv) Übersicht über die beachteten erschwerenden und mildernden Umstände sowie das kooperative Verhalten.

2627. Unter Anbetracht sämtlicher erschwerender und mildernder Umstände sowie dem kooperativen Verhalten ergeben sich folgende Zuschläge und Abzüge des um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbetrags:

Tabelle 22: Erschwerende und mildernde Umstände, Reduktion der Sanktion

Unternehmen	Erschwerende Umstände		Mildernde Umstände		Zwischenergebnis (in CHF)
	(in %)	(in CHF)	(in %)	(in CHF)	
Bringhen	0 %	-	20 %	[...]	[...]
CRH	0 %	-	10 %	[...]	[...]
Innosan	0 %	-	30 %	[...]	[...]
Kappeler	0 %	-	30 %	[...]	[...]
Sabag	0 %	-	5 %	[...]	[...]
Burgener	0 %	-	30 %	[...]	[...]
Sanidusch	0 %	-	30 %	[...]	[...]
Sanitas Troesch	20 %	[...]	10 %	[...]	[...]
SGVSB	0 %	-	5 %	[...]	[...]

C.5.2.5.4 Maximale Sanktion

2628. Nach Art. 7 SVKG beträgt die maximale Sanktion in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes eines Unternehmens.

C.5.2.5.5 Verhältnismässigkeitsprüfung

2629. Schliesslich muss eine Busse als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für das betroffene Unternehmen finanziell tragbar sein.¹⁹⁶⁸ Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie einer Unternehmung zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden

Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht.¹⁹⁶⁹ Der Sanktionsbetrag sollte also einerseits zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen.¹⁹⁷⁰ Auf der anderen Seite

¹⁹⁶⁸ Vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 144.

¹⁹⁶⁹ So im Ergebnis auch REINERT (Fn 1820), Art. 49a KG N 14.

¹⁹⁷⁰ PATRICK KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 1/2003, 14, 15.

ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes mindestens die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.¹⁹⁷¹

2630. Vorliegend haben die Parteien über Jahre Absprachen getroffen. Setzt man die berechneten Bussen in Relation zu den von den Parteien in den vergangenen Jahren erwirtschafteten Unternehmensumsätzen, sind die Sanktionen tragbar.¹⁹⁷²

C.5.2.6 Ergebnis

2631. Zusammenfassend berechnet die WEKO die Sanktionen demnach wie folgt (vgl. Tabelle 23: Zusammenfassung der Sanktionsbeträge): Erstens wird für die Berechnung des Basisbetrags, aufgrund der vergleichsweise Schwere der Verstösse, ein Prozentsatz von 2 % herangezogen. Die resultierenden Beträge werden in einem zweiten Schritt – aufgrund der Dauer der Wettbewerbsverstösse – um 50 %, 55 %, 60 % und 70 % (vgl. Rz 2607) erhöht.

2632. Was Sanitas Troesch betrifft, haben die Wettbewerbsbehörden ausgehend vom Basisbetrag von 2 %

aufgrund der Bruttopreissenkungen in den Jahren 2005 und 2012 einen Wiederholungszuschlag in der Höhe von 20 % berechnet.

2633. Vom um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbetrag hat das Sekretariat in einem dritten Schritt zu Gunsten von Burgener, Innosan, Kappeler, und Sanidusch aufgrund ihrer passiven Rolle 30 % abgezogen.

2634. In einem weiteren Schritt hat das Sekretariat aufgrund des kooperativen Verhaltens die um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbeträge für den SGVSB um 5 %, Sabag um 5 %, für Gétaz und Richner (CRH) sowie für Sanitas Troesch um 10 % und schliesslich für Bringhen um 20 % herabgesetzt.

2635. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mindernden Faktoren erachten die Wettbewerbsbehörden eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als den Verstössen der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Tabelle 24: Zusammenfassung der Sanktionsbeträge

	Massgeblicher Umsatz	Sanktionsbetrag in Franken
Bringhen	[...]	[...]
CRH	[...]	[...]
Innosan	[...]	[...]
Kappeler	[...]	[...]
Sabag	[...]	[...]
Burgener	[...]	[...]
Sanidusch	[...]	[...]
Sanitas Troesch	[...]	[...]
SGVSB	[...]	[...]

D Kosten

D.1 Kostenverlegung

2636. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹⁹⁷³ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

2637. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn der nach Beweiswürdigung erstellte Sachverhalt als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren zwar verursacht haben, gegen die das Verfahren aber eingestellt wird, da sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten liessen.¹⁹⁷⁴ Wurde das Verfahren hinsichtlich mehrerer Anhaltspunkte eröffnet, besteht eine Gebührenpflicht nur hinsichtlich derjenigen Punkte, welche sich haben erhärten lassen und zum Erlass einer Verfügung geführt haben.¹⁹⁷⁵

2638. Im vorliegenden Verfahren steht fest, dass sich die Anhaltspunkte gegen San Vam und Spaeter nicht erhärten liessen. Die auf diese beiden Parteien entfallenden Anteile an den Verfahrenskosten werden zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden. Den übrigen Verfahrensparteien wurden Kartellrechtsverstösse gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG nachgewiesen.

¹⁹⁷¹ Vgl. Wettbewerbskommission, Erläuterungen zur KGSanktionsverordnung (SVKG), 2006, Art. 5: Erschwerende Umstände, Abs. 1 Bst. b, <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung.

¹⁹⁷² Vgl. Tabelle 14, 336, für die Unternehmensumsätze der Parteien.

¹⁹⁷³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹⁹⁷⁴ Vgl. noch nicht veröffentlichte Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 Rz 1832, *Abreden im Bereich Luftfracht*; vgl. BGE 128 II 247, 257 f. E 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f. Rz 6.1 e contrario, *BKW FMB Energie AG*), Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

¹⁹⁷⁵ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 806 E.16.1.3, *Gaba International AG/WEKO*.

2639. Verursacher eines Verfahrens sind diejenigen Unternehmen, die mit ihrem Verhalten Anstoss zu den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden gegeben haben.¹⁹⁷⁶ Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden gelten grundsätzlich alle Kartellteilnehmer gemeinsam und in gleichem Masse als dessen Verursacher und tragen daher die Kosten zu gleichen Teilen. Von diesem Grundsatz wird dann abgewichen, wenn er zu stossenden Ergebnissen führen sollte.¹⁹⁷⁷ Bei der Pro-Kopf-Verlegung der Kosten stehen praxisgemäss insbesondere Gleichheits- aber auch Praktikabilitätsabwägungen im Vordergrund.¹⁹⁷⁸ Die WEKO hat klargestellt, dass die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängt, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist. Demnach gilt das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG als «ein Kopf», unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht.¹⁹⁷⁹

2640. Sanitas Troesch war zwar nicht an den SGVSB-internen Abreden beteiligt, hingegen war der Ermittlungsaufwand für Sanitas Troesch als einer der Hauptakteure der Wettbewerbsverstösse nicht geringer als für die grösseren SGVSB-Mitglieder. So wurde bei Sanitas Troesch gleich wie bei den anderen grösseren SGVSB-Mitgliedern eine Hausdurchsuchung durchgeführt (inkl. Standortwechsel). Sanitas Troesch wurde ferner in gleicher Weise schriftlich und mündlich befragt wie die übrigen Verfahrensparteien und verursachte für die Aktenführung und den Aktenversand denselben Aufwand. Die Wettbewerbsbehörden mussten die Gegebenheiten des dreistufigen Sanitär-grosshandelsmarkts zudem unabhängig davon untersuchen, ob Sanitas Troesch SGVSB-Mitglied war. Der überwiegende Anteil des Antrags und der Verfügung bezieht sich zudem auf Sachverhalte an denen Sanitas Troesch als Hauptakteurin involviert war. Aus der Sicht der Wettbewerbsbehörden liegt daher kein stossendes Ergebnis vor, wenn Sanitas Troesch Kosten zu den gleichen Teilen zu tragen hat wie die grossen SGVSB-Mitglieder.

2641. Im Gegensatz dazu waren die an den Abreden teilnehmenden Teampur-Grossisten im vorliegenden Verfahren passive Kartellmitglieder, welche die Beschlüsse der Verbandsgremien lediglich nachvollzogen. Sie waren bis im Jahr 2008 in keinem einzigen Gremium des SGVSB vertreten und wurden auch ab diesem Zeitpunkt nur von einem gemeinsamen Vertreter in der Sortimentskommission repräsentiert. Dieser Umstand zeigt, dass die SGVSB-Mitglieder mit einer Stimme und somit als eine Partei agierten. Entsprechend der passiven Rollen und der gemeinsamen Vertretung verursachten sie einen ungleich geringeren Untersuchungsaufwand. Es würde daher dem Verursacherprinzip und dem Gleichbehandlungsgrundsatz in stossender Weise widersprechen, wenn im vorliegenden Fall die Verfahrenskosten jedem einzelnen Teampur-Grossisten zu gleichen Teilen wie den übrigen Parteien auferlegt würden. Die Verfahrenskosten für die Teampur-Grossisten werden daher getrennt von den übrigen Parteien ausgeschrieben.

2642. Nach Artikel 4 Absatz 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100.– bis 400.– Franken. 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).

2643. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 130 bis 290 Franken. Der Zeitaufwand für die vorliegende Untersuchung beläuft sich auf insgesamt [8'080.27] Stunden. Davon entfallen 25 Stunden auf Ermittlungshandlungen in Bezug auf den Verdachtsmoment von unzulässigen Gebietsabreden und [8'055.27] Stunden auf Ermittlungshandlungen in Bezug auf den Verdachtsmoment von unzulässigen Preisabreden. Der Zeitaufwand wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- [1'147.07] Stunden zu CHF 130, ergebend CHF [149'119.10],
- [6'653.10] Stunden zu CHF 200, ergebend CHF [1'330'620],
- [280.10] Stunden zu CHF 290, ergebend CHF [81'229],

2644. Die Verfahrenskosten für die Untersuchung belaufen sich gesamthaft auf CHF [1'560'968]. Praxisgemäss sind CHF [2'000] für das Entsigelungsverfahren von Sanitas Troesch und CHF [3'968] für das Entsigelungsverfahren von CRH abzuziehen,¹⁹⁸⁰ die den betroffenen Gesellschaften auferlegt werden. Die auf sämtliche Parteien zu verteilenden Verfahrenskosten betragen damit CHF [1'555'000]. Davon entfallen CHF 5'000 auf die Ermittlungshandlungen im Zusammenhang mit dem Verdachtsmoment von unzulässigen Gebietsabreden. Da sich die Anhaltspunkte für bestehende Gebietsabreden nicht haben erhärten lassen sind diese CHF 5'000 auszuscheiden und entfallen zu Lasten der Staatskasse. Schliesslich ist der verbleibende Betrag von CHF [1'550'000] unter den Parteien zu verteilen. Der Verfahrenskostenanteil aller Teampur-Grossisten – Burgener, Innosan, Kappeler, San Vam, Sanidusch und Spaeter – beträgt CHF [300'000]. Hiervon ist Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch jeweils ein Sechstel oder CHF [50'000] aufzuerlegen. Die den Verfahrensparteien San Vam und Spaeter zuzurechnenden Verfahrenskosten von insgesamt [100'000] werden zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden. Die restlichen Verfahrenskosten von CHF [1'250'000] sind durch die verbleibenden fünf Parteien zu teilen, was einen Betrag von CHF [250'000] pro Kopf ausmacht.

¹⁹⁷⁶ RPW 2012/3, 656 Rz 371, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

¹⁹⁷⁷ Noch nicht publizierte Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013, Rz 1830, *Abreden im Bereich Luftfracht*; RPW 2013/4, 646 Rz 1043, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁹⁷⁸ RPW 2013/4, 646 Rz 1043, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁹⁷⁹ RPW 2013/4, 646 Rz 1043, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁹⁸⁰ RPW 2013/4, 647 Rz 1050, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

2645. Die Gebühren für die einzelnen Unternehmen betragen demnach:

Partei	Gebühren
Bringhen	CHF 250'000.00
Burgener	CHF 50'000.00
CRH	CHF 250'000.00
Innosan	CHF 50'000.00
Kappeler	CHF 50'000.00
Sabag	CHF 250'000.00
Sanidusch	CHF 50'000.00
Sanitas Troesch	CHF 250'000.00
SGVSB	CHF 250'000.00

D.2 Keine Parteientschädigung

2646. Spaeter beantragte eine Parteientschädigung. Sie begründet dies im Wesentlichen mit fünf Gründen:

1. Dem Kartellverfahren komme gemäss Bundesgericht strafrechtlicher Charakter zu. Nach Art. 429 Abs. 1 StPO habe die beschuldigte Person Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte, wenn sie ganz oder teilweise freigesprochen oder das Verfahren gegen sie eingestellt werde. Dabei sei entscheidend, dass der Beizug eines Rechtsbeistandes notwendig sei, was vorliegend der Fall sei. Ferner bestehe kein Herabsetzungsgrund gemäss Art. 430 Abs. 1 StPO. Spaeter habe die Einleitung des Verfahrens weder schuldhaft verursacht noch dessen Durchführung erschwert.
2. Die StPO auch anwendbar, weil Art. 1 StPO alle Verfolgungen und Beurteilungen von Straftaten nach Bundesrecht durch Strafbehörden des Bundesrechts regle. Der StPO sei nicht zu entnehmen, dass diese nur für das Kernstrafrecht und nicht auch für das Nebenstrafrecht gelte.
3. Die bisher ergangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts will Spaeter nicht gelten lassen. Die Rechtsprechung sei mit Bezug auf Verfahren ergangen, welchen kein Strafcharakter zukäme oder sie begnüge sich damit, darauf hinzuweisen, dass es im Kartellgesetz keinen Verweis auf die StPO gebe.
4. Sofern kein strafprozessualer Anspruch auf eine Parteientschädigung bestehe, bestünde ein Anspruch gestützt auf Art. 8 BV. Es verstosse in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden, wenn ein Unternehmen zu Unrecht in ein Untersuchungsverfahren mit strafrechtlichem Charakter

einbezogen würde und «seinen Unschuldsbeweis selber finanzieren müsse.»

5. Schliesslich verletze es Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV, wenn aus dem Kostenentscheid in einem Einstellungsbeschluss direkt oder indirekt hervorgehe, dass die angeklagte Person ein Verschulden treffe.

Zu Punkt 1 und 2

2647. Zu Punkt 1 und 2 ist folgendes zu sagen: Spaeter schliesst vom strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter des Kartellverfahrens auf die Anwendbarkeit der StPO. Dieser Schluss ist nicht korrekt. Die Qualifikation des Kartellverfahrens als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK bzw. als Verfahren mit strafrechtlichem Charakter führt zur Anwendung der in der EMRK und der Bundesverfassung festgelegten verfahrensrechtlichen Mindestgarantien. Dies bedeutet hingegen nicht, dass die StPO zur Anwendung gelangt. Das Bundesgericht hält ausdrücklich fest, dass die «entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV [...] demnach grundsätzlich anwendbar» seien, wobei über «ihre Tragweite [...] bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden» sei.¹⁹⁸¹

2648. Art. 1 StPO ist in der Schweizerischen Strafprozessordnung systematisch dem «1. Kapitel: Geltungsbereich und Ausübung der Strafrechtspflege² zugeordnet. Das Kapitel 1 umfasst zwei Artikel: Einerseits Art. 1 StPO, der den Geltungsbereich regelt und andererseits Art. 2 StPO, der die Ausübung der Strafrechtspflege regelt. Die beiden Artikel sind folglich im Zusammenhang zu lesen. Art. 1 Abs. 1 StPO besagt, dass die StPO

¹⁹⁸¹ BGE 139 I 72, E. 2.2.2.

die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten nach Bundesrecht durch die Strafbehörden des Bundes und der Kantone regle. Art. 2 Abs. 1 StPO stellt klar, dass die Strafrechtspflege – welche begrifflich die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten des Bundesrechts umfasst – einzig dem vom Gesetz bestimmten Behörden zusteht. Der 2. Titel Strafbehörden (Art. 12 ff. StPO) handelt die Strafbehörden ab. Dazu gehören gemäss Art. 12 StPO die Strafverfolgungsbehörden (Polizei, Staatsanwaltschaft, Übertretungsstrafbehörden) und gemäss Art. 13 StPO die Gerichte (Zwangsmassnahmengericht, erstinstanzliches Gericht, Beschwerdeinstanz, Berufungsgerecht). Die StPO sieht einen *Numerus clausus der Strafbehörden* vor, andere Strafbehörden gibt es keine.¹⁹⁸² Gemäss Art. 2 Strafbehördenorganisationsgesetz (StBOG) bestehen die Strafbehörden des Bundes¹⁹⁸³ aus der Polizei, der Bundesanwaltschaft, dem Bundesstrafgericht, dem Bundesgericht sowie den kantonalen Zwangsmassnahmengerichten, wenn sie für den Bund tätig werden. Weder die WEKO noch ihr Sekretariat fallen daher gemäss Gesetz unter den Numerus Clausus der Strafbehörden von Art. 2 StPO. Die StPO findet auf Kartellverfahren keine Anwendung. Anders ausgedrückt sind die Wettbewerbsbehörden nicht befugt, die StPO anzuwenden.

Zu Punkt 4 und 5

2649. Was die Vorbringen von Spaeter zur Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV betrifft, genügt der Hinweis, dass die Unschuldsvermutung allenfalls bei einer Auferlegung der Verfahrenskosten betroffen wäre.¹⁹⁸⁴ Vorliegend geht es nicht um die Verfahrenskosten, welcher der Spaeter nicht auferlegt wurden, sondern um die Parteientschädigung. Eine solche ist im Übrigen selbst nach StPO nur unter den in Art. 429 StPO genannten Voraussetzungen geschuldet und kann gemäss Art. 430 StPO herabgesetzt oder gar verweigert werden, ohne dass dadurch die Unschuldsvermutung verletzt wäre. Da die StPO nicht anwendbar ist, kann eine nähere Prüfung von Art. 429 f. StPO ausbleiben.

2650. Schliesslich ist auch die Berufung auf Art. 8 BV verfehlt. Zumal die Wettbewerbsbehörden mangels gesetzlicher Grundlage und gemäss Rechtsprechung (vgl. dazu soeben zu Punkt 3) keine Parteientschädigung entrichten, ist nicht ersichtlich inwiefern sie Spaeter im Vergleich zu anderen Parteien, in derselben Situation ungleich behandeln sollten. Soweit Spaeter sich mit Parteien aus dem Kernstrafrecht vergleicht – wozu das Kartellgesetz gemäss Bundesgericht nicht gehört – liegt eine vom Gesetzgeber gewollte Unterscheidung vor. Denn der Gesetzgeber lehnte nicht nur eine Revision des Kartellgesetzes und damit des Kartellverfahrensrechts ab, sondern verzichtet auch darauf, die Wettbewerbsbehörden als Strafverfolgungsbehörden zu qualifizieren (vgl. Art. 2 StBOG). Wie das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, liegt im Umstand, dass es im erstinstanzlichen, nichtstreitigen Verwaltungsverfahren keine Parteientschädigung gibt, keine echte Gesetzeslücke,¹⁹⁸⁵ welche von den Rechtsanwendungsbehörden gegebenenfalls geschlossen werden könnte. Vielmehr müsste der Gesetzgeber eine andere Regelung vorsehen.

Zu Punkt 3

2651. Die Wettbewerbsbehörden sind an Bundesrecht und Völkerrecht gebunden (Art. 190 BV) und können sich über eindeutige Rechtsprechung dazu nicht hinwegsetzen. Die Rechtsprechung zur Parteientschädigung im Kartellrecht ist eindeutig. Gemäss dem rechtskräftigen Urteil der REKO/WEF¹⁹⁸⁶ ist Parteien im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren keine Parteientschädigung zu gewähren.¹⁹⁸⁷

E Ergebnis

2652. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen gelangt das Sekretariat zu folgendem Ergebnis:

2653. Erstens ist festzustellen, dass die Unternehmen Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringham und die Teampur-Grossisten (Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch) sowie SGVSB vereinbarten:

- i. bis 2007 gemeinsame Bruttopreise (Rz 1820 ff.) zu führen,
- ii. ab 2009 keine oder nur geringe Rabatte auf Zubehör für Waschautomaten und Tumbler (Rz 1890 ff.) mehr zu gewähren,
- iii. 2007 eine generelle Margenerhöhung durchzuführen,
- iv. bis 2011 im Falle von unterjährigen oder jährlichen Herstellerpreisänderungen, die im System hinterlegten Basisrichtpreise dieser Hersteller (Rz 1937 ff.) vom SGVSB im selben Umfang und Zeitpunkt anpassen zu lassen,
- v. nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1909 ff.),
- vi. bis 2012 die gemeinsam festgelegte Höhe der Transport- und Einbaukosten (Rz 1962 ff.) einzuhalten,
- vii. einheitliche Eurokurse (Rz 1980 ff.) für von Herstellern in Euro verrechnete Produkte zu berechnen,
- viii. die Bruttopreise der Teampur-Grossisten (Rz 2015 ff.) festzulegen,
- ix. welche Produkte in die Stammdaten aufgenommen werden sollten und
- x. welche Produktauswahl in den Teampur-Katalogen zu führen war.

¹⁹⁸² ANDREAS J. KELLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, 2010, Art. 12 N 2; vgl. auch Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, 1127, Punkt 2.1.1.

¹⁹⁸³ Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), SR 173.71.

¹⁹⁸⁴ Urteil des BGer 6B_540/2013 vom 17. März 2014, E.1.3.

¹⁹⁸⁵ BVerfG B-362/2010 vom 3. Dezember 2013 Bayer (Schweiz) AG/WEKO, E. 10.3.3. (aufgehoben).

¹⁹⁸⁶ Entscheid der REKO/WEF, RPW 200/4, 709 ff., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*; vgl. ferner BGE 132 II 47, 62 E. 5.2; BGE 140 V 116, 120 E. 3.4.2.

¹⁹⁸⁷ Vgl. auch das allerdings aufgehobene Urteil des BVerfG B-362/2010 vom 3. Dezember 2013 Bayer (Schweiz) AG/WEKO, E. 10.

2654. Die Vereinbarungen gemäss Rz 2653 Ziffern (i) bis (viii) sind Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, die in Rz 2653 Ziffern (ix) und (x) genannten Vereinbarungen sind Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG. Insgesamt bewirkten sie eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG bzw. Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 2449 ff.). Sowohl wettbewerbsbeseitigende als auch die den wirksamen Wettbewerb erheblich einschränkende Abreden sind gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

2655. Zweitens ist festzustellen, dass die Unternehmen Sanitas Troesch, Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringhen, Kappeler und Sanidusch sowie der SGVSB vereinbarten:

- i. die Bruttopreise zwischen 1997 (Rz 799 ff.), 1998 (inkl. Margen) (Rz 826 ff.), 1999 (Rz 852 ff.), 2000 (Rz 867), 2001 (Rz 939 ff.), 2002 (Rz 967 ff.) und 2003 (Rz 982 ff.) festzulegen,
- ii. das Bruttopreinsniveau 2004/2005 (Rz 1040 ff.) gemeinsam festzulegen und
- iii. verschiedene Warenumsatzkategorien und Rabattgruppen festzulegen.

2656. Drittens stimmten Sanitas Troesch, Gétaz und Richner (CRH), Sabag und Innosan unter Mithilfe des SGVSB die Bruttopreissenkung und das damit einhergehende Rabattniveau für das Jahr 2012 aufeinander ab.

2657. Sowohl die in Rz 2655 als auch die in Rz 2656 genannten Vereinbarungen stellen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar, welche den Wettbewerb beseitigt haben. In Übereinstimmung mit Art. 49a Abs. 1 KG sind die Abreden gemäss Rz 2655 Ziffern (ii) i.V.m. (iii) sowie Rz 2656 zu sanktionieren. Was die Abreden gemäss Rz 2655 Ziffer (i) betrifft, entfällt deren Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG. Hingegen ist festzustellen, dass diese Abreden verboten sind.

2658. Viertens ist festzustellen, dass Sanitas Troesch, Bringhen, Burgener und Gétaz (CRH) zwischen 1999 und 2002 vereinbarten (vgl. Rz 1773):

- i. bei Kleinlieferungen keinen Rabatt zu gewähren und den Team-Preis zu verrechnen. Mit andern Worten bestimmten sie den Endverkaufspreis für Kleinlieferungen.
- ii. bei Verkäufen bis CHF 10'000.– eine Rabattpanweite von 1–10 % plus MWST und ab CHF 100'000.– Rabatte zwischen 1–15 % plus MWST zu verrechnen.
- iii. Installateuren auf den Nettoverkaufspreis 5 % Rabatt zu gewähren.

2659. Fünftens steht fest, dass Bringhen und Gétaz zwischen 2003 bis 2011 u.a. vereinbarten, Privaten Einzelteile oder Ersatzteile nur zu Bruttopreisen zu verkaufen (vgl. Rz 1784).

2660. Die in Rz 2658 und Rz 2659 aufgeführten Vereinbarungen stellen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, welche nebst den in Rz 2653 bis 2656 aufgezählten Abreden in Erscheinung traten. Zusammen mit den übrigen Abreden bewirkten sie damit zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 2449 ff.). Sowohl wettbewerbsbeseitigende als auch die den wirksamen Wettbewerb erheblich einschränkende Abreden sind gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren. Die in Rz 2659 genannten Abreden sind gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. den Schlussbestimmungen des KG ab dem 1. April 2004 sanktionierbar. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG entfällt hingegen für die in Rz 2658 genannten Abreden eine Sanktionierung. Es ist aber festzustellen, dass diese Abreden verboten sind.

2661. Erstens wird Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringhen, Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch sowie dem SGVSB unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt die in Rz 2653 i bis x genannten Abreden auszuüben.

2662. Zweitens wird Sanitas Troesch, Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringhen, Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch sowie dem SGVSB unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, die in Rz 2655 i bis iii erwähnten Abreden auszuüben.

2663. Drittens wird Sanitas Troesch, Gétaz und Richner (CRH), Sabag und dem SGVSB unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, die in Rz 2656 genannten Abreden auszuüben.

2664. Viertens wird Sanitas Troesch, Burgener, Bringhen und Gétaz (CRH) unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, die in Rz 2658 i bis iii genannten Abreden auszuüben.

2665. Fünftens wird Bringhen und Gétaz (CRH) unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, die in Rz 2659 genannten Abreden auszuüben.

2666. Die in Rz 2653 bzw. 2655 genannten Unternehmen sind an diesen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 2631 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung von insgesamt CHF 283'217'841 angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. C.5.2.5.).

2667. Die Untersuchung gegen die San Vam sowie die Spaeter wird eingestellt. Die auf San Vam SA und die Spaeter Chur AG entfallenden Verfahrenskosten von je CHF [50'000.–], insgesamt ausmachend CHF [100'000.–], werden zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Ferner werden CHF 5'000.– wegen der bezüglich der Gebietsabrede

eingestellten Untersuchungen zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden.

2668. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 2653 bzw. 2655 genannten Unternehmen die verbleibenden Verfahrenskosten (vgl. Rz 2636 ff.) von CHF [1'450'000.–] zu tragen.

F Dispositiv

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

1 Den Parteien Bringhen AG, Cement Roadstone Holding plc. (handelnd durch die BR Bauhandel AG und Gétaz Miauton SA, Regusci Reco SA), Innosan SA, Kappeler AG, Sabag Holding AG, SAB Sanitär-Apparate Burgener AG, Sanidusch AG und Schweizerischer Grosshandelsverband der Sanitären Branche wird untersagt,

1.1 gemeinsame Bruttopreise bzw. das Bruttopreisniveau festzulegen,

1.2 gemeinsam Rabattgruppen festzulegen und zu bestimmen, ob und in welchem Umfang auf Produkte oder Produktkategorien Rabatte zu gewähren sind,

1.3 gemeinsam die Höhe von Margen festzulegen,

1.4 die Höhe der in der Stammdatenverwaltung hinterlegten Basisrichtpreise gemeinsam im selben Umfang und zum selben Zeitpunkt zu verändern,

1.5 gemeinsam festzulegen, ob ein Unternehmen ein Brutto- oder Nettopreissystem führt,

1.6 die Höhe von Transport- und Einbaukosten gemeinsam festzulegen,

1.7 gemeinsam für von Herstellern in ausländischer Währung verrechnete Produkte die Wechselkurse festzulegen,

1.8 gemeinsam die Bruttopreise von einzelnen Mitgliedern des SGVSB gemeinsam festzulegen,

1.9 gemeinsam die Produkte festzulegen, welche in die Stammdaten aufgenommen werden,

1.10 gemeinsam die Produktauswahl festzulegen, welche in den Bruttopreiskatalogen der Mitglieder geführt werden müssen.

2 Den Parteien Bringhen AG, Cement Roadstone Holding plc. (handelnd durch die BR Bauhandel AG und Gétaz Miauton SA, Regusci Reco SA), Innosan SA, Kappeler AG, Sabag Holding AG, SAB Sanitär-Apparate Burgener AG, Sanidusch AG, Sanitas Troesch AG und Schweizerischer Grosshandelsverband der Sanitären Branche wird untersagt,

2.1 gemeinsam die Bruttopreise bzw. das Bruttopreisniveau festzulegen,

2.2 gemeinsam die zu den Bruttopreisen korrespondierenden Rabatte bzw. das Rabattniveau festzulegen,

2.3 gemeinsam die Höhe von Margen festzulegen,

2.4 gemeinsam Rabattgruppen und Warenumsatzkategorien festzulegen,

3 Sanitas Troesch AG, Bringhen AG und Gétaz Miauton SA (CRH) wird verboten, gemeinsam

3.1 Endverkaufspreise für Produkte festzulegen,

3.2 zu gewährende Rabattbandbreiten zu vereinbaren und

3.3 die Höhe der an die Abnehmer gewährten Rabatte zu bestimmen.

4 Folgende Parteien werden für das in den Erwägungen beschriebene Verhalten wegen Beteiligung an den festgestellten unzulässigen Preis- und Mengenabreden gemäss Artikel 5 Absatz 1 und 3 Buchstabe a und b mit folgenden Beträgen belastet:

- Bringhen AG CHF [...]

- Cement Roadstone Holding plc (BR Bauhandel AG; Gétaz Miauton SA, Regusci Reco SA) CHF [...]

- Innosan SA CHF [...]

- Kappeler AG CHF [...]

- Sabag Holding AG CHF [...]

- SAB Sanitär-Apparate Burgener AG CHF [...]

- Sanidusch AG CHF [...]

- Sanitas Troesch AG CHF [...]

- Schweizerischer Grosshandelsverband der Sanitären Branche CHF [...]

5 Die Untersuchung gegen die San Vam SA und die Spaeter Chur AG wird eingestellt.

6 Die Verfahrenskosten betragen insgesamt CHF 1'555'000. Die auf San Vam SA und die Spaeter Chur AG entfallenden Verfahrenskosten von je CHF 50'000, insgesamt ausmachend CHF 100'000, werden zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Ferner werden CHF 5'000.– wegen der bezüglich der Gebietsabrede eingestellten Untersuchungen zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Die verbleibenden Verfahrenskosten von CHF 1'450'000 werden den Parteien wie folgt auferlegt:

- Bringhen AG, CHF 250'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000;

- Cement Roadstone Holding plc, CHF 250'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000;

- Innosan SA, CHF 50'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000;

- Kappeler AG, CHF 50'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000;

- Sabag Holding AG, CHF 250'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000;
 - SAB Sanitär-Apparate Burgener AG, CHF 50'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000;
 - Sanidusch AG, CHF 50'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000;
 - Sanitas Troesch AG, CHF 250'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000;
 - Schweizerischer Grosshandelsverband CHF 250'000 unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000.
- 7 Das Gesuch auf Parteikostenentschädigung der Spaeter Chur AG für die Untersuchung 22-0420 Badezimmer vor der WEKO und dem Sekretariat wird abgewiesen.
- 8 Die beschlagnahmten Original-Papierdokumente werden der jeweils berechtigten Person nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zurückgegeben und sämtliche beim Sekretariat vorhandenen, gespiegelten elektronischen Daten, welche diese Untersuchung betreffen, werden nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gelöscht.
- 9 Die Verfügung ist zu eröffnen an:
- BR Bauhandel AG, Gétaz Miauton SA und Regusci Reco SA (Cement Roadstone Holding plc. CRH) vertreten durch [...]
 - Bringhen AG, vertreten durch [...]
 - Innosan SA, vertreten durch [...]
 - Kappeler AG, vertreten durch [...]
 - SABAG Holding AG, vertreten durch [...]
 - SAB Sanitär Burgener AG, vertreten durch [...]
 - Sanidusch AG, vertreten durch [...]
 - Sanitas Troesch AG, vertreten durch [...]
 - San Vam SA, vertreten durch [...]
 - Spaeter Chur AG, vertreten durch [...]
- Schweizerischer Grosshandelsverband der Sanitären Branche SGVSB, vertreten durch [...]
- [Rechtsmittelbelehrung]
- G Anhänge**
- G.1 Sitzungen Generalversammlung**
[...]
- G.2 Sitzungen Vorstand**
[...]
- G.3 Sitzungen Sortimentskommission**
[...]
- G.4 Sitzungen Kooperationsrat**
[...]
- G.5 Treffen zwischen Sanitas Troesch und SGVSB**
[...]
- G.6 Marktanteile**
[...]
- G.7 Räumliche Ausdehnung der Grosshändler-tätigkeit**
[...]
- G.8 Bruttopreisentwicklung**
[...]
- G.9 Kalkulationsfaktoren und Umrechnungsfaktoren**
[...]
- G.10 Rabattentwicklung**
[...]
- G.11 Rabattklassen Sanitas Troesch**
[...]

Einstellungsverfügung vom 27. Mai 2019 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Edelmetalle wegen möglicherweise unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung bilden diverse Verhaltensweisen im Bereich des Handels mit Edelmetallen, welche möglicherweise Abreden im Sinne des Kartellgesetzes sein könnten. Als Edelmetalle (Precious Metals = PM) gelten dabei Gold, Silber, Platin und Palladium.

2. Zu beurteilen sind Kommunikationen (Chats) zwischen hauptsächlich in Singapur stationierten Händlern der Untersuchungsadressatinnen, welche folgende Verhaltensweisen darstellen könnten:

- (1) Allfällige Vereinbarungen von Bid-/Offer-Spreads im Edelmetallhandel. Beim Spread handelt es sich um die Differenz zwischen dem Bid- und Offer-Preis zu dem ein Edelmetallhändler bereit ist, ein gewisses Edelmetall zu handeln; er korreliert mit der Gewinnmarge auf einer Transaktion. Spreads sind einer der Parameter, in Bezug auf welche Edelmetallhändler miteinander im Kundengeschäft sowie im Interbanken-Handel konkurrieren. Ein engerer Spread entspricht einem kompetitiveren Preis aus Kundensicht, führt aber zu einer geringeren möglichen Gewinnmarge der Bank bzw. des Handelshauses.
- (2) Allfällige Koordinierungen von Kaufs- und Verkaufsstrategien um von Marktbewegungen zu profitieren und um sogenannte «Stop loss Orders» auszulösen.
- (3) Allfälliger Austausch von vertraulichen Informationen, etwa über Handelspositionen, Handelsstrategien und spezifische pendente oder bevorstehende Aufträge.

3. Es stellt sich die Frage, ob diese Verhaltensweisen zwischen den Edelmetallhändlern der Untersuchungsadressatinnen zu einem Kartellrechtsverstoss in der Form einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG geführt haben.

A.2 Prozessgeschichte

4. Im Jahr 2014 wurde beim Sekretariat eine Selbstanzeige mündlich zu Protokoll gegeben. Darin wurden mögliche unzulässige Absprachen im Bereich des Handels mit Edelmetallen angezeigt. Bis zum 26. Mai 2016 ergänzte die Selbstanzeigerin ihre Selbstanzeige in mehreren mündlichen Protokollaussagen.

5. Am 23. September 2015 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit dem Präsidenten eine Untersuchung gegen (in alphabetischer Reihenfolge): Bank Julius Bär & Co. AG (Julius Bär), Barclays Bank plc (Barclays), Deutsche

Bank Aktiengesellschaft (Deutsche Bank), HSBC Bank plc. (HSBC), Mitsui & Co. Precious Metals, Inc. (MPM), Morgan Stanley, Morgan Stanley & Co. LLC (Morgan Stanley) und UBS (alle zusammen Untersuchungsadressatinnen). Gleichzeitig wurde der ersten Selbstanzeigerin gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG mitgeteilt, dass sie die Voraussetzungen für die «conditional leniency» erfüllt hat. Bereits vor der Untersuchungseröffnung trat der damalige Direktor des Sekretariates in den Ausstand aufgrund einer Verwandtschaftsbeziehung zu einer Person, die bei einer der Untersuchungsadressatinnen angestellt war.

6. Nach der Verfahrenseröffnung erfolgten zwei weitere Selbstanzeigen, welche in mehreren mündlichen Protokollaussagen ergänzt wurden.

7. Mit den Verhaltensweisen war nicht nur die WEKO, sondern waren namentlich auch die Europäische Kommission, das US-amerikanische Departement of Justice (DoJ), die Competition Commission of Singapore (CCS), die Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), die New Zealand Commerce Commission (NZCC) sowie das britische Office of Fair Trading (OFT) befasst.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

8. Das Kartellgesetz (KG)¹ 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).

9. Bei Konzernen stellen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG dar. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.²

10. Bei den Untersuchungsadressatinnen handelt es sich je um Banken-Gruppen unter einheitlicher Leitung. Julius Bär, Barclays, Deutsche Bank, HSBC, MPM, Morgan Stanley und die UBS bilden Konzerne, welche als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllen.

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

² 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, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 2.4, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*. Vgl. auch JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

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

12. 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 Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. 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.³

13. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

14. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden. Erwähnt sei immerhin, dass es gemäss dem Bundesgericht genügt, wenn sich ein Auslandsachverhalt in der Schweiz auswirken *kann*, woraus folgt, dass die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 nicht notwendig und auch nicht zulässig ist.⁴ Der Umstand, dass die Händler hauptsächlich in Singapur tätig waren, führt daher nicht dazu, dass das Kartellgesetz nicht anwendbar wäre.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

15. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG)⁵. Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

B.3 Einstellung der Untersuchung 22-0455: Edelmetalle

B.3.1 Zuständigkeit

17. Die Einstellung einer Untersuchung stellt für die davon Betroffenen eine verfahrensabschliessende Anordnung dar, die grundsätzlich von der WEKO zu erlassen ist (Art. 18 Abs. 3 KG). Ausnahmsweise ist die Kammer für Teilverfügungen der WEKO zuständig, wenn die Einstellung nur gegenüber einem Teil der Verfahrenspartei-

en erfolgt (Art. 19 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Abs. 1 GR-WEKO⁶). Im vorliegenden Fall soll das Verfahren gegenüber allen Parteien eingestellt werden, weshalb die Gesamtkommission der WEKO zuständig ist.

B.3.2 Voraussetzung der Verfahrenseinstellung im Allgemeinen

18. Die Voraussetzungen der Verfahrenseinstellung sind im Kartellrecht nicht explizit geregelt. Aus der Natur und dem Zweck kartellrechtlicher Untersuchungen folgt, dass die WEKO eine Untersuchung dann mit einer Einstellungsverfügung abschliesst, wenn das untersuchte Verhalten entweder kartellrechtlich unbedenklich ist oder nach durchgeführten Ermittlungsmassnahmen durch das Sekretariat kein Kartellverstoss nachgewiesen wurde oder nachgewiesen werden konnte.

B.3.3 Kein Nachweis für das Vorliegen eines Kartellrechtsverstosses

19. Auslöser der vorliegenden Untersuchung war die Bonusmeldung der ersten Selbstanzeigerin, wonach sie Hinweise auf mögliche Verstösse im Handel mit Edelmetallen gefunden habe.

20. Nicht Gegenstand des angezeigten Verhaltens ist – im Gegensatz zu den LIBOR/TIBOR/EURIBOR-Fällen oder zum Fall Währungswechselkurse – die Koordinierung zur Beeinflussung von Benchmark-Rates oder -Fixings. Kern des untersuchten Verhaltens bilden Austausche bezüglich Bid-/Offer-Spreads betreffend der Spot-Preise im Interbanken Handel. Der Edelmetall Spot Handel findet nicht an einer zentralisierten Börse statt; er ist vielmehr ein over-the-counter («OTC») Geschäft, bei dem die Teilnehmer direkt miteinander kommunizieren. OTC Handel wird oft über elektronische Handelsplattformen durchgeführt, die direkt die Kaufs- und Verkauforders für die verschiedenen Metalle sammeln und eine augenblickliche Ausführung des Handels ermöglichen.

21. Die Analyse der eingereichten Chats hat ergeben, dass sich die Händler zwar zuweilen über die von ihnen angebotenen Spreads ausgetauscht haben, dass sich aber keine konkreten Abreden bezüglich bestimmter Kunden nachweisen lassen. Es handelte sich grundsätzlich um vereinzelte und isolierte Kommunikationen, mit welchen ein Händler bei einem anderen Händler etwa nachfragte, was für einen Spread er für eine bestimmte Transaktion offerieren würde; es ging m.a.W. nicht um eine Transaktion, bei welcher sich die sich austauschenden Händler aktuell konkurrierten. Ein solcher Informationsaustausch kann dennoch zu einer Wettbewerbsabrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise führen, namentlich dann, wenn dadurch die Transparenz auf dem Markt derart erhöht wird, dass das Verhalten der Konkurrenten vorhersehbar wird. Im vorliegenden Fall führte die niedere Frequenz des Austausches in Kombination mit dem Umstand, dass die Preise

³ 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*.

⁴ Vgl. BGE 143 II 297, E. 3, insbes. E. 3.2 und E. 3.7.

⁵ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, passim (= RPW 2015/1, 131 ff. E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁶ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (SR 251.1; Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO).

bzw. Spreads im Handel mit Edelmetallen dauernd wechseln (nicht stabil sind) dazu, dass die ausgetauschten Informationen die Markttransparenz nicht in einer Art und Weise erhöht hat, dass das zukünftige Verhalten der am Austausch beteiligten Händler vorhersehbar geworden wäre. Hinzu kommt, dass die am Austausch beteiligten Händler nur einen geringen Marktanteil auf dem gesamten relevanten Markt (weltweiter Edelmetall Spot Handel) auf sich vereinigen konnten, was den Wert der erhaltenen Informationen und ihre Eignung für eine Abstimmung weiter verminderte. Eine oder mehrere Abreden über Spreads in der Form von Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen sind daher nicht nachgewiesen.

22. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch die Untersuchung keine unzulässige Wettbewerbsabrede festgestellt wurde. Der Fall ist daher einzustellen.

23. Das vorliegende Ergebnis stimmt soweit ersichtlich mit demjenigen der anderen Wettbewerbsbehörden überein, welche sich mit dem vorliegenden Sachverhalt beschäftigt haben. In keiner anderen Jurisdiktion wurde bisher das Vorliegen von kartellrechtlich unzulässigen Abreden im Handel mit Edelmetallen festgestellt.

C Kosten

24. Nach Art. 53a KG und Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁷ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

25. Das Verursacherprinzip wird durch Art. 3 Abs. 2 GebV-KG eingeschränkt. Demnach entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, bei denen sich aber der Anfangsverdacht im Laufe der Untersuchung nicht erhärtet und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.⁸

26. Nachdem das vorliegende Verfahren ohne Folgen einzustellen ist, entfällt für die Verfahrensparteien die Gebührenpflicht. Eine Parteienschädigung ist hingegen im erstinstanzlichen Verfahren nicht zu entrichten.

D Ergebnis

27. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu dem Ergebnis, dass sich gegenüber den Untersuchungsadressatinnen ein Verstoß gegen das Kartellgesetz nicht konkretisiert hat, weshalb das Verfahren einzustellen ist.

E Dispositiv

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

1. Die Untersuchung 22-455: Edelmetalle wird eingestellt.
2. Den Verfahrensparteien sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

[Eröffnung]

[Rechtsmittelbelehrung]

⁷ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁸ 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.

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service 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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. März 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 27. März 2019

A Sachverhalt

1. Am 26. Februar 2019 haben die Wettbewerbsbehörden die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (nachfolgend: Meldung) erhalten. Danach beabsichtigt die Transgourmet Holding AG³ (nachfolgend: Transgourmet) den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Emmi Frisch-Service AG⁴ (nachfolgend: EFSA) mittels Kauf sämtlicher Namenaktien der EFSA von der Allein-Eigentümerin, der Emmi AG (nachfolgend: Emmi).⁵

2. Die Transgourmet mit Sitz in Basel ist eine Holding-Gesellschaft, welche über ihre Beteiligungen an in- und ausländischen Gesellschaften im Bereich Lebensmittel-grosshandel im In- und Ausland tätig ist. Ihr gehören u.a. 100 % der Aktien der Transgourmet Schweiz AG (nachfolgend: Transgourmet Schweiz),⁶ welche ebenfalls in Basel ansässig ist.⁷ Die Transgourmet wird von der Coop-Gruppe Genossenschaft⁸ mit Sitz in Basel (nachfolgend: Coop) kontrolliert, welche 100 % der Anteile der Transgourmet hält.⁹

3. Die Transgourmet betreibt einen Abhol- und Belieferungsgrosshandel in der gesamten Schweiz.¹⁰ Dabei vertreibt sie ein Sortiment an Frischprodukten, haltbaren Lebensmitteln, Getränken sowie damit zusammenhängenden Near Food-Produkten (wie etwa Geschirr, Reinigungsmittel etc.). Gesamthaft führt Transgourmet Schweiz ca. 25'000 Artikel im Angebot. Die wichtigsten Vertriebskanäle sind in der Schweiz die 30 Grosshandelsabholmärkte der Marken Prodega und Growa sowie die Belieferung unter der Marke Transgourmet an den Detailhandel sowie an Gastronomiebetriebe. In der Gastronomie gehören neben Hotels, Restaurants, Cafés etc. auch Heime, Spitäler und Schulen zu den Kunden von Transgourmet Schweiz. Die von Transgourmet Schweiz belieferten Detailhändler sind insbesondere selbständige Dorfläden, Bäckereien, Metzgereien und Kioske.¹¹

4. Die EFSA mit Sitz in Schlieren, Zürich, wird von der Emmi mit Sitz in Luzern kontrolliert, welche 100 % der

Aktien der EFSA hält.¹² Die EFSA betreibt einen Belieferungsgrosshandel mit Frischprodukten. Zu den vertriebenen Produkten gehören im Wesentlichen Molkerei- und Käseprodukte sowie in geringerem Umfang weitere Produkte wie beispielsweise Eier, Antipasti, Backwaren und Getränke. Unter der Vertriebsmarke Emmi Interfris ist die EFSA schweizweit tätig; Frischeprodukte der Vertriebsmarke Burra vertreibt sie hingegen schwerpunktmässig in der Region Zürich. Zu den belieferten Kunden gehören neben Hotels, Restaurants, Cafés etc. auch Heime, Spitäler, Schulen, weitere Gastronomiebetriebe sowie Detailhändler.¹³

5. Die Transgourmet erhofft sich vom Zusammenschluss [...].

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. 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).

7. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben fällt in den Geltungsbereich des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Denn es

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 Handelsregister des Kantons Basel-Stadt, CHE-116.091.977.

⁴ Handelsregister des Kantons Zürich, CHE-105.855.771.

⁵ Handelsregister des Kantons Luzern, CHE-103.588.843.

⁶ Handelsregister des Kantons Basel-Stadt, CHE-105.792.797.

⁷ Geschäftsbericht der Coop-Gruppe 2017 [...], S. 109.

⁸ Handelsregister des Kantons Basel-Stadt, CHE-109.029.938.

⁹ Geschäftsbericht der Coop-Gruppe 2017 [...], S. 109.

¹⁰ [70–90] % des Umsatzes der Transgourmet im Bereich schweizweiter Lebensmittelgrosshandel werden im Abholgrosshandel erzielt.

¹¹ Siehe zu alledem den Geschäftsbericht der Coop-Gruppe 2017 [...], S. 37 ff.; Unternehmensprofil der Transgourmet-Gruppe 2017 [...].

¹² Geschäftsbericht der Emmi-Gruppe 2017 [...], S. 106.

¹³ Siehe zu alledem [...] die Angaben auf der Internethomepage der EFSA <www.emmi-frischservice.ch/de/>; zuletzt aufgerufen am 27.3.2019.

handelt sich sowohl bei der Coop, welche die Transgourmet alleine kontrolliert, als auch bei der Emmi, welcher die EFSA bislang alleine gehörte, um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. Zudem ist das Zusammenschlussvorhaben als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren, da Coop die alleinige Kontrolle über einen Teil des Unternehmens Emmi, nämlich über die bislang von der Emmi kontrollierten EFSA, erlangen soll.

B.2 Meldepflicht

8. Es handelt sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG. Denn Coop und EFSA¹⁴ erzielten 2018 zusammen weltweit einen Umsatz von über CHF 2 Mrd. und in der Schweiz einen Umsatz von je über CHF 100 Mio.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

9. 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).

10. 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

11. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind insbesondere im Bereich Lebensmittelgrosshandel tätig. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) hat in der Vergangenheit wiederholt Zusammenschlüsse mit Schwerpunkt Lebensmittelgrosshandel beurteilt.¹⁵ In den jüngeren Entscheidungen hat sie dabei Aspekte der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung offengelassen (siehe dazu sogleich).

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

12. 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).

13. Absatzseitig ist mit Blick auf die bisherige WEKO-Praxis in sachlicher Hinsicht ein Lebensmittelgrosshandelsmarkt abzugrenzen. In diesem Markt versorgen Belieferungsgrosshändler und Abholgrossmärkte – hierzu gehören sowohl Vollsortiments- als auch Teilsortimentsanbieter – und Direktbelieferer Gastronomiebetriebe (klassische Gastronomie, Betriebs-, Gemeinschafts- und Zusatzgastronomie), unabhängige Detailhändler sowie Convenience-Shops-Betreiber mit Gütern des täglichen Bedarfs.¹⁶ Offengelassen hat die WEKO bislang, ob dieser Grosshandelsmarkt absatzseitig weiter in verschiedene Warengruppen (z. B. Food-, Near-Food- oder Non-Food-Produkte oder Molkerei-, Käseprodukte etc.) segmentiert werden muss¹⁷ sowie ob der

Grosshandelsmarkt nach Vertriebskanälen (Abholgrosshandel, Belieferungsgrosshandel und Direktlieferung) zu segmentieren ist.¹⁸ Für die nachfolgende Analyse kann dies ebenfalls offengelassen werden, da bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt (vgl. unten Rz 19 ff.).

14. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten der im Grosshandelsmarkt vertriebenen Güter die Marktgegenseite.¹⁹ Diesen Lieferanten stehen nebst der Belieferung von Grosshandelsunternehmen weitere Absatzkanäle offen wie der Detailhandel und die Direktbelieferung von grossen (End-)Abnehmern.²⁰ Auch beschaffungsseitig ist offen, ob der Grosshandelsmarkt nach Warengruppen und/oder Absatzkanälen zu segmentieren ist.²¹ Für die nachfolgende Analyse kann dies ebenfalls offengelassen werden, da bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt (vgl. unten Rz 24 ff.).

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

15. 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).

16. Absatzseitig ist die WEKO in ihren bisherigen Entscheidungen zum Lebensmittelgrosshandel in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt ausgegangen.²² Eine engere räumliche Marktabgrenzung wäre

¹⁴ Gemäss Art. 3 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ist auf den Umsatz der EFSA abzustellen.

¹⁵ Vgl. RPW 2002/4, 626 ff, *Migros/Scana*; RPW 2005/2, 343 ff, *transGourmet Holding AG*; RPW 2008/2, 271 Rz 25, *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*; RPW 2012/4, 887 Rz 26, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2015/1, 111 Rz 39, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2015/4, 796 Rz 29, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2016/1 556 Rz 12, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*; RPW 2017/3, 512, *Demaurex/CCA*.

¹⁶ Vgl. RPW 2015/4, 794 f. Rz 23, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2012/4, 886 Rz 22, *Migros/Angehrn (CCA)*. In früheren Entscheidungen der WEKO wurde die Versorgung der klassischen Gastronomie und der Betriebs-, Gemeinschafts- und Zusatzgastronomie durch den Grossverbrauchermarkt erwähnt, nicht aber die Versorgung unabhängiger (Klein-)Detailisten. Vgl. hierzu RPW 2008/2, 271 Rz 22 *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*; RPW 2005/2, 343 Rz 19, *transGourmet Holding AG*.

¹⁷ Offengelassen in RPW 2016/2, 556 Rz 9, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*; RPW 2015/1, 111 Rz 39, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2008/2, 271 Rz 25 *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*. Segmentierung ausdrücklich abgelehnt in RPW 2005/2, 344 Rz 22, *transGourmet Holding AG*.

¹⁸ Siehe nur RPW 2016/2, 555 Rz 8, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*.

¹⁹ Vgl. RPW 2015/4, 796 Rz 29, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2012/4, 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*.

²⁰ Vgl. z.B. RPW 2015/4, 796 Rz 29, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2012/4, 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*.

²¹ Siehe nur RPW 2016/2, 556 Rz 13 m.w.N., *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*.

²² Vgl. u.a. RPW 2015/4, 797 Rz 37, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2015/1, 113 Rz 58, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

aber möglich, wenn ein eigener sachlich relevanter Abholgrosshandelsmarkt vorliegen würde.²³ Für die nachfolgende Analyse wird der Grosshandelsmarkt absatzseitig schweizweit abgegrenzt. Die genaue diesbezügliche räumliche Marktbegrenzung kann aber offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben ohnehin nur im Bereich Belieferungsgrosshandel zu Marktanteilsadditionen führt.

17. Beschaffungsseitig ist die WEKO in ihren bisherigen Entscheiden zum Grosshandelsmarkt von nationalen Märkten ausgegangen, wobei die genaue räumliche Abgrenzung offengelassen wurde.²⁴ Es bestehen in casu keine Anhaltspunkte für eine regionale räumliche Abgrenzung des beschaffungsseitigen Grosshandelsmarkts. Für die nachfolgende Analyse wird der Grosshandelsmarkt daher beschaffungsseitig schweizweit abgegrenzt, ohne diesbezüglich eine abschliessende Beurteilung vorzunehmen.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

18. 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.3.2.1 Absatzseitig

19. In Bezug auf die voraussichtliche Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf den vorgängig beschriebenen Absatzmärkten (vgl. oben Rz 13, 16) ist in casu Folgendes zu berücksichtigen. Wird der schweizweite absatzseitige Grosshandelsmarkt weder nach Vertriebskanälen noch nach Warengruppen segmentiert, führt das Zusammenschlussvorhaben absatzseitig nicht zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Denn in diesem Fall liegt der gemeinsame Marktanteil von Coop und EFSA für 2018 auf dem absatzseitigen Grosshandelsmarkt (ohne Non-Food) bei [10–20] % und somit [...] tiefer als 20 %, wobei Coop einen Marktanteil von [10–20] % und die EFSA einen Marktanteil von [0–10] % hat.

20. Absatzseitig liegen indes betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor, wenn der schweizweite Grosshandelsmarkt nach Vertriebskanälen und/oder Warengruppen segmentiert würde. So entfielen 2018 rund [40–50] % des schweizweiten Umsatzes im Bereich Grosshandelsabholmärkte auf Coop. Zudem wäre in diesem Fall von Bedeutung, dass Coop und EFSA im Bereich des schweizweiten Grosshandels mit gewissen Warengruppen, welche die EFSA vertreibt («weisse Linie»: Molkereiprodukte wie Milch, Rahm, Joghurt, Quark, Butter; «gelbe Linie»: unterschiedliche Käse; nachfolgend: zwei Warengruppen), im Jahr 2018 kumuliert [teilweise 20–30] % des schweizweiten Grosshandelsumsatzes (Abholmärkte und Belieferung zusam-

mengenommen) mit diesen zwei Warengruppen auf sich vereinten.²⁵

21. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den in Rz 20 genannten Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

22. So ist vorliegend ausgeschlossen, dass es infolge des Zusammenschlusses im Bereich des schweizweiten Abholgrosshandels zu Marktanteilsadditionen der Zusammenschlussparteien kommt, da die EFSA keine Abholgrosshandelsmärkte betreibt. Kommt hinzu, dass mit Blick auf die Marktstellung der Coop (mit Transgourmet) und der EFSA im Bereich Belieferungsgrosshandel in der Schweiz keine entscheiderelevanten konglomeraten Effekte zwischen den beiden Vertriebskanälen zu erwarten sind. Dies insbesondere, da Coop/Transgourmet und EFSA schweizweit im Bereich Belieferungsgrosshandel lediglich über einen gemeinsamen Marktanteil von rund [0–10] % bzw. – in Bezug auf den schweizweiten Belieferungsgrosshandel mit den beiden Warengruppen («weisse Linie», «gelbe Linie»; siehe Rz 20) – über [einen gemeinsamen Marktanteil von 10–20 % bzw. 10–20 %] verfügen. Im Bereich des schweizweiten Belieferungsgrosshandels sind die Zusammenschlussparteien zudem dem Wettbewerb durch starke Konkurrenten wie der zur Migros-Gruppe gehörenden Saviva AG (nachfolgend: Saviva)²⁶ und Pistor AG (nachfolgend: Pistor)²⁷ ausgesetzt. Diese beiden Vollsortimenter beliefern Grossverbraucher ebenfalls schweizweit und erzielten 2018 zusammen mehr als [...] so viel Umsatz wie Coop/Transgourmet und EFSA zusammen.

23. Auch folgen aus dem Umstand, dass Coop/Transgourmet und EFSA im Bereich des schweizweiten Grosshandels mit den zwei Warengruppen («weisse Linie», «gelbe Linie») im Jahr 2018 zusammen [teilweise 20–30] % des schweizweiten Grosshandelsumsatzes auf sich vereinten (siehe Rz 20), keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde.

²³ RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

²⁴ Vgl. u.a. RPW 2015/4, 797 Rz 37, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2015/1, 113 Rz 62, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

²⁵ Marktanteil der Coop im Bereich schweizweiter Grosshandel mit Produkten der weissen Linie im Jahr 2018: ca. [0-20] %. Marktanteil der EFSA im Bereich schweizweiter Grosshandel mit Produkten der weissen Linie im Jahr 2018: ca. [0-20] %. Marktanteil der Coop im Bereich schweizweiter Grosshandel mit Produkten der gelben Linie im Jahr 2018: ca. [0-20] %. Marktanteil der EFSA im Bereich schweizweiter Grosshandel mit Produkten der gelben Linie im Jahr 2018: ca. [0-20] %. Im Bereich des schweizweiten Grosshandelsvertriebs der beiden Warengruppen über den Vertriebskanal Abholgrosshandel hat Coop einen Umsatzanteil von [30-50] %. Da die EFSA keine Abholgrossmärkte betreibt, erzielte sie in diesem Bereich keine Umsätze; vgl. [...].

²⁶ Saviva Food Services erzielte 2017 einen Umsatz von CHF 1093 Mio.; vgl. Detailhandel Schweiz 2018, GfK Switzerland AG (Hrsg.), S. 370.

²⁷ Die Pistor ist ein Handels- und Dienstleistungsunternehmen für die Bäcker- und Confiserie-Branche sowie für die Gastronomie und die Pflege. Sie beliefert ca. 7000 Kunden mit einem Sortiment von ca. 18 000 Artikeln und erzielte 2018 rund CHF 630 Mio. Umsatz. Vgl. <<https://www.pistor.ch/de/ueber-pistor/firmenportraet>>, zuletzt aufgerufen am 27.3.2019.

Denn betreffend diese Warengruppen sind die Zusammenschlussparteien Konkurrenz durch mindestens vier schweizweit tätigen Grosshandelsvollsortimenter (Saviva, Pistor, der zur Demaurex & Cie. S.A. gehörenden Aligro und der zur SPAR-Gruppe gehörenden TopCC AG) ausgesetzt. Diese vier Unternehmen erzielten 2018 zusammen rund 60 % mehr Umsatz als die Zusammenschlussparteien. Zudem gibt es eine Vielzahl – teilweise nur regional tätiger – kleinerer Vollsortiments-Grosshandelsunternehmen sowie Teilsortimenter, welche auf den Grosshandel mit Molkerei- und Käseprodukten oder die Lieferung von Frischprodukten spezialisiert sind.²⁸ Auch ist zu beachten, dass Grossverbraucher Produkte der beiden Warengruppen direkt bei Lieferanten bzw. Herstellern beziehen können.

B.3.2.2 Beschaffungsseitig

24. In Bezug auf die voraussichtliche Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf den vorgängig beschriebenen Beschaffungsmärkten (vgl. oben Rz 14, 17) ist in casu Folgendes zu berücksichtigen: Wird beschaffungsseitig einzig die schweizweite Beschaffung durch Grosshandelsunternehmen als relevanter (Beschaffungs-)Markt angesehen, so führt das Zusammenschlussvorhaben beschaffungsseitig nicht zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Denn in diesem Fall läge der gemeinsame Marktanteil von Coop und EFSA auf dem schweizweiten Beschaffungsmarkt für Grosshandelsunternehmen für 2018 [...] tiefer als 20 %: Coop hat dort einen Marktanteil von rund [10–20] % und die EFSA einen Marktanteil von ca. [0–10] %.

25. Beschaffungsseitig könnten indes betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen, wenn zum schweizweiten Absatzmarkt der Lieferanten der im Grosshandelsmarkt vertriebenen Güter nebst dem Grosshandelskanal auch der Detailhandel sowie der Direktbezug durch Grossverbraucher gerechnet würde und/oder einzig die Beschaffung von Produkten solcher Warengruppen, welche die EFSA vertreibt (siehe dazu Rz 20), massgeblich wäre. So hatten Coop und EFSA bei der schweizweiten Beschaffung von Produkten der zwei Warengruppen («weisse Linie», «gelbe Linie»; siehe Rz 20) im Jahr 2018 gemeinsame Marktanteile von [jeweils 20–30] %. Der Marktanteil der EFSA lag bezüglich dieser Warengruppen aber nur dann im [Bereich von 0–10 %], wenn einzig der Grosshandelskanal betrachtet wird.²⁹ Wird das Beschaffungsvolumen der EFSA hinsichtlich der zwei Warengruppen im Jahr 2018 ins Verhältnis zum gesamten Beschaffungsvolumen des Grosshandels, des Detailhandels und von Seiten der Grossverbraucher bezüglich der zwei Warengruppen gesetzt, so betragen die Marktanteile der EFSA lediglich [0–10] % («weisse Linie») bzw. [0–10] % («gelbe Linie»)³⁰.

26. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den in Rz 25 genannten Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

27. So ist vorliegend zu berücksichtigen, dass sich die Nachfragemacht von Coop durch den Zusammenschluss insgesamt nur marginal erhöht. Dies gilt insbesondere sofern beschaffungsseitig sämtliche Absatzkanäle einbezogen würden, aber keine Marktabgrenzung

nach Warengruppen erfolgen würde. Denn in diesem Fall läge der addierte Marktanteil der EFSA für 2018 im einstelligen Promillebereich.³¹ Dies gilt aber auch, würden die Beschaffungsmärkte nach den zwei Warengruppen abgegrenzt und wäre zugleich das Gesamtbeschaffungsvolumen durch Grosshandel, Detailhandel und Grossverbraucher massgeblich. Denn in diesem Fall lägen die addierten Marktanteile der EFSA lediglich bei [0–10] % («weisse Linie») bzw. [0–10] % («gelbe Linie»)³².

28. Aber selbst wenn der Markt so abgegrenzt würde, dass die EFSA über Marktanteile im [Bereich von 0–10 %] verfügen würde,³³ ist keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten. Denn den Lieferanten stehen betreffend den Absatz der zwei Warengruppen neben Coop/Transgourmet und EFSA ohnehin zahlreiche alternative Absatzmöglichkeiten offen. So können Produkte der zwei Warengruppen auch über alternative Grosshandelsunternehmen (siehe Rz 22 f.), den Detailhandel (insbesondere über den Migros/Denner-Detailhandel sowie über die SPAR-Gruppe, die zur fenaco Genossenschaft gehörenden Volg- und Landi-Läden, ALDI SUISSE AG und Lidl Schweiz AG),³⁴ im Direktvertrieb an Grossverbraucher sowie über den Export abgesetzt werden.

29. Schliesslich dürfte der Zusammenschluss keine kartellrechtlich bedenklichen Auswirkungen auf die bisherigen Lieferanten der EFSA zeitigen. Laut Angaben der Parteien sei die Emmi-Gruppe die aktuelle Hauptlieferantin der EFSA mit einem Beschaffungsanteil bei Molkereiprodukten von [...] % («weisse Linie») bzw. [...] % («gelbe Linie»). [...] Auslistungen bestehender Lieferanten bei der EFSA seien nicht vorgesehen.

²⁸ Zum Beispiel die Kellenberger Frisch Service AG, welche neben Gemüse und Obst auch Backwaren und Molkereiprodukte für Grossverbraucher vertreibt: RPW 2008/2, 269 Rz 6, *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*. Daneben sind etwa Bio Partner Schweiz AG, CFD SA, Chäs & Co Käsehandel GmbH, Fideco AG, InterCheese AG, Krenger FGT AG, SAMAS SA und SAYA S.A. als (Lebensmittel-)Grosshandelsunternehmen zu nennen.

²⁹ Im Bereich der schweizweiten Beschaffung von Produkten der „weissen Linie“ durch den Grosshandel (ohne Detailhandel und Direktbezug) im Jahr 2018 hat Coop einen Marktanteil von ca. [0-20] % und EFSA einen Anteil von rund [0-20] %. Im Bereich der schweizweiten Beschaffung von Produkten der „gelben Linie“ durch den Grosshandel (ohne Detailhandel und Direktbezug) im Jahr 2018 hat Coop einen Marktanteil von ca. [0-20] % und EFSA einen Anteil von rund [0-20] %. Vgl. [...].

³⁰ Im Bereich der schweizweiten Beschaffung von Produkten der „weissen Linie“ im Jahr 2018 hat Coop einen Marktanteil von rund [0-20] % und EFSA einen Marktanteil von rund [0-20] %, sofern beschaffungsseitig alle Absatzkanäle berücksichtigt werden. Im Bereich der schweizweiten Beschaffung von Produkten der „gelben Linie“ im Jahr 2018 hat Coop einen Marktanteil von rund [20-40] % und EFSA einen Marktanteil von rund [0-20] %, sofern beschaffungsseitig alle Absatzkanäle berücksichtigt werden. Vgl. [...].

³¹ Das schweizweite Beschaffungsvolumen des Gross- und Detailhandels liegt allein betreffend die von der EFSA vertriebenen Warengruppen („weisse Linie“, „gelbe Linie“ und „Spezialitäten bzw. Convenience“) für 2018 bei rund CHF [...] Mrd. Die EFSA hat 2018 schweizweit Waren im Wert von ca. CHF [...] Mio. beschafft. Dies entspricht rund [0–10] %.

³² Siehe Nachweise in Fn 30.

³³ Siehe Nachweise in Fn 29.

³⁴ Detailhandel Schweiz 2018, GfK Switzerland AG (Hrsg.), S. 84 ff., 113 ff., 159 ff., 172 ff.

B.3.3 Ergebnis

30. Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben je nach Marktabgrenzung entweder nicht zu betroffenen Märkten führt oder aber sich im Falle der Betroffenheit von Märkten keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

2. BMS/Celgene

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 21. Juli 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. Juli 2019

A Sachverhalt**A.1 Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 27. Juni 2019 hat die Wettbewerbskommission eine Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Bristol-Myers Squibb Company (nachfolgend: BMS) die Übernahme der alleinigen Kontrolle über die Celgene Company (nachfolgend: Celgene; zusammen mit BMS die „Parteien“ bzw. „Zusammenschlussparteien“).

2. BMS und Celgene haben am 2. Januar 2019 eine Fusionsvereinbarung (nachfolgend: Fusionsvereinbarung) abgeschlossen.¹ Gemäss dieser Vereinbarung soll Celgene mit einer speziell für die Transaktion gegründeten 100%-Tochtergesellschaft der BMS, der Burgundy Merger Sub Inc. (nachfolgend: Merger Sub), verschmelzen. Im Zuge dieser Transaktion erlischt die Merger Sub als eigenständige Rechtseinheit und Celgene verbleibt als 100%-Tochtergesellschaft der BMS. BMS erlangt somit die alleinige Kontrolle über Celgene.

3. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 24. Juni 2019 auch bei den Europäischen Wettbewerbsbehörden angemeldet, deren Entscheid über den allfälligen Vollzug ist noch ausstehend.² Die Europäischen Wettbewerbsbehörden haben dem Sekretariat der Wettbewerbskommission am 18. Juli 2019 mitgeteilt, dass sie eine bedingungslose Genehmigung planen und keine Phase II-Prüfung vorgesehen ist.³

A.2 Beteiligte Unternehmen

4. **BMS** ist eine an der New York Stock Exchange (NYSE) kotierte Aktiengesellschaft nach US-amerikanischem Recht mit Sitz in Princeton, New Jersey. BMS ist ein globales biopharmazeutisches Unternehmen, das in der Entwicklung und Vermarktung innovativer Arzneimittel zur Behandlung von Patienten mit schweren Krankheiten tätig ist. Das Unternehmen ist in den Haupttherapiebereichen Onkologie, Immunologie (Autoimmunerkrankungen), Herz-Kreislauf-Erkrankungen sowie fibrotische Erkrankungen tätig.

5. **Celgene** ist eine an der NASDAQ Stock Market kotierte Aktiengesellschaft nach US-amerikanischem Recht mit Sitz in Summit, New Jersey. Celgene ist ein globales biopharmazeutisches Unternehmen, das schwergewichtig in der Entwicklung und Vermarktung innovativer The-

rapien zur Behandlung von Krebs und Entzündungskrankheiten tätig ist.

A.3 Ziele des Zusammenschlussverfahrens

6. Mit dem Zusammenschlussvorhaben intendieren die Parteien die Schaffung eines Biopharmaunternehmens, das sich durch eine verbesserte Innovationsfähigkeit und eine robuste Produktpipeline auszeichnet und dadurch besser auf die Bedürfnisse von Patienten eingehen kann. Durch das sich ergänzende Leistungsportfolio und die unterschiedlichen Schwerpunkte wird sich das fusionierte Unternehmen durch eine bessere Konkurrenzfähigkeit sowie einer erhöhten globalen Reichweite zum Nutzen von Patienten, Ärzten und nationalen Gesundheitssystemen auszeichnen können.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

7. 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

8. Als der Meldepflicht unterstehende 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. 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).

¹ Fusionsvereinbarung vom 2. Januar 2019 zwischen Bristol-Myers Squibb Company, Burgundy Merger Sub Inc. und Celgene Corporation.

² Case COMP/M.9294, 24. Juni 2019, *BMS / Celgene*.

³ Telefonat vom 18.07.2019 zwischen dem Sekretariat und der DG-Comp.

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

11. Die Fusionsvereinbarung sieht vor, dass Celgene nach der Verschmelzung mit der Merger Sub als 100%-Tochtergesellschaft der BMS hervorgeht. Nach der geplanten Transaktion verfügt BMS somit über die alleinige (unmittelbare) Kontrolle über Celgene gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

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

14. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind die Umsätze des Jahres 2018 massgeblich. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt, dass der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG *in casu* eindeutig erfüllt ist, da die Parteien zusammen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als CHF 2 Milliarden generieren. Zudem wird die Umsatzschwelle von CHF 100 Mio. in der Schweiz durch beide Unternehmen überschritten. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2018 in Mio. CHF

Beteiligtes Unternehmen	Umsatz in Mio. CHF weltweit	Umsatz in Mio. CHF schweizweit
BMS	22'065	[...]
Celgene	14'945	[...]
Total	37'010	[...]

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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

16. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

17. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherr-

schende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

18. 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).

19. Arzneimittel können gemäss der ATC-Klassifikation (*Anatomical Therapeutic Chemical Classification*)⁴ eingeordnet werden. Die ATC-Klassifikation ist ein fünfstufiges Klassifikationssystem für Arzneimittel und wird zur

⁴ Sog. Anatomisch-Therapeutisch-Chemisches Klassifikationssystem der European *Pharmaceutical Market Research Association* (EphMRA); <https://www.ephmra.org/media/2485/atcguidelines2019final.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.07.2019).

Angabe von Indikationen verwendet. Die erste Stufe gibt die generellen therapeutischen Gruppen wieder. In den höheren Stufen (2, 3, 4 und 5) werden diese Therapiegruppen nach medizinischen Kriterien weiter aufgegliedert (Stufe 1 = anatomische Hauptgruppe, Stufe 2 = therapeutische Hauptgruppe, Stufe 3 = pharmakologische Hauptgruppe, Stufe 4 = chemischtherapeutische Untergruppe, Stufe 5 = Wirkstoff). Durch den hierarchischen Aufbau bietet dieses Klassifikationssystem die Möglichkeit, Arzneimittel differenziert zu betrachten. Ähnliche Stoffe lassen sich je nach Fragestellung sinnvoll zu Gruppen zusammenfassen. Arzneimittel derselben höheren Stufe sind in der Regel engere Substitute als diejenigen auf einer tieferen Stufe. Von den fünf ATC-Klassifikationsstufen ist die erste Stufe (ATC-1) die allgemeinste und die fünfte Stufe (ATC-5) die detaillierteste.

20. Die ATC-Klassifikation wird von der *World Health Organisation* (WHO) anerkannt und wurde sowohl von der Wettbewerbskommission⁵ als auch der EU-Kommission⁶ angewandt.

21. Für die Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Produktmärkte wird den therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation (vorwiegend) der Stufe 3 gefolgt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Medikamente innerhalb der höheren ATC-Klassen funktional austauschbar sind, selbst wenn sie den Wirkstoffeinteilungen innerhalb der therapeutischen Gruppen des Arzneimittelkompendiums nicht immer entsprechen. Es kann jedoch sinnvoll sein, Analysen auf anderen Stufen der ATC-Klassifikation durchzuführen. So kann es sich beispielsweise aufdrängen, bestimmte Gruppen zusammenzufassen. Dies ist insbesondere dann angebracht, wenn bestimmte Produkte aus verschiedenen ATC-Klassen Substitute für die Behandlung einer spezifischen Krankheit darstellen. Zudem kann vereinzelt auch eine engere Marktabgrenzung auf einer höheren ATC-Stufe angezeigt sein. Dies drängt sich insbesondere in Konstellationen auf, in denen Präparate in eine Sammelkategorie einer ATC-Klasse fallen, die Produkte umfasst, welche nicht alle unbedingt untereinander austauschbar sind. Dort wo es angezeigt erscheint, wird daher nachfolgend auf einer höheren ATC-Klassifikationsstufe geprüft.

22. Es können zudem zusätzliche, nachfrageseitige Kriterien zur Marktabgrenzung beigezogen werden: Etwa die Unterscheidung in rezeptpflichtige und nicht rezeptpflichtige Arzneimittel oder kassenpflichtige (gemäss der Spezialitätenliste des Bundesamtes für Gesundheit; vgl. Rz 31) und nicht kassenpflichtige Arzneimittel.⁷

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

23. 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).

24. Gemäss ständiger Praxis der WEKO ist bei Arzneimitteln von einem nationalen Markt auszugehen.⁸ Es gibt vorliegend keinen Grund von dieser Praxis abzuweichen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

25. 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 und ein anderes beteiligtes Unternehmen:

- auf einem im Verhältnis zu diesem betroffenen Markt vor- oder nachgelagerten oder benachbarten – eng verbundenen – Markt tätig ist; oder
- einen Eintritt in diesen betroffenen Markt plant oder diese Zielsetzung in den vergangenen zwei Jahren verfolgt hat; oder
- über geistige Eigentumsrechte auf diesem betroffenen Markt verfügt; oder
- zwar auf dem betroffenen sachlichen, nicht aber räumlichen Markt tätig ist.⁹

Diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden bzw. die oben genannten Kriterien nicht erfüllt werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

26. Die Aktivitäten von BMS und Celgene sind grundsätzlich weitgehend komplementär und überschneiden sich nur in den beiden Therapiegebieten der Onkologie und der Autoimmunerkrankungen. Dabei ergeben sich im Therapiegebiet der Onkologie drei vom Zusammenschluss betroffene Märkte, die nachfolgend einer detaillierten Prüfung unterzogen werden.

⁵ Vgl. z.B. RPW 2013/1, 106 ff., *Bristol-Myers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.*; RPW 2011/14, 653 ff., *Galenica/Fresenius Medical Care*; RPW 2009/4, 349 ff., *Pfizer/Wyeth*; RPW 2003/2, 314 ff., *Pfizer Inc./Pharmacia Corp.*; RPW 2001/2, 338 ff., *Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC*; RPW 1999/3, 513 ff., *Hoechst/Rhône-Poulenc*; RPW 1998/1, 62 ff., *Roche/Corange*.

⁶ Vgl. z.B. Case COMP/M.7275, *Novartis/Glaxosmithkline Oncology Business*; Case COMP/M.4691, *Schering-Plough/Organon Biosciences*; Case COMP/M.4314, *Johnson & Johnson/Pfizer Consumer Healthcare*; Case COMP/M.2922, *Pfizer/Pharmacia*; Case COMP/IV/M.781, *Schering/Gehe-Jenapharm*; Case COMP/IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*; Case COMP/IV/M.631, *Up-John/Pharmacia*.

⁷ RPW 2009/4, 351 Rz 28, *Pfizer/Wyeth*.

⁸ Vgl. RPW 2013/1, 111 Rz 55, *Bristol-Myers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.*; RPW 2011/4, 661 Rz 65, *Galenica/Fresenius Medical Care*; RPW 2009/4, 352 Rz 32, *Pfizer/Wyeth*; RPW 2006/3, 436 Rz 46, *Medikamentenpreis Thalidomid*; RPW 2004/3, 817 Rz 24, *Sanofi-Synthelabo SA/Aventis SA*; RPW 2003/2, 318 Rz 27, *Pfizer Inc./Pharmacia Corp.*; RPW 1999/3, 514 f., *Hoechst/Rhône-Poulenc*; RPW 1998/1, 66 Rz 29, *Roche/Corange*.

⁹ Vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sowie Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.03.2009 (Version 3.3 vom 28.02.2018), Rz 9.

B.4.2.1 Produktsegmente mit sich überschneidenden Aktivitäten der beteiligten Unternehmen mit einem Marktanteil von über 20 %

27. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben in der ATC-3-Klassifikation folgendes Produktsegment mit sich überschneidenden Aktivitäten in der Schweiz, das zu einem gemeinsamen Marktanteil von 20 % oder mehr führt:

- **ATC-3-Klassifikation L1C (pflanzliche Antineoplastika)**

28. Pflanzliche Antineoplastika werden gemäss ATC-Klassifikation auf der 3. Stufe als L1C bezeichnet.

Pflanzliche Antineoplastika werden für Chemotherapien verwendet und umfassen verschiedene Indikationen (z.B. Magengeschwüre, Eierstock-Tumore, kleinzelliges Lungenkarzinom) und verschiedene spezifische Wirkungsmechanismen. Das Produkt von BMS im L1C-Segment ist Taxol, das Produkt von Celgene in diesem Segment ist *Abraxane*.

29. Die Marktanteile der Parteien und ihrer wichtigsten Wettbewerber der letzten drei Jahre im L1C-Segment ergibt sich aus der nachstehenden Tabelle:

Tabelle 2: Umsatz in Mio. USD und Marktanteile im L1C-Segment

L1C-Segment – Schweiz – 2016 – 2018						
	2018		2017		2016	
	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil
Gesamtmarkt	25.9	100 %	26.8	100 %	27.2	100 %
BMS	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]
Celgene	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]
Sanofi-Aventis	...	[25-35 %]	...	[25-35 %]	...	[25-35 %]
Novartis	...	[10-20 %]	...	[10-20 %]	...	[5-15 %]
Pfizer	...	[0-10 %]	...	[0-10 %]	...	[5-15 %]
Pierre Fabre Pharma	...	[0-10 %]	...	[0-10 %]	...	[0-10 %]
Andere		[25-35 %]		[20-30 %]		[20-30 %]

Darstellung: Sekretariat (Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien)

30. Im L1C-Segment führt die Übernahme von Celgene durch BMS im Jahre 2018 zu einem Marktanteil von [15-25 %]. Das Zusammenschlussvorhaben dürfte mit einem Marktanteilszugewinn von [0-10 %] keine Effekte zeitigen. Zudem dürften die starken Wettbewerber Sanofi-Aventis und Novartis für eine disziplinierende Wirkung sorgen.

31. Das Patent von Taxol ist zudem abgelaufen und es existieren bereits Generika. Des Weiteren befinden sich beide Präparate auf der sog. Spezialitätenliste (SL) des Bundesamtes für Gesundheit (BAG). Dies dürfte für eine disziplinierende Wirkung sorgen, denn gemäss Art. 67 Abs. 2 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) bedürfen Erhöhungen der in der SL festgesetzten Preise einer Bewilligung des BAG. Gemäss Art. 36 Abs. 2 der Verordnung über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31) lehnt das BAG Preiserhöhungsgesuche ab, sofern die Überprüfung ergibt, dass der ersuchte Preis zu hoch ist.

B.4.2.2 Produktsegmente in denen nur BMS tätig ist und über Marktanteile von über 30 % verfügt

32. BMS hat in der ATC-3-Klassifikation folgendes Produktsegment, auf dem das Unternehmen über Marktanteile von über 30 % verfügt:

- **ATC-3-Klassifikation L1G (monoklonale Antikörper-Antineoplastika)**

33. Beim Produkt von BMS im L1G-Segment handelt es sich um *Opdivo*. Opdivo ist ein PD-1-Inhibitor (*programmed death cell protein 1*), das zur Immuntherapie in der Krebsbehandlung eingesetzt wird. PD-1-Inhibitoren und PD-1/PD-L1-Inhibitoren (*programmed cell death 1 ligand 1*) stellen sicher, dass das Immunsystem nicht durch die Krebszellen getäuscht wird und den Krebs weiterhin anvisiert und bekämpft. BMS verfügt im L1G-Segment noch über die Präparate *Empliciti* und *Yervoy*, die bei einer Marktanteilsaddition mit Opdivo aber keinen

relevanten Markt ergeben.¹⁰ Bei einer engeren Markt-
abgrenzung als dem Markt für sämtliche PD-1-Inhibitoren,
namentlich nur der Markt für PD-1/PD-L1-Inhibitoren,
überschreitet BMS indes die 30 %-Schwelle.

34. Celgene verfügt über kein Produkt, das in dieses
Segment fällt. Da Celgene Rechte zur Kommerzialisierung
des Pipeline-Produkts BGB-A317 (einem PD-1-
Inhibitor) für gewisse Indikationen gehalten hat,¹¹ muss

gemäss der Praxis des Sekretariats zur Meldung und
Beurteilung von Zusammenschlüssen¹² der Markt einer
detaillierten Prüfung unterzogen werden.

35. Die Marktanteile von BMS und ihrer wichtigsten
Wettbewerber der letzten drei Jahre bei den PD-1/PD-L1
Inhibitoren ergibt sich aus der nachstehenden Tabelle:

Tabelle 3: Umsatz in Mio. USD und Marktanteile bei PD-1/PD-L1 Inhibitoren

PD-1/PD-L1 Inhibitoren – Schweiz – 2016 – 2018						
	2018		2017		2016	
	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil
Gesamtmarkt	135	100 %	92	100 %	46	100 %
BMS	...	[40-50 %]	...	[50-60 %]	...	[55-65 %]
MSD Merck Sharp & Dohme	...	[35-45 %]	...	[35-45 %]	...	[35-45 %]
Roche	...	[5-15 %]	...	[0-10 %]
AstraZeneca	...	[0-10 %]
Merck	...	[0-10 %]

Darstellung: Sekretariat (Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien)

36. Der Marktanteil von BMS bei Opdivo bewegte sich in
den letzten drei Jahren zwischen [35-70 %]. Dabei dürf-
ten die im höheren Prozentualbereich angesiedelten
Marktanteile von BMS durch den Umstand relativiert
werden, dass diese kontinuierlich abgenommen haben;
die Marktanteile von BMS sanken in den letzten drei
Jahren bei den PD-1/PD-L1 Inhibitoren um [10-20 %].
Zudem dürfte insbesondere vom starken Wettbewerber
MSD Merck Sharp & Dohme mit einem konstant blei-
benden Marktanteil von ungefähr [35-45 %] eine diszipli-
nierende Wirkung ausgehen.

37. Bei den PD-1/PD-L1 Inhibitoren handelt es sich um
einen Markt in der Expansionsphase. Es ist daher davon
auszugehen, dass sich die bestehende Marktanteilsver-
teilung noch verändern wird. Gegenwärtig hat beispiele-
weise Sanofi/Regeneron einen PD-1/PD-L1 Inhibitoren
(*Libtayo*) bei der European Medicines Agency zur Zulas-
sung eingereicht und es wird erwartet, dass das Zulas-
ungsgesuch auch bei Swissmedic eingereicht wird.
Darüber hinaus laufen gegenwärtig vier Studien, die
voraussichtlich Anfang 2020 lanciert werden sollen.¹³
Die für die absehbare Zukunft vorgesehenen Marktein-
führungen und die zahlreichen Pipeline-Aktivitäten dürf-
ten somit einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf dem
Markt für PD-1/PD-L1 Inhibitoren ausüben.

38. Verbleibende wettbewerbsrechtliche Bedenken kön-
nen durch die Tatsache ausgeräumt werden, dass die
Vereinbarung mit BeiGene betreffend die Rechte am
PD-1-Inhibitor BGB-A317 per 14. Juni 2019 mit soforti-

ger Wirkung aufgelöst wurde (vgl. Rz 34). Des Weiteren
handelt es sich bei Opdivo um ein SL-Präparat. Die
Preise können somit nicht ohne Genehmigung durch das
BAG erhöht werden und unterliegen damit einer Preis-
missbrauchskontrolle durch das BAG (vgl. Rz 31).

B.4.2.3 Produktsegmente in denen nur Celgene tätig ist und über Marktanteile von über 30 % verfügt

39. Celgene hat in der ATC-4 Klassifikation folgendes
Produktsegment, auf dem das Unternehmen über
Marktanteile von über 30% verfügt:

¹⁰ Vgl. Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben
BMS/Celgene vom 27. Juni 2019 Rz 179.

¹¹ Dieser Vertrag mit dem Unternehmen BeiGene betreffend BGB-
A317 wurde gemäss den Angaben der Parteien am 14. Juni 2019 mit
sofortiger Wirkung gekündigt (vgl. Meldung betreffend das Zusammen-
schlussvorhaben *BMS/Celgene* vom 27. Juni 2019 Rz 182).

¹² Vgl. Fn. 9.

¹³ Vgl. Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben *BMS/
Celgene* vom 27. Juni 2019 Rz 186 sowie insbesondere die Über-
sichtstabelle in der EU-Meldung vom 24. Juni 2019, Kapitel Onkologie
(Abschnitt 7) Rz 251.

¹⁴ Das Multiple Myelom wird umgangssprachlich auch als Knochen-
markkrebs bezeichnet.

- ATC-4-Klassifikation L1X2 (Lidomid-Antineoplastika)

40. Bei den Produkten von Celgene im L1X2-Segment handelt es sich um Revlimid und Imnovid. Revlimid und Imnovid befinden sich auf der ATC-Klassifikationsstufe 3 im Segment L1X. Da dieses Segment indes eine Sammelkategorie darstellt, die sämtliche anderen Antineoplastika umfasst, die untereinander nicht unbedingt austauschbar sind, rechtfertigt sich hier eine Abgrenzung auf ATC-4-Stufe.

41. Bei Revlimid und Imnovid handelt es sich um Immunmodulatoren, welche für Immuntherapien in der Krebsbekämpfung eingesetzt werden. Immunmodulatoren unterstützen das Immunsystem bei der Krebsbekämpfung durch die Stärkung der Wirksamkeit von Immunzellen. Revlimid und Imnovid sind derzeit die einzigen Produkte, die im L1X2-Segment vermarktet werden.

42. BMS ist in diesem Bereich nicht tätig, besitzt indes die Zulassung für die kombinierte Verwendung seines Präparates Emlipiti zusammen mit Revlimid von Celgene für die Behandlung des Multiplen Myeloms¹⁴ und strebt auch die Zulassung zur Kombination von Emlipiti zusammen mit Imnovid von Celgene für die Behandlung des Multiplen Myeloms an.¹⁵ Gemäss der Praxis des Sekretariats zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen¹⁶ muss der Markt somit einer detaillierten Prüfung unterzogen werden.

43. Eine Abschottung der Kombination von Emlipiti mit Produkten von Drittanbietern dürfte durch das Zusammenschlussvorhaben nicht erfolgen. Drittanbietern steht es frei, Produkte für die Verwendung mit Emlipiti zu testen oder zu entwickeln und die kombinierte Anwendung zu beantragen. Dasselbe gilt für die Entwicklung von Präparaten, die kombiniert mit den Immunmodulatoren Revlimid und Imnovid verwendet werden können. Auch dort steht es Drittanbietern frei, Produkte für die kombinierte Anwendung mit Revlimid und Imnovid zu entwickeln und eine Zulassung zu begehren.

44. BMS verfügt im L1X2-Segment über kein vermarktetes Produkt, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden. Da BMS darüber hinaus über keine Pipeline-Produkte in diesem Bereich verfügt, geht auch kein potentieller Wettbewerb durch den Zusammenschluss verloren.

45. Des Weiteren handelt es sich sowohl bei Revlimid wie auch bei Imnovid um SL-Präparate. Die Preise können somit nicht ohne Genehmigung durch das BAG erhöht werden und unterliegen damit einer Preismissbrauchskontrolle durch das BAG (vgl. Rz 31).

C Fazit

C.1 Taxol / Abraxane

47. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss im L1C-Segment eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Marktanteilsaddition ergibt einen Marktanteil von [15-25%]. Der Zusammenschluss dürfte zudem mit einem Marktanteilszugewinn von [0-10%] kaum Effekte zeitigen. Zudem bestehen genügend disziplinie-

rende Konkurrenten auf dem Markt und sowohl Taxol wie auch Abraxane befinden sich auf der SL.

C.2 Opdivo

48. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für PD-1/PD-L1-Inhibitoren eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die im höheren Prozentualbereich angesiedelten Marktanteile werden durch den Umstand relativiert, dass die Marktanteile von BMS kontinuierlich abgenommen haben. Des Weiteren besteht mit MSD Merck Sharp & Dohme ein signifikant starker Wettbewerber, der eine disziplinierende Wirkung haben dürfte. Die sich in naher Zukunft abzeichnenden Markteintritte üben ebenfalls Wettbewerbsdruck aus. Schliesslich befindet sich Opdivo auf der SL.

C.3 Revlimid / Imnovid

49. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss im L1X2-Segment eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt. BMS besitzt im L1X2-Segment keine vermarkteten Produkte, wodurch die Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss nicht verändert werden. Da BMS über keine Pipeline-Produkte in diesem Segment verfügt, geht auch kein potentieller Wettbewerb verloren. Darüber hinaus befinden sich Revlimid und Imnovid auf der SL.

D Ergebnis

46. 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.

¹⁵ Der Zulassungsantrag für die Kombination von Emlipiti (BMS) und Imnovid (Celgene) für die Behandlung vom multiplen Myelom ist derzeit hängig (vgl. Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben BMS/Celgene vom 27. Juni 2019 Fn. 12).

¹⁶ Vgl. Fn. 9.

B 2.3

3. Infront/Ringier II

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 26. Juli 2019

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. Juli 2019

1. Am 10. Juli 2019 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft die Erlangung der alleinigen Kontrolle an der Infront Ringier Sports & Entertainment Switzerland AG (nachfolgend: IRSE) durch die Ringier AG.

2. Bei der Ringier AG handelt es sich um die Muttergesellschaft der Ringier-Gruppe (Ringier AG und ihre verbundenen Gruppengesellschaften). Die Ringier-Gruppe ist ein international agierender Medienkonzern mit Tätigkeiten 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 (nur digital) und SonntagBlick.

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. Gemäss Meldung ist RASCH der grösste Zeitschriftenverlag der Schweiz. RASCH ist die Herausgeberin folgender Titel und Webseiten: al dente, Beobachter, Bilanz, Bolero, gaultmillau.ch, GlücksPost, guider.ch, Handelszeitung, L'illustré, PME Magazine, 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. Die Ringier-Gruppe beziehungsweise der Ringier-Konzern als Ganzes ist vorliegend das kontrollierlangende Unternehmen i. S. von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG³ bzw. Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU⁴.

6. IRSE ist ein Sportmarketing-Unternehmen mit 15 Mitarbeitern, dessen Kundenkreis Sportrechtehalter (namentlich Sportverbände, Organisatoren von Sportanlässen, Ligen, Clubs) sowie Sponsoren und Rundfunkveranstalter umfasst. Zu den Tätigkeiten von IRSE gehören Vermarktungs-, Beratungs- und andere Servicedienstleistungen. Diese Tätigkeiten können grob in die Bereiche «Vermarktung von Sportübertragungsrechten» und «Marketing-Kommunikationsdienstleistungen» unterteilt werden. Im Bereich «Vermarktung von Sportübertragungsrechten» erwirbt IRSE vom Rechteinhaber (z. B. Sportverband oder Liga) die Übertragungsrechte an Schweizer Sportereignissen («Rights-In») und verkauft diese an interessierte Kunden (Rundfunkveranstalter) weiter («Rights-Out»). Im Bereich «Marketing-Kommunikationsdienstleistungen» übernimmt IRSE die Kommerzialisierung von Sportveranstaltungen, Ligen und Clubs. Darunter ist primär die Vermarktung von Sponsoringmöglichkeiten (Nutzung von Werbeflächen wie bspw. Banden oder Spielerausrüstung oder Rechte zur Sponsorbezeichnung) zu verstehen. IRSE erwirbt diese Sponsoringmöglichkeiten von den Rechteinhabern und verkauft sie an interessierte Sponsoren weiter. In den Bereichen der Vermarktung von Persönlichkeiten und der Veranstaltung von Sportereignissen ist IRSE gemäss Meldung nicht mehr tätig. Ein Wiedereinstieg in den Bereich der Vermarktung von Persönlichkeiten ist nicht geplant.

7. Vor dem Zusammenschlussvorhaben ist IRSE ein Gemeinschaftsunternehmen unter gemeinschaftlicher Kontrolle der Ringier AG und der Infront Sports & Media AG (nachfolgend: Infront), welche jeweils 50 % des Aktienkapitals halten.⁵ Gestützt auf einen Aktienkaufvertrag erwirbt die Ringier AG den von Infront gehaltenen Aktienanteil. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens hält die Ringier AG 100 % der Aktien. Die gemeinsame Kontrolle über IRSE geht in alleinige Kontrolle durch die Ringier AG über.

8. Grund für den Erwerb der alleinigen Kontrolle ist [...].

9. 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 beigeplichtet werden. In ihrer ständigen Praxis geht die WEKO von einem weiten Anwendungsreich von Art. 9 Abs. 4 KG aus.⁶ Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA

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 2011/2, 295 Rz 12, *Infront/Ringier*.

⁶ Vgl. RPW 2018/4, S. 717, *Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG; RPW 2006/4, 622, Meldepflicht der Emmi AG*.

auf dem Markt für überregionale «analytische» Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat.⁷ Auch wenn IRSE nicht direkt auf diesem Markt tätig ist, sind Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Tätigkeitsbereichen von IRSE und dem beherrschten Markt möglich. Beispielsweise kann nicht ausgeschlossen werden, dass IRSE im Rahmen ihrer Tätigkeitsbereiche «Vermarktung von Sportübertragungsrechten» und «Marketing- und Kommunikationsdienstleistungen» als werbetreibende Gesellschaft auf dem Markt Werberaum in überregionalen «analytischen» Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz nachfragt. Es ist unter diesen Umständen davon auszugehen, dass IRSE auf einem oder mehreren Märkten tätig ist, die dem Markt für überregionale «analytische» Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz nachgelagert sind. Dementsprechend erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG als meldepflichtig.

10. 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 sachli-

chen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

11. 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.

12. Gemäss Meldung bildet der Bereich „Vermarktung von Sportübertragungsrechten“ einen einheitlichen sachlich relevanten Markt, der in räumlicher Hinsicht national, wenn nicht gar europaweit oder weltweit, abzugrenzen sei. Allerdings drängt sich entgegen der Ansicht der Meldung aufgrund der Tätigkeiten von IRSE, der Praxis der WEKO⁸ (mit entsprechenden Hinweisen) sowie der europäischen Praxis⁹ eine weitergehende sachliche Marktabgrenzung auf. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann von folgenden nationalen Märkten ausgegangen werden, wobei letztlich die Marktabgrenzung offengelassen werden kann:

Tabelle 1: Relevante Märkte und Marktanteile im Bereich Vermarktung Sportübertragungsrechte

Relevanter Markt	Marktanteile	
	Ringier-Gruppe	IRSE
Akquisition von Übertragungsrechten von Schweizer Eishockey im Rahmen eines Liga- oder Cup-Wettbewerbs (internationale Rechte)	0 %	[0-10] %
Wiederverkauf von Übertragungsrechten von Schweizer Eishockey im Rahmen eines Liga- oder Cup-Wettbewerbs (i. d. R. nationale Rechtepakete, nicht das Signal)	0 %	[0-10] %
Akquisition von Übertragungsrechten von anderen Sportarten (internationale Rechte)	0 %	[0-10] %
Wiederverkauf von Übertragungsrechten von anderen Sportarten (i. d. R. nationale Rechtepakete, nicht das Signal)	0 %	[0-10] %

13. Anhand der Angaben der Meldung ergeben sich für diese Märkte für Sportübertragungsrechte keine betroffenen Märkte im Sinne Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

14. In Bezug auf die Tätigkeiten im Bereich von Marketing- und Kommunikationsdienstleistungen von IRSE grenzt die Meldung einen Markt für Marketing- und Kommunikationsdienstleistungen. Allerdings ist aufgrund der von der Meldung beschriebenen Tätigkeiten von IRSE für das vorliegende Vorhaben grundsätzlich von einem Markt für die Bereitstellung von Sport-Werbe-/Sponsoringflächen auszugehen¹⁰; wobei die Marktabgrenzung letztlich offengelassen werden kann. Anhand der Angaben der Meldung ist für IRSE von einem Marktanteil von weniger als [0-10] % auszugehen. Die Ringier-Gruppe ist gemäss Meldung nicht in diesem Markt tätig. Anhand der Angaben der Meldung ergeben sich für diesen Markt kein betroffener Markt im Sinne Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

15. Für vor- und nachgelagerte Tätigkeiten der Ringier-Gruppe ergeben sich aufgrund der Angaben in der Meldung folgende abzugrenzenden Märkte:

⁷ Vgl. RPW 1998/1, 60 *Dispositiv Ziff. 1, Le Temps*.

⁸ Vgl. RPW 2011/2, 296 f. Rz 27 ff., *Infront/Ringier*; RPW 2016/4, 980 Rz 474 und 983 Rz 496, *Sport im Pay-TV*.

⁹ Vgl. COMP/M.4519 vom 18.1.2007, 3 Rz 9, *Lagardère/Sportfive*; COMP/M.2483 vom 13.11.2001, 3 ff. Rz 13 ff., *Group Canal+/RTL/GJCD/JV*.

¹⁰ Analog zu den Märkten für die Bereitstellung von Werbeflächen.

16. Tabelle 2: Relevante Märkte und Marktanteile im Bereich der Bereitstellung von Werbeflächen

Relevanter Markt	Marktanteile		
	Ringier-Gruppe	RASCH	IRSE
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz ¹¹	[20-30] %	[0-10] %	0 %
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz ¹²	[0-10] %	[10-20] %	0 %
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz ¹³	[0-10] %	[0-10] %	0 %
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz ¹⁴	[0-10] %	[0-10] %	0 %
Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen (ohne Pendlerzeitungen) in der Deutschschweiz ¹⁵	[10-20] %	[0-10] %	0 %
Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen (ohne Pendlerzeitungen) in der französischsprachigen Schweiz ¹⁶	[0-10] %	[0-10] %	0 %

17. Anhand der Angaben der Meldung ergeben sich für diese Märkte keine betroffenen Märkte im Sinne Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

18. Das Zusammenschlussvorhaben führt damit 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.

¹¹ Vgl. bspw. RPW 2018/4, 947 Rz 106, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 270 Rz 104, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹² Vgl. RPW 2018/4, 947 Rz 106, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 270 Rz 104, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹³ Vgl. RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 584 Rz 56, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 270 Rz 104, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹⁴ Vgl. RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 584 Rz 56, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 270 Rz 104, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹⁵ Vgl. RPW 2018/4, 946 Rz 101, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*.

¹⁶ Vgl. RPW 2018/4, 946 Rz 101, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*.

B 2.3

4. Esta/RRJ Capital/Gategroup

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 21. August 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. August 2019

A Sachverhalt

1. Am 29. Juli 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Esta Investment Pte. Ltd. (nachfolgend: **Esta**) und RRJ Management (HK) Ltd. (nachfolgend: **RRJ**) den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über die Gategroup Holding AG (nachfolgend: **Gategroup**).

2. **RRJ** ist eine Investmentgesellschaft mit Sitz in Hongkong und Singapur, welche Private Equity-Investitionen in Asien tätigt. **RRJ** hat am 3. April 2019 die alleinige Kontrolle über Gategroup durch eine von ihr kontrollierte Portfoliogesellschaft erlangt. **RRJ** kontrolliert keine anderen Gesellschaften, die in der Schweiz Umsätze generieren.

3. **Esta** ist eine Beteiligungsholdinggesellschaft sowie eine Tochtergesellschaft von Temasek International Pte. Ltd. (nachfolgend: **Temasek**).¹ **Temasek** ist eine Investmentgesellschaft mit Hauptsitz in Singapur, die ein Portfolio im Wert von SGD 313 Mrd per März 2019 (CHF 229,9 Mrd), hauptsächlich in Singapur und dem übrigen Asien, besitzt. In der Schweiz erzielt **Temasek** Umsätze über ihre im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG kontrollierten Gesellschaften Accuron Technologies Ltd. (Präzisionsfertigung, Materialverarbeitung, Systemdesign und -integration), Sembcorp Industries Ltd. (Energie-, Wasser-, Meer- und Stadtentwicklungsgruppe), Singapore Airlines Ltd. (Lufttransportdienstleistungen, Bodenabfertigung, Wartung und andere damit verbundene Dienstleistungen; nachfolgend: **SIA**), Singtel Telecommunications Ltd. (Telekommunikationsunternehmen), Singapore Technologies Engineering Ltd. (Technologie-, Verteidigungs- und Engineering-Gruppe), Olam International Ltd. (Produktion von Lebensmitteln und industriellen Rohstoffem) und Lan Ting Holdings Pte. Ltd. (flüssiges Erdgas und Erdgasversorgung).

4. Der Tätigkeitsbereich der **Gategroup** in der Schweiz umfasst die Bereiche Bordverpflegung, Retail on-Board sowie Management von Flughafen Lounges.

B Erwägungen

B.1.1 Relevante Märkte

5. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Ei-

genschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

6. 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).

7. Die Gategroup ist in der Schweiz in den Bereichen **Bordverpflegung, Retail on-Board** sowie **Management von Flughafen Lounges** tätig. RRJ ist ausschliesslich durch die Gategroup in der Schweiz tätig und betreibt keinen weiteren Geschäftsaktivitäten in der Schweiz.

8. Der Käufer, Temasek, ist in der Schweiz durch mehrere unabhängig geführte Portfoliogesellschaften tätig, deren Aktivitäten nicht mit den Tätigkeitsbereichen der Gategroup überlappen. Davon ausgenommen ist die von Temasek kontrollierte SIA, welche in der Schweiz am Flughafen Zürich in den Bereichen **Lufttransportdienstleistungen für Personen und Güter, Bodenabfertigung, Wartung** sowie anderen damit verbundenen Dienstleistungen tätig ist. Vom Flughafen Zürich gibt es wöchentlich 7 Abflüge der SIA, womit diese auf eine jährliche Passagierkapazität von 171'444 Personen kommt.²

9. Da bei den Bereichen **Lufttransportdienstleistungen für Güter, Bodenabfertigung sowie Wartung** in der Schweiz keine horizontalen und vertikalen Überlappungen zwischen den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen bestehen, kann die Marktabgrenzung hier offengelassen werden.

10. Das Zusammenschlussvorhaben führt in der Schweiz am Flughafen Zürich zu keinen horizontalen und nur zu einer begrenzten Anzahl von aktuellen und potentiellen vertikalen Beziehungen zwischen den **Lufttransportdienstleistungen von SIA und Gategroup** bei der **Erbringung von Bordverpflegung, Lounge-Dienstleistungen und Retail On-Board** weshalb nachfolgend kurz auf diese Märkte eingegangen wird.

11. Die **Lufttransportdienstleistungen für Personen** umfasst die Erbringung von Flugleistungen für Passagiere. Die aktuelle Entscheidungspraxis der EU-Kommission bei Lufttransportdienstleistungen für Personen sieht eine Unterteilung in zwei separate Märkte vor: den Markt für Linienflüge und den Markt für Charterflüge.³ Die EU-Kommission prüfte auch mögliche zusätzli-

¹ Esta ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Tembusu Capital Pte. Ltd., die wiederum eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Temasek ist.

² Im Sinne von einer konservativen Schätzung wird von einer vollen Auslastung dieser Flüge ausgegangen.

³ COMP/M.8137, Rz. 55; siehe auch COMP/M.6828, Rz. 64 ff; COMP/M.5830, Rz. 51.

che Untersegmente für «zeitkritische» und «nicht zeitkritische» Passagiere, stellte aber fest, dass die Grenze zwischen diesen unscharf sein kann.⁴

12. Die WEKO prüfte im Zusammenhang mit einer horizontalen Überschneidung mehrere alternative Marktdefinitionen für Lufttransportdienstleistungen für Personen,⁵ hat jedoch aufgrund der jeweiligen Unbedenklichkeit die Marktabgrenzung offengelassen. Eine genaue Marktdefinition kann im vorliegenden Fall ebenfalls offengelassen werden, da SIA, auch bei der engsten Marktdefinition einen Marktanteil von [0-10] % aufweisen würde.

13. Die EU-Kommission hat in der Vergangenheit aufgrund der Tatsache, dass Fluggesellschaften Bordverpflegung und Retail On-Board auf einer flughafenbezogenen Basis beziehen, auf einen flughafenbezogenen Ansatz abgestellt.⁶ Für die Beurteilung im vorliegenden Fall kann unpräjudiziell dem europäischen Ansatz gefolgt werden.

14. Die **Bordverpflegung** umfasst die Bereitstellung von Speise- und Getränkeangeboten für Flugpassagiere im Flugzeug während des Fluges.

15. Für die EU-Kommission beinhaltet der sachlich relevante Markt für Bordverpflegung alle Mahlzeiten (Economy, Business, First Class) für alle Arten von Flügen (Kurz- und Langstrecken), wobei offengelassen wurde, ob weiter zwischen «traditionellen» und «nicht traditionellen» Caterer unterschieden werden sollte.⁷

16. Die WEKO ist im Zusammenschlussvorhaben HNA Group / Gategroup ebenfalls von einem allgemeinen Markt für Bordverpflegung ausgegangen.⁸ Diese Sichtweise kann für die vorliegende Beurteilung des vorgesehenen Zusammenschlussvorhabens unpräjudiziell gefolgt werden.

17. Die Frage der räumlichen Marktabgrenzung für Bodenverpflegungsdienstleistungen wurde von der EU-Kommission offengelassen. Diese hat jedoch festgestellt, dass der relevante Markt entweder auf einen einzelnen Flughafen oder eine Flughafenregion, in der sich zwei oder mehr Flughäfen in unmittelbarer Nähe befinden, zu beschränken sei.⁹

18. In der Schweiz hat die WEKO auf die Definition eines räumlich relevanten Marktes für Bordverpflegung verzichtet, und stattdessen die Marktanteile auf nationaler Ebene bewertet.¹⁰ Im vorliegenden Fall wird die Analyse auf den Flughafen Zürich begrenzt, da nur dort aktuelle und potentielle vertikale Beziehungen zwischen Gategroup und SIA bestehen.

19. **Retail On-Board** umfasst die Bereitstellung von Einkaufsdienstleistungen, die während des Fluges angeboten werden, wie z.B. Snacks und zollfreie Produkte.

20. Die EU-Kommission ist 2016 zu Schluss gekommen, dass der Markt für die Erbringung von Retail On-Board vom Markt für die Erbringung von Bordverpflegung getrennt zu behandeln ist und, dass die Erbringung von selbst erbrachtem Retail On-Board nicht zum gleichen relevanten Produktmarkt gehört wie die Erbringung von Retail On-Board durch Drittanbieter.¹¹ Offengelassen wurden dabei die Fragen, ob der Markt weiter in Märkte für Snacks und zollfreie Produkte unterteilt werden könnte und ob die Erbringung von Einzelhandelsdienstleis-

tungen am Flughafen (insbesondere Duty Free) Teil desselben relevanten Produktmarktes wie die Erbringung von Retail On-Board ist.¹²

21. In der Schweiz hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis die sachliche Marktabgrenzung für Retail On-Board offengelassen.¹³ Für die Beurteilung im vorliegenden Fall kann dem Ansatz der EU-Kommission gefolgt werden.

22. Die EU-Kommission ist bisher zum Schluss gekommen, dass der räumlich relevante Markt für Retail On-Board mindestens EWR-weit, wenn nicht gar weltweit abzugrenzen sei.¹⁴

23. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis die räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes für Retail On-Board offengelassen. Im vorliegenden Fall wird in Anlehnung an den europäischen Ansatz auf eine schweizweite Beurteilung abgestellt.

24. **Flughafenlounge-Dienstleistungen** umfassen die Bereitstellung eines Ruhbereiches auf einem Flughafen, wo typischerweise zusätzlich Speisen, Getränke, Ruhe- und Duscheinrichtungen angeboten werden. Lounges können sowohl von Fluggesellschaften als auch von Drittanbietern bereitgestellt werden, und der Eintritt basiert in der Regel auf der Zahlung einer Gebühr, dem Kauf eines Premium-Tickets oder der Aufnahme in ein Reisemitgliedschaftsprogramm.

25. Die EU-Kommission hat bislang die Auffassung vertreten, dass die Erbringung von Flughafenlounge-Dienstleistungen ein Teil des Gesamtmarktes für Bodendienste darstellt.¹⁵ Im Jahr 2013 äusserte sie sich jedoch dahingehend, dass diese Dienstleistungen einen separaten Markt bilden können und diese Dienstleistungen von der Boden- und Cargoabfertigung abgetrennt werden könnten.¹⁶ Räumlich hat die EU-Kommission der Markt für Flughafenlounge-Dienstleistungen bisher nicht abgegrenzt.

⁴ COMP/M.8137, Rz. 56; siehe auch COMP/M 7541, Rz. 22 ff; COMP/M.6663, Rz. 382 ff.

⁵ RPW 2008/4, 674 ff. Rz 44 ff., *Airtrust AG/Edelweiss Air AG*.

⁶ COMP/M.8137, Rz. 61; siehe auch COMP/M.8104, Rz. 35; COMP/M.6179, Rz. 28 ff.; COMP/M.6037, Rz. 17 ff.

⁷ COMP/M. 8137, Rz. 42; wobei «traditionelle» Caterer die gesamte Palette der erforderlichen Mahlzeiten anbieten, und «nicht traditionelle» Caterer wie zum Beispiel Logistikunternehmen, die in Joint Ventures mit Marken- oder Nichtmarken-Lieferanten tätig sind und nur einen Teil der gesamten Palette anbieten.

⁸ RPW 2016/4, Rz. 15 und 27.

⁹ COMP/M.4170, Rz. 22; sowie COMP/M.8104, Rz. 23.

¹⁰ RPW 2016/4, 1079 Rz. 15 und 27, *HNA Group/Gategroup*.

¹¹ COMP/M.8137, Rz. 25 ff.

¹² COMP/M.8137, Rz. 28.

¹³ RPW 2016/4, 1079 Rz. 16.

¹⁴ COMP/M.8137, Rz. 33.

¹⁵ COMP/M.5830, Rz. 310.

¹⁶ COMP/M.7071, Fn. 3 und Rz. 18.

26. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis keine Marktdefinition für Flughafenlounges vorgenommen, basierte aber ihre Analyse der Wettbewerbswirkungen auf einer engen Marktabgrenzung der Flughafengastronomie mit einem separaten Segment Flughafenlounges. Räumlich begrenzte sich die Analyse auf den jeweiligen Flughafen. Dabei wurde die Frage offengelassen, ob dieser weiter in einem Markt für das Management und einen Markt für das Betreiben von Flughafenlounges unterteilt werden kann.¹⁷ Im vorliegenden Fall wird sich die Analyse ebenfalls unpräjudiziell auf einen Markt für Flughafenlounges sowie auf dem Flughafen Zürich beziehen.

B.1.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

27. 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.1.3 Betroffene Märkte

28. Im Markt für **Bordverpflegung** ist von den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen nur die Gategroup tätig. Gemäss Angaben der Parteien beträgt den Marktanteil der Gategroup rund [70-80] % am Flughafen Zürich, weshalb der Markt für Bordverpflegung ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellt.

29. Gategroup erbringt Bordverpflegungsdienstleistungen für SIA am Flughafen Zürich. Im Jahr 2018 stellten diese Dienstleistungen geschätzte [0-10] % der gesamten Bordverpflegungsumsätze von Gategroup an diesem Flughafen dar.

30. Im Marktsegment **Retail On-Board** ist von den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen ebenfalls nur Gategroup tätig. Da gemäss Angaben der Parteien der Marktanteil der Gategroup schweizweit rund [50-60] % beträgt, handelt es sich um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Gategroup erbringt keine Retail On-Board-Dienstleistungen für die SIA, womit keine aktuelle vertikale Beziehung besteht.

31. Das vorgesehene Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen horizontalen Überschneidungen und nur zu minimalen vertikalen Beziehungen zwischen den **Lufttransportdienstleistungen für Personen von SIA und der Bordverpflegung, den Flughafenloungedienstleistungen und dem Retail On-Board von Gategroup**. Die Wettbewerbssituation und die Marktstruktur werden sich damit auf den betroffenen Marktsegmenten Retail On-Board und der Bordverpflegung nicht wesentlich ändern.

32. Mit ihrem geringen Marktanteil für Personenverkehr am Flughafen Zürich (ca. [0-10] %) stellt SIA kein wesentlicher Nachfrager für **Retail on Board** und **Bordverpflegung** dar, sodass für die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Parteien weder der Anreiz noch die Möglichkeit einer vertikalen Abschottung dieser nachgelagerten Märkte besteht. Selbst für den unwahrscheinlichen Fall von Marktabschottungsbestrebungen der beteiligten Parteien würde Gategroup, welche rund [90-100] % ihrer Umsätze aus Bordverpflegung und [90-100] % seiner Umsätze aus Retail on Board mit Drittfluggesellschaften erzielt, seine Marktposition schwächen und die Marktgegenseite, wo möglich, auf Logistikunternehmen und/oder alternative Anbieter ausweichen.

B.1.4 Ergebnis

33. 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.

¹⁷ RPW 2016/4, 1079 Rz. 21 ff.

B 2.3

5. Tamedia/Planet 105

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. August 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 14. August 2019

1. Am 19. Juli 2019 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft die Erlangung der alleinigen Kontrolle über den Unternehmensteil «Planet 105» (nachfolgend: Planet 105) durch die Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia).

2. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig. Seit der Übernahme von Neo Advertising ist die Tamedia-Gruppe auch im Bereich Aussenwerbung (Out-of-Home-Werbung; OOH-Werbung) und seit der Übernahme von Goldbach im Bereich der Vermarktung / Vermittlung von TV-, Radio- und Online-Werbung tätig.

3. Die Tamedia-Gruppe beziehungsweise der Tamedia-Konzern als Ganzes ist vorliegend das kontrollierlangende Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG¹ bzw. Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU².

4. Planet 105 ist ein Radiosender, der heute von der RADIO 1 AG betrieben wird. Planet 105 ist ein gemäss RTVG konzessionierter, kommerzieller Radiosender ohne Abgabenanteil (Art. 43 RTVG). Planet 105 finanziert sich somit über Werbung und Sponsoring. Er richtet sich als Jugendradio an ein junges, urbanes Publikum und wird über UKW, Kabel, DAB und Internet verbreitet. Das Konzessionsgebiet ist die Stadt Zürich (KG 25). Planet 105 verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit, ihm kann aber ein Umsatz zugeordnet werden, insbesondere der Werbeumsatz, der mit Radiowerbung auf Planet 105 erzielt wird.

5. Planet 105 ist als Unternehmensteil im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VKU zu qualifizieren und gilt für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als beteiligtes Unternehmen.³

6. Tamedia beabsichtigt, die Veranstalterkonzession von Planet 105 für ein UKW-Radio gemäss Art. 43 RTVG sowie die Funkkonzession von Planet 105 für die Verbreitung eines Radioprogramms gemäss Art. 22 FMG, die Nutzungsrechte an zwei Sendeanlagen in der Stadt Zürich, die Marken und Domains (www.105.ch, www.radio105.ch, www.105dnight.ch, www.djnight.ch,

www.one-o-five.ch, www.oneofive.ch, www.planet105.ch und www.weloveibiza.ch) sowie weitere, mit dem Unternehmensteil Planet 105 zusammenhängende Verträge, insbesondere im Bereich der Vermarktung des Radiosenders zu erwerben. Tamedia werde die redaktionellen Mitarbeiter sowie die technische Infrastruktur von Planet 105 nicht übernehmen.

7. Grund für den Erwerb der alleinigen Kontrolle ist die Absicht, das von Tamedia betriebene Internet-Radio «20 Minuten Music», das heute lediglich über Internet (über die Website 20min.ch) verbreitet wird und ausschliesslich Musik ohne redaktionelle Inhalte sendet, zu einem vollwertigen Radio-Sender auszubauen, der auch drahtlos-terrestrisch (über UKW und DAB) sowie über Kabel verbreitet und über redaktionelle Inhalte verfügen wird. Dafür soll «20 Minuten Music» mit Planet 105 zu einem Radiosender zusammengeführt werden. Der künftige Radiosender werde voraussichtlich unter dem Dach von «20 Minuten» betrieben werden. Demzufolge werde die Website von Planet 105 künftig voraussichtlich eingestellt und die Nutzer würden auf die Website von «20 Minuten» weitergeleitet.

8. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG werden vorliegend nicht erreicht. Tamedia macht geltend, es liege auch keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG vor. Dem kann nicht beigepflichtet werden. In ihrer ständigen Praxis geht die WEKO von einem weiten Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 4 KG aus.⁴

9. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass 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) eine marktbeherrschende Stellung innehat.⁵ 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.

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

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

³ Vgl. RPW 2009/4, 452 f. Rz 16 ff., *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*.

⁴ Vgl. RPW 2018/4, S. 717, *Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*; RPW 2006/4, 622, *Meldepflicht der Emmi AG*.

⁵ Vgl. RPW 1998/1, 60 Dispositiv Ziff. 1, *Le Temps*.

10. 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.⁶ Tageszeitungen richten sich nicht nur mit Informationen bzw. News, sondern auch mit Werbung an die Leser.⁷ Der vorliegende Zusammenschluss betrifft insbesondere Märkte für Radiowerbung (Bereitstellung von Sendezeit für Radiowerbung) und Märkte für die Vermittlung und Vermarktung von nationaler Radio-Werbezeit. Auch wenn die WEKO in ihrer Praxis davon ausgeht, dass die einzelnen Werbeformen noch nicht vollständig austauschbar sind, stellt sie fest, dass es gewisse Wechselwirkungen zwischen einzelnen Werbeträgern geben kann.⁸ Es ist daher von einer Benachbarkeit der vorliegend relevanten Märkte zu dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne auszugehen. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

11. 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 sachli-

chen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

12. 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.

13. Gemäss Meldung sind die zu übernehmenden Webseiten heute werbefrei. Zudem soll die Website von Planet 105 voraussichtlich eingestellt und die Nutzer sollen auf die Website von 20 Minuten weitergeleitet werden. Auf diese Angaben ist das meldende Unternehmen zu behaften (Art. 38 Abs. 1 Bst. a KG). Entsprechend hat das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen auf die Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen.

14. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens können folgende Märkte abgegrenzt und entsprechende Marktanteile ausgewiesen werden:

Tabelle 1: Relevante Märkte und Marktanteile

Relevanter Markt	Marktanteile	
	Planet 105	Tamedia
Markt für Radiohörer im Versorgungsgebiet der Stadt Zürich (KG 25)	0-10 %	0-10 %
Markt für die für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter nationaler Radiowerbung in der Deutschschweiz	0-10 %	0-10 %
Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler Radiowerbung in der Stadt Zürich (KG 25)	10-20 %	-
Markt für die Vermittlung und Vermarktung von nicht-zielgerichteter nationaler Radiowerbung in der Deutschschweiz	-	40-50 %

15. Anhand der Angaben der Meldung erweist sich lediglich der Markt für die Vermittlung und Vermarktung von nicht-zielgerichteter nationaler Radiowerbung in der Deutschschweiz als betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Das Zusammenschlussvorhaben führt auf dem Markt für die Vermittlung und Vermarktung von nicht-zielgerichteter nationaler Radiowerbung in der Deutschschweiz zu keinen Marktanteilsadditionen. Zudem sind die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem mit diesem Markt zusammenhängenden Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter nationaler Radiowerbung in der Deutschschweiz äusserst gering. Es sind daher durch das Zusammenschlussvorhaben keine Effekte auf dem Markt für die Vermittlung und Vermarktung von nicht-zielgerichteter nationaler Radiowerbung in der Deutschschweiz zu erwarten.

16. 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.

⁶ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 477 f. E.2.3., *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2019/1, 180 Rz 28, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*.

⁷ Vgl. RPW 2019/1, 180 Rz 29, *Tamedia/Zattoo International*.

⁸ Vgl. RPW 2019/1, 180 Rz 30, *Tamedia/Zattoo International*.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS

Stellungnahme vom 18. Dezember 2018 in Sachen Prüfung gemäss Art. 103 LFG betreffend Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS wegen allfällig unzulässiger staatlicher Beihilfen gemäss Art. 13 LVA zuhanden des Bundesamtes für Zivilluftfahrt (BAZL)

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Die Flughafen Zürich AG (nachfolgend: FZAG) hat mit Schreiben vom 28. Juli 2017 dem Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) einen aktualisierten¹ Antrag zur Genehmigung des Lärmgebührenmodells des Flughafen Zürichs eingereicht. Teil des zur Genehmigung unterbreiteten Lärmgebührenmodells ist ein Mechanismus, der vorsieht, dass Fluggesellschaften mit Relevanz für den Drehkreuzbetrieb am Flughafen Zürich die Mehrbelastung durch die erhöhten Tagesrand- und Nachtzuschläge teilweise zurückerstattet wird (nachfolgend: Entlastungsmechanismus). Der Entlastungsmechanismus kommt gemäss BAZL überwiegend dem Hubcarrier SWISS zugute.

2. Im Rahmen dieses Genehmigungsverfahrens hat das BAZL am 6. November 2017 das Lärmgebührenmodell der FZAG der Wettbewerbskommission (WEKO) zur Prüfung gemäss Art. 103 des Luftfahrtgesetzes (LFG)² unterbreitet. Die WEKO hat demnach zu prüfen, ob es sich beim Entlastungsmechanismus um eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 13 des Luftverkehrsabkommens (LVA)³ handelt.

A.2 Beteiligte / Rolle der verschiedenen Akteure

A.2.1 BAZL

3. Der Bundesrat hat im Rahmen der Zuständigkeit des Bundes die Aufsicht über die Luftfahrt im gesamten Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Er übt sie durch das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) aus (Art. 3 Abs. 1 LFG). Das BAZL ist die Abteilung des UVEK, welche für die Luftfahrtentwicklung und die Aufsicht über die zivile Luftfahrt in der Schweiz zuständig ist.⁴

4. Das BAZL hat gemäss Art. 39 Abs. 8 LFG die Aufsicht über die Gebühren. Bei Streitfällen zwischen Flughafenhaltern und Flughafennutzern genehmigt es auf Antrag die Gebühren. Der Antrag der FZAG zur Genehmigung des Lärmgebührenmodells, welches den strittigen Entlastungsmechanismus enthält, wurde dem BAZL im Rahmen eines Streitfalls unterbreitet (Rz 17 ff.). Das neue Lärmgebührenmodell soll nach Genehmigung des BAZL gemäss Art. 7 und 35 der Flughafengebührenverordnung (FGV)⁵ in Kraft treten und mindestens bis zur

geplanten Neufestsetzung der Flugbetriebsgebühren der FZAG, die voraussichtlich per 1. September 2020 in Kraft treten, gültig sein.⁶

A.2.2 FZAG

5. Die FZAG ist eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, welche sich mehrheitlich im Eigentum von privaten Aktionären befindet (der Kanton Zürich hält 33,3 %, die Stadt Zürich 5,1 % der Aktien).⁷ Das BAZL hat der FZAG am 31. Mai 2001 die Konzession für den Betrieb des Flughafens Zürich erteilt und damit die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe an die FZAG übertragen.⁸

A.3 Prozessgeschichte

A.3.1 Verfahren vor der WEKO

6. Am 6. November 2017 unterbreitete das BAZL der WEKO den Entlastungsmechanismus gemäss aktualisiertem Antrag der FZAG vom 28. Juli 2018 und ersuchte um dessen Prüfung nach Art. 103 LFG. Hierfür reichte es ein zusammenfassendes Dokument «Lärmgebühren Flughafen Zürich, Grundlagen Prüfung Entlastungsmechanismus durch Wettbewerbskommission (WEKO)», den Fragekatalog an den Sachverständigen im Rahmen eines Gutachtensauftrags sowie die Vorakten ein.

7. Am 14. Dezember 2017 reichte die FZAG eine spontane Stellungnahme zuhanden der WEKO ein, in welcher sie einerseits Hintergrundinformationen zur Entstehungsgeschichte und Funktionsweise des vorgeschlagenen Entlastungsmechanismus lieferte und andererseits darlegte, weshalb sie davon ausging, dass dieser mit dem LVA vereinbar sei, sollte er überhaupt unter den Anwendungsbereich des LVA fallen, was ebenfalls bestritten wurde.

¹ Der ursprüngliche Antrag wurde am 19. Dezember 2014 eingereicht und am 13. April 2017 und 28. Juli 2017 aktualisiert (Rz 24 ff.).

² Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948, SR 784.0.

³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (in Kraft seit dem 1. Juni 2002), SR 0.748.127.192.68.

⁴ Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL <<https://www.bazl.admin.ch/bazl/de/home.html>> (19.6.2018).

⁵ Verordnung über die Flughafengebühren vom 25. April 2012, SR 748.131.3.

⁶ Eingabe des BAZL vom 6. November 2017; Grundlagen Prüfung Entlastungsmechanismus, S. 1.

⁷ Besitzstruktur FZAG <<https://www.flughafen-zuerich.ch/unternehmen/investor-relations/aktionaere>> (18.12.2017).

⁸ Eingabe des BAZL vom 6. November 2017; Grundlagen Prüfung Entlastungsmechanismus, S. 3.

8. Am 12. Dezember 2017 kontaktierte das Sekretariat die Direktion für Europäische Angelegenheiten (DEA) zu Fragen im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des EU-Regelwerks im Bereich Beihilfen. Die DEA nahm dazu am 17. Februar 2018 Stellung.

9. Mit Schreiben vom 17. April 2018 beantwortete das BAZL Fragen des Sekretariats zur Rolle des BAZL während der Verhandlungen zwischen Flughafenhalter und Flughafennutzern sowie zur Überprüfung des Verhandlungsergebnisses durch das BAZL.

10. Das Sekretariat stellte dem BAZL am 17. April 2018 Fragen zu den finanziellen Auswirkungen der Lärmgebühren, welche das BAZL zur Beantwortung an die FZAG weiterleitete. Die Antworten der FZAG gingen am 29. Mai 2018 ein. Die Zusatzfragen des Sekretariats vom 20. Juni 2018 wurden vom BAZL am 22. Juni 2018 beantwortet.

11. Am 20. September 2018 richtete das Sekretariat weitere Fragen an die FZAG, die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich und das BAZL. Es handelte sich dabei insbesondere um Fragen in Bezug auf die Kontrollmöglichkeiten des Kantons Zürich über die FZAG sowie über die Verwaltung und Verwendung der durch die FZAG vereinnahmten Lärmgebühren. Die FZAG beantwortete die Fragen mit Schreiben vom 19. Oktober 2018. Das BAZL und die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich reichten ihre Antworten innerhalb der erstreckten Fristen am 19. und 31. Oktober 2018 ein, wobei das BAZL verzichtete, auf gewisse Fragen zu antworten.

12. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2018 beantwortete das Sekretariat die verfahrensrechtlichen Fragen des BAZL in Bezug auf die Beihilfenprüfung.

13. Am 29. November 2018 adressierte das Sekretariat Fragen zur Auslegung von Art. 14 LVA in Bezug auf die Übermittlung des Prüfungsergebnisses an die EU an das Generalsekretariat des UVEK sowie an die DEA.

14. Mit Schreiben vom 29. November 2018 stellte das BAZL Anträge betreffend die Publikation des Untersuchungsergebnisses der WEKO / Medienmitteilung durch die WEKO sowie betreffend den Zeitpunkt des Einbezugs der EU in das Verfahren.

15. Am 10. Dezember 2018 reichte die FZAG eine spontane Stellungnahme zu verfahrensrechtlichen Aspekten in Bezug auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs, die Publikation des beihilferechtlichen Prüfungsergebnisses, die Pressemitteilung, die Übermittlung des Ergebnisses der Prüfung durch die WEKO an die Europäische Kommission und die Verfahrensdauer ein.

16. Am 18. Dezember 2018 ging die mit dem BAZL konsolidierte Stellungnahme der DEA zur Auslegung von Art. 14 LVA ein. Danach obliegt die in Art. 14 LVA statuierte Informationspflicht gegenüber der EU dem BAZL als Repräsentantin der Vertragspartei des LVA.

A.3.2 Verfahren betreffend den Erlass des Gebührenreglements

17. Mit Verfügung vom 31. Mai 2001 erteilte das UVEK der FZAG unter verschiedenen Auflagen eine Konzession zum Betrieb des Flughafens Zürich für die Dauer vom

1. Juni 2001 bis zum 31. Mai 2051.⁹ Am gleichen Tag genehmigte das BAZL das von der FZAG zusammen mit dem Konzessionsgesuch eingereichte Betriebsreglement.

18. In der Betriebskonzession war die FZAG verpflichtet worden, innert eines Jahres nach der Unterzeichnung des Staatsvertrags mit Deutschland das überprüfte und entsprechend angepasste Betriebsreglement mitsamt Umweltverträglichkeitsbericht beim BAZL einzureichen. Dieses dem BAZL vorgelegte «vorläufige Betriebsreglement» (vBR) sollte gelten, bis nach Abschluss des Sachplan-Verfahrens (Sachplan Infrastruktur der Luftfahrt, SIL) ein «definitives» Betriebsreglement für den Flughafen Zürich erlassen werden konnte. Mit Verfügung vom 29. März 2005 genehmigte das BAZL das vBR teilweise und mit diversen Auflagen. Gegen diese Verfügung erhoben zahlreiche Privatpersonen, Gemeinwesen, Organisationen und Vereinigungen Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) vereinigte alle Beschwerdeverfahren und hiess die Beschwerden gegen die Verfügung des BAZL betreffend das vBR teilweise gut. Gegen diesen Entscheid erhoben verschiedene Gemeinden, Organisationen, Vereinigungen und Privatpersonen Beschwerde beim Bundesgericht.¹⁰

19. Mit Urteil vom 22. Dezember 2010 wies das Bundesgericht die FZAG an, Art. 5 des vorläufigen Betriebsreglements des Flughafens Zürich durch den Satz zu ergänzen, «Sie (die FZAG) wird verpflichtet, lenkungswirksame Zuschläge zu erheben, die nach der Lärmerzeugung und zeitlich (Starts und Landungen während der Nacht und zu sensiblen Tagesrandzeiten) gestaffelt sind» (vgl. auch Rz 160 – 162). Das Bundesgericht setzte der FZAG zur Überarbeitung ihrer Gebührenordnung eine Frist von neun Monaten seit Zustellung des bundesgerichtlichen Urteils und von weiteren 18 Monaten zur Inkraftsetzung der Änderungen.¹¹

20. Vom 17. Juli bis zum 11. Oktober 2012 verhandelte die FZAG mit den Flughafennutzern¹² über das zu überarbeitende Lärmgebührenmodell für Jetflugzeuge. Während dieses Zeitraumes fanden insgesamt fünf Verhandlungssitzungen statt. Diese Verhandlungen wurden vom BAZL begleitet. Am 12. Oktober 2012 erklärten die Verhandlungsteilnehmer die Verhandlungen als gescheitert.¹³

⁹ Betriebskonzession <<https://www.flughafen-zuerich.ch/business-und-partner/flugbetrieb/betriebskonzession>> (14.6.2018).

¹⁰ BGE 137 II 58, Sachverhalt A – G.

¹¹ BGE 137 II 58, Dispositiv, Ziff. 3.

¹² Swiss International Air Lines Ltd., Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG, Interessenvertretung der in der Schweiz operierenden Linienfluggesellschaften, Interessenvertretung der in der Schweiz tätigen Geschäftsfluggesellschaften und Interessenvertretung der Leichtaviatik und des Luftsports der Schweiz.

¹³ Urteil des BVGer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, Sachverhalt B.

21. In der Folge erarbeitete die FZAG ein Lärmgebührenmodell für Jetflugzeuge, worin sie einerseits die am Flughafen Zürich verkehrenden Flugzeuge neu in die bestehenden fünf Lärmklassen einteilte, andererseits die Gebührenhöhe pro Lärmklasse (Tageslärmgebühren) sowie die Start- und Landezuschläge für die Tagesrand- und Nachtzeit abänderte, ohne jedoch deren unterschiedliche Ausgestaltung für An- und Abflüge zu verändern. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2012 ersuchte die FZAG das BAZL, diese Änderung des Flughafengebührenreglements zu genehmigen.¹⁴

22. Am 7. Januar 2013 genehmigte das BAZL die Änderungen des Lärmgebührenmodells u.a. unter der Auflage, in Zusammenhang mit der per 1. Januar 2014 vorzunehmenden Gesamtüberarbeitung der Flugbetriebsgebühren einen Anreizmechanismus für Investitionen in neue Luftfahrzeuge mit deutlich tieferen Lärmemissionen zu erarbeiten. Gegen diese Verfügung reichten der Schutzverband der Bevölkerung um den Flughafen Zürich (sbzf) und die politische Gemeinde Rümlang am 14. Februar 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein.¹⁵

23. Mit Zwischenverfügung vom 28. März 2013 entzog das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und setzte die vom BAZL genehmigte Änderung des Flughafengebührenreglements des Flughafens Zürich per 1. Mai 2013 in Kraft.¹⁶ Mit Urteil vom 30. Oktober 2013 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gut und wies die Angelegenheit zur Ergänzung des massgeblichen Sachverhalts und zum neuen Entscheid an das BAZL zurück, bei welchem das Genehmigungsverfahren betreffend die für den 1. Januar 2014 vorgesehene Gesamtüberarbeitung des Flughafengebührenreglements pendent war (vgl. auch Rz 164 f.). Es ordnete an, dass die am 1. Mai 2013 in Kraft getretene Änderung bis dahin in Kraft bleibe.¹⁷

24. Mit Verfügung vom 14. November 2013 genehmigte das BAZL die Flugbetriebsgebühren der FZAG für die Jahre 2014 – 2017 gemäss Vorschlag der FZAG. Betreffend die Lärmgebühren ordnete das BAZL an, dass die per 1. Mai 2013 in Kraft gesetzte Lärmgebührenordnung unter nachfolgendem Vorbehalt in Kraft bleibe: Die Höhe und Struktur der Flugzeuglärmgebühren sei zu überprüfen und entsprechend den Anforderungen gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2013 anzupassen. Dabei sei insbesondere sicherzustellen, dass eine Anpassung des Lärmgebührenmodells der volkswirtschaftlichen Bedeutung und den betrieblichen Besonderheiten des Hubbetriebs auf dem Flughafen Zürich Rechnung trage. Die FZAG habe die entsprechend angepassten Lärmgebühren dem BAZL bis zum 31. Dezember 2014 zur Genehmigung zu unterbreiten.¹⁸ Am 16. Dezember 2013 reichten diverse Flughafennutzer¹⁹ Beschwerde gegen diese Verfügung des BAZL ein.

25. Am 19. Dezember 2014 kam die FZAG der verfügten Aufforderung des BAZL nach und reichte einen Antrag zur Genehmigung der Anpassung der Lärmgebührensuschläge während der Tagesrand- und Nachtstunden sowie der Einführung eines Entlastungsmechanismus für hubrelevante Flüge ein. Aufgrund eines laufenden Rechtsverfahrens im Zusammenhang mit der Feststellung der übrigen Flugbetriebsgebühren²⁰ wurde dieser

Antrag vom BAZL bis nach der rechtskräftigen Inkraftsetzung der übrigen Flugbetriebsgebühren zurückgestellt.²¹

26. Mit Urteil vom 25. Juni 2015 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerden gegen die Verfügung des BAZL vom 14. November 2013 teilweise gut und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung ans BAZL zurück. Betreffend nicht direkt lärmgebührenrelevante Punkte genehmigte das Bundesverwaltungsgericht einen Teilvergleich der Parteien.²²

27. Am 16. März 2017 forderte das BAZL die FZAG auf, ihren Antrag vom 19. Dezember 2014 auf Genehmigung der Anpassung der Lärmgebührensuschläge und der Einführung eines Entlastungsmechanismus für hubrelevante Flüge zu aktualisieren. Die FZAG aktualisierte mit Schreiben vom 13. April 2017 die im ursprünglichen Antrag dargestellten Daten und ging auf die zwischenzeitlichen Entwicklungen ein. Das BAZL führte daraufhin eine umfassende Konsultation aller betroffenen Interessen- und Anspruchsgruppen durch. Im Rahmen dieser Vernehmlassung zum Antrag der FZAG gingen 18 Stellungnahmen ein. Diese Stellungnahmen wurden der FZAG zugestellt, welche mit Schreiben vom 28. Juli 2017 zu den Anträgen aus der Vernehmlassung Stellungnahm und einen überarbeiteten Antrag zur Genehmigung der Lärmgebührensuschläge und des Entlastungsmechanismus einreichte. Zu dieser aktualisierten Version des Antrags vom 28. Juli 2017 nahmen wiederum 15 Interessierte Stellung. Am 28. September 2017 reichte die FZAG ihre Schlussbemerkungen zu den Stellungnahmen zum Antrag vom 28. Juli 2017 ein.

28. Am 3. November 2017 erliess das BAZL eine prozessleitende Verfügung betreffend den Antrag zur Genehmigung der Lärmgebühren. Darin wurden die interessierten Kreise einerseits darüber informiert, dass das BAZL den Entlastungsmechanismus der WEKO zur Prüfung unterbreiten würde und andererseits darüber, dass das BAZL beabsichtigte, ein Gutachten beim *Center for Aviation Competence* der Universität St. Gallen unter der Leitung von Dr. Andreas Wittmer einzuholen. Die Verfügungsadressaten wurden eingeladen zum Fragekatalog sowie zur Ernennung des Sachverständigen Stellung zu nehmen.

¹⁴ Urteil des BVGer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, Sachverhalt C.

¹⁵ Urteil des BVGer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, Sachverhalt E, G.

¹⁶ Urteil des BVGer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, Sachverhalt J.

¹⁷ Urteil des BVGer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, E. 9, Dispositiv Ziff. 1 und 3.

¹⁸ Verfügung des BAZL vom 14. November 2013 über die Genehmigung der Flugbetriebsgebühren der FZAG für die Jahre 2014 bis 2017, Dispositiv, Ziff. 1 – 3.

¹⁹ Board of Airline Representatives in Switzerland, Swiss International Airlines AG, Deutsche Lufthansa AG, Edelweiss Air AG, Austrian Airlines AG und Germanwings GmbH.

²⁰ Das BAZL verfügte die übrigen Betriebsgebühren am 14. November 2013 (vgl. Rz 24). In der Beschwerde gegen diese Verfügung wurden u.a. grundlegende Fragen zur Gesetzeskonformität der FGV aufgeworfen.

²¹ Eingabe des BAZL vom 6. November 2017, Grundlagen Prüfung Entlastungsmechanismus, S. 1; E-Mail des BAZL vom 22. Juni 2018.

²² Urteil des BVGer A-7097/2013 vom 25. Juni 2015, Dispositiv, Ziff. 1 und 2.

29. Mit Schreiben vom 6. November 2017 legte das BAZL der WEKO den strittigen Entlastungsmechanismus zur Prüfung vor.

A.4 Entlastungsmechanismus

A.4.1 Wortlaut gemäss Antrag der FZAG vom 28. Juli 2017

30. Der Anhang A.2 des Antrags der FZAG vom 28. Juli 2017 zur Anpassung der Lärmgebührentarife während der Tagesrand- und Nachtstunden und der Einführung eines Entlastungsmechanismus für hubrelevante Flüge enthält den vorgesehenen Text für das Gebührenreglement:

2.7.1.2 Flugzeuglärmgebühr

[...]

[Tabelle: Tagesrand- und Nachtzuschläge pro Start]

[Tabelle: Tagesrand- und Nachtzuschläge pro Landung]

Anreizzahlung für Jetflugzeuge (unverändert):

[...]

Entlastungsmechanismus für Jetflugzeuge:

Die Flughafen Zürich AG entlastet auf Antrag und unter den folgenden Voraussetzungen Fluggesellschaften mit Relevanz für den Drehkreuzbetrieb am Flughafen Zürich:

- Die Fluggesellschaft betreibt während der Tagesrand- und Nachtstunden Passagierflüge (CATY 10) am Flughafen Zürich. Hierbei müssen die geplante und die tatsächliche Abflug- oder Ankunftszeit zwischen 21:00:01 und 07:00:00 LT liegen.
- Die Nonstop-Flugdistanz des betreffenden Fluges vom Herkunfts- bzw. Zielflughafen zum Flughafen Zürich muss mindestens 5'000 km betragen.
- Der jährliche Sitzladefaktor (SLF) der betreffenden Fluggesellschaft während den Tagesrand- und Nachtstunden muss grösser sein als der SLF von allen Fluggesellschaften am Flughafen Zürich während dieser Zeiten.

Falls die Fluggesellschaft die Kriterien des Entlastungsmechanismus erfüllt, wird ihr die Mehrbelastung durch die erhöhten Tagesrand- und Nachtzuschläge zurückerstattet.

Die Rückerstattung erfolgt nur für Flüge, deren geplante und tatsächliche Abflug-, beziehungsweise Ankunftszeit zwischen 21:00:01 und 23:00:00 oder 06:00:01 und 07:00:00 LT liegen.

Die Höhe der Rückerstattung definiert sich als die Differenz zwischen den tatsächlich gezahlten Lärmgebühren während Tagesrand- und Nachtstunden und den hypothetischen Lärmgebühren während Tagesrand- und Nachtstunden, die gezahlt worden wären, wenn das am 31.12.2014 gültige Lärmgebührenmodell auf die Flugbewegungen der betreffenden Gesellschaft im betreffenden Jahr angewendet worden wäre:

[Tabelle: Tagesrand- und Nachtzuschläge pro Start (Stand 31.12.2014)]

[Tabelle: Tagesrand- und Nachtzuschläge pro Landung (Stand 31.12.2014)]

A.4.2 Kontext des Entlastungsmechanismus

31. Der Antrag der FZAG vom 19. Dezember 2014, welcher durch den Antrag vom 28. Juli 2017 aktualisiert wurde, resultierte aus den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2013 und der Verfü-

gung des BAZL vom 14. November 2013 (Rz 164 ff.). Gemäss FZAG sollen die neuen Lärmgebührenzuschläge einerseits bei den Airlines Anreize schaffen, Flüge aus lärmsensiblen Tagesrand- und Nachtzeiten in weniger sensible Zeiten zu verlagern oder lärmgünstigere Flugzeugtypen einzusetzen. Andererseits soll das Modell so ausgestaltet sein, dass die Funktion des Flughafens Zürich als Landesflughafen mit Drehkreuzbetrieb nicht gefährdet wird.²³

32. Die vorgeschlagenen Lärmgebührenzuschläge für die Tagesrand- und Nachtstunden werden mit zum Teil vervierfachen Tarifen deutlich höher als bisher angesetzt. Gleichzeitig sieht die neue Abstufung ca. eine Verdoppelung pro Halbstundenschritt vor. Mit dieser Anhebung sollen die Fluggesellschaften zu einer möglichst zurückhaltenden Planung von Flugverbindungen in den Tagesrand- und Nachtstunden sowie gleichzeitig zur Benutzung von lärmarmen Flugzeugtypen motiviert werden.²⁴

33. Betreffend die bezweckte Lenkungswirkung räumte die FZAG ein, dass eine Airline mit Hub-Betrieb bei der Planung von Linienverbindungen ihre Flüge auf Anschlussflüge am Hub, an der Rotationsplanung ihrer Flotte und an der Slotverfügbarkeit ausrichten müsse. Eine zeitliche Lenkungswirkung über hohe Gebühren sei deshalb nur beschränkt wirksam, da das Anpassungspotenzial für solche Flüge aufgrund dieser komplexen Rahmenbedingungen sehr gering sei. Die Gebühren in prohibitiver Weise so hoch anzusetzen, dass die finanzielle Einflusschwelle eines Quasiverbots erreicht und der Flug insgesamt unattraktiv würde, sei nicht zielführend, wenn entsprechend der Forderung des Bundesverwaltungsgerichts gleichzeitig eine Gefährdung (Annullierung) der hubrelevanten Flüge ausgeschlossen werden solle. Davon zu unterscheiden sei die Zielsetzung, gerade in den Randzeiten möglichst lärmgünstiges Fluggerät einzusetzen. Dieses Anliegen decke das beantragte Modell dadurch ab, dass die Startzuschläge für lärmige Flugzeuge in den Rand- und Nachtzeiten erheblich höher ausfallen als bei lärmarmen Maschinen. Wenn ein Flug aus obenerwähnten Gründen trotz der erhöhten Lärmgebührenzuschläge (in zeitlicher Hinsicht) nicht in den Tag verlegt werden könne, bestehe bei der Fluggesellschaft immer noch der Anreiz, diesen Flug mit einem lärmgünstigeren Flugzeug und somit innerhalb einer günstigeren Lärmklasse durchzuführen.²⁵

34. Gemäss FZAG habe sich nach diversen Gesprächen mit Flughafenutzern am Flughafen Zürich gezeigt, dass die vorgeschlagene Erhöhung der Lärmgebührentarife sehr wahrscheinlich erhebliche Auswirkungen auf den Hubbetrieb am Flughafen Zürich haben würde. Entsprechend wurde von der FZAG die Entlastung von hubrelevanten Flügen mittels eines Entlastungsmechanismus beantragt.²⁶

²³ Antrag der FZAG vom 28. Juli 2017, S. 1 f.

²⁴ Antrag der FZAG vom 19. Dezember 2014, S. 3 f.

²⁵ Antrag der FZAG vom 28. Juli 2017, S. 3 f.

²⁶ Antrag der FZAG vom 19. Dezember 2014, S. 4.

A.4.3 Erläuterungen zur Funktionsweise

A.4.3.1 Kriterien

35. Damit eine Fluggesellschaft von der Entlastung profitieren kann müssen drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

A.4.3.1.1 Abflug-/Ankunftszeit

- Die Fluggesellschaft betreibt während der Tagesrand- und Nachtstunden Passagierflüge (CATY 10) am Flughafen Zürich. Hierbei müssen die geplante und die tatsächliche Abflug- oder Ankunftszeit zwischen 21:00:01 und 07:00:00 LT liegen.

36. Damit eine Fluggesellschaft vom Entlastungsmechanismus profitieren kann, muss sie Passagierflüge mit geplanter und auch tatsächlicher Abflug- oder Ankunftszeit am Flughafen Zürich zwischen 21:00:01 und 07:00:00 Ortszeit betreiben.

A.4.3.1.2 Nonstop-Flugdistanz

- Die Nonstop-Flugdistanz des betreffenden Fluges vom Herkunfts- bzw. Zielflughafen zum Flughafen Zürich muss mindestens 5'000 km betragen.

37. Dieses Kriterium bezieht sich gemäss FZAG und BAZL auf die ganze Fluggesellschaft und nicht auf einzelne Flüge. Das bedeutet, dass eine Fluggesellschaft, welche Flüge mit einer Nonstop-Flugdistanz $\geq 5'000$ km durchführt auch für Flüge mit einer Flugdistanz $< 5'000$ km entlastet wird (sofern die andern Kriterien erfüllt sind), da vermutet wird, dass sämtliche Flüge mit einer Flugdistanz $< 5'000$ km Zubringerflüge sind.²⁷ Gemäss FZAG entspricht die Entlastung sowohl der Interkontinentalflüge als auch der europäischen Zubringerflüge und somit der ganzen Fluggesellschaft den Vorgaben des Luftfahrtpolitischen Berichts des Bundesrats (LUPO 2016)²⁸, gemäss welchem der Flughafen Zürich attraktive Rahmenbedingungen zu bieten habe, die einer Fluggesellschaft den Betrieb eines Drehkreuzes ermögliche. Dafür seien eine grosse Anzahl an interkontinentalen Direktverbindungen aufrechtzuerhalten. Einzig die Strecken nach New York, Singapur, Tel Aviv, Bangkok und Dubai könnten heute mit dem lokalen Passagieraufkommen rentabel betrieben werden. Alle anderen Interkontinentalstrecken könnten nur dank Zubringerflügen und Umsteigepassagieren ab Zürich als Direktverbindungen angeboten werden.²⁹

38. Aus diesen Gründen sollen sowohl Interkontinentalflüge als auch die europäischen Zubringerflüge und damit die ganze Fluggesellschaft gemäss den Vorgaben des Bundesrates entlastet werden.

A.4.3.1.3 Jährlicher Sitzladefaktor

- Der jährliche Sitzladefaktor (SLF) der betreffenden Fluggesellschaft während den Tagesrand- und Nachtstunden muss grösser sein als der SLF von allen Fluggesellschaften am Flughafen Zürich während dieser Zeiten.

39. Der «jährliche SLF der betreffenden Fluggesellschaft während der Tagesrand- und Nachtstunden» wird definiert als alle während des Jahrs durch die entsprechende Fluggesellschaft beförderten Passagiere auf Flügen mit «Air borne Time» (Abheben des Flugzeuges) / «touch down time» (Aufsetzen des Flugzeuges auf der

Piste) in den Tagesrand- und Nachtstunden geteilt durch die angebotenen Sitze auf diesen Flügen.³⁰

40. Die Voraussetzung ist erfüllt, wenn der jährliche SLF der betreffenden Fluggesellschaft während der Tagesrand- und Nachtstunden grösser ist als der SLF von allen Fluggesellschaften am Flughafen Zürich während dieser Stunden, wobei der «SLF aller Fluggesellschaften» dem «durchschnittlichen SLF aller Fluggesellschaften» zu diesen Zeiten entspricht.³¹

41. Die FZAG präzisiert diesbezüglich, dass der SLF jedes Jahr basierend auf der tatsächlichen Flugzeugauslastung erneut berechnet wird und sich mithin laufend ändert, sodass namentlich der SLF der SWISS nicht zwingend über dem Durchschnitt liegen muss. Somit können auch die anderen Fluggesellschaften von dem Kriterium des SLF profitieren, wenn sie auf einer nicht ausgelasteten Strecke kleinere und emissionsarme Flugzeuge einsetzen. Für das Jahr 2016 hat der durchschnittliche SLF für den Flughafen Zürich 75.4 % betragen. SWISS hatte einen SLF von [...] % und lag damit an [...] Stelle der 58 Fluggesellschaften.³²

A.4.3.2 Entlastung

42. Fluggesellschaften werden auf Antrag unter den erwähnten drei Voraussetzungen entlastet. Die Entlastung trägt die Mehrbelastung durch die beantragte Erhöhung der Tagesrand- oder Nachtzuschläge. Das heisst, dass die entlastete Fluggesellschaft für die entlasteten Flüge weiterhin die (tiefere) Gebühr bezahlt, die sie hätte bezahlen müssen, wenn das am 31.12.2014 gültige Lärmgebührenmodell auf die Flugbewegungen angewendet worden wäre.

43. Somit stellt die Entlastung die Differenz zwischen dem «alten» und dem «neuen» Lärmgebührenmodell dar. Die Lärmgebühren sind von allen Fluggesellschaften zu entrichten, werden jedoch auf Antrag und nach der Prüfung zurückerstattet.

44. Die Rückerstattung erfolgt jedoch «nur» für Flüge, deren geplante und auch tatsächliche Abflugzeit zwischen 21:00:01 und 23:00:00 Ortszeit oder deren geplante und tatsächliche Ankunftszeit zwischen 06:00:01 und 07:00:00 Ortszeit liegen.

A.4.4 Finanzielle Auswirkungen

45. Basierend auf den tatsächlichen Bewegungen 2014 bis 2016 hat die FZAG die Auswirkungen der erhöhten Tagesrand- und Nachtzuschläge sowie des Entlastungsmechanismus kalkuliert. Dafür wurden die Daten von 105'883 Flugbewegungen in den Tagesrand- und Nachtstunden (21:00 bis 07:00 Uhr) von 95 Airlines ausgewertet.³³

²⁷ E-Mail BAZL vom 29. Mai 2018 und 22. Juni 2018.

²⁸ BBI 2016 1847.

²⁹ BBI 2016 1900, 1914.

³⁰ E-Mail BAZL vom 22. Juni 2018.

³¹ E-Mail BAZL vom 22. Juni 2018.

³² E-Mail BAZL vom 29. Mai 2018.

³³ Antrag der FZAG vom 28. Juli 2017, Anhang A.1.

46. Im Jahr 2016 betragen die Tagesrand- und Nachtzuschläge insgesamt CHF 3.7 Mio. für die 58 Fluggesellschaften, welche in der fraglichen Zeit Linien- und Charterflüge durchgeführt haben. Wären die beantragten Tarife bereits bewilligt worden, hätten die Tagesrand- und Nachtzuschläge im Jahr 2016 insgesamt CHF 9.8 Mio. für diese 58 Fluggesellschaften ausgemacht. Die Erhöhung der Tagesrand- und Nachtzuschläge aufgrund der beantragten Tarife hätte für das Jahr 2016 somit insgesamt CHF 6.1 Mio. für diese 58 Fluggesellschaften betragen.

47. Von diesen CHF 6.1 Mio. wären CHF 1.2 Mio. an diejenigen Fluggesellschaften für Flüge mit geplanter und tatsächlicher Abflugs-/Ankunftszeit zwischen 21.00-23.00 und 6.00-7.00 rückvergütet worden, welche die Voraussetzungen des Entlastungsmechanismus erfüllen (Kap. A.4.3.1).

48. Folgende Fluggesellschaften erfüllten in den Jahren 2014 – 2016 die Voraussetzung für eine Entlastung und wären mit folgenden Beträgen entlastet worden:³⁴

Fluggesellschaften mit Entlastung	Entlastung		
	Jahr	2014	2015
In TCHF	1'000 – 1'500	1'000 – 1'500	1'000 – 1'500
Fluggesellschaft 1	1'000 – 1'500	1'000 – 1'500	1'000 – 1'500
Fluggesellschaft 2	100 – 200	0 – 100	0 – 100
Fluggesellschaft 3	0 – 100	0 – 100	0 – 100
Fluggesellschaft 4	0 – 100	0 – 100	0 – 100
Fluggesellschaft 5	0 – 100	0 – 100	0 – 100
Fluggesellschaft 6	0 – 100	0 – 100	0 – 100
Fluggesellschaft 7	0 – 100	0 – 100	0 – 100
Fluggesellschaft 8	0 – 100	0 – 100	0 – 100

49. Wie aus der Tabelle ersichtlich ist, profitiert hauptsächlich Swiss vom vorliegenden Entlastungsmechanismus. Diesbezüglich weist die FZAG darauf hin, dass SWISS sich nicht aufgrund der SLF-Voraussetzung (vgl. Rz 41), sondern nur aufgrund der kumulierten Erfüllung aller Voraussetzungen (Kap. A.4.3.1) für eine Entlastung qualifiziert habe.

B. Formelles

B.1 Zuständigkeit

50. Am 2. Juni 2002 ist das zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft beschlossene LVA in Kraft getreten. In Art. 13 LVA werden die Beihilfen geregelt. In Verbindung mit Art. 12 LVA gelten die Bestimmungen auch in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen mit besonderen oder ausschliesslichen Rechten.

51. Gemäss Art. 13 Abs.1 LVA sind, soweit das Abkommen nicht etwas anderes bestimmt, staatliche oder aus staatlichen Mitteln der Schweiz oder eines EG-Mitgliedstaates gewährte Beihilfe gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Abkommen unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Vertragsparteien

beeinträchtigen. In den Absätzen 2 und 3 werden sodann die Ausnahmen bzw. «Vereinbarkeiten» geregelt.

52. Während das LVA den Gemeinschaftsorganen in den meisten Fällen die Anwendung und Kontrolle der Wettbewerbsregeln übertragen hat (Art. 11 LVA)³⁵, bleibt die Überwachung der staatlichen Beihilfen gemäss Art. 14 LVA im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Vertragspartei (Zwei-Säulen-System). Diese Bestimmung beinhaltet nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht für die Schweiz, alle Beihilfen auf ihre Vereinbarkeit mit den materiellen Regeln über staatliche Beihilfen zu überprüfen.³⁶

³⁴ E-Mail BAZL vom 29. Mai 2018.

³⁵ Die WEKO bleibt einzig zuständig für binnenrechtliche Sachverhalte (Art. 10 LVA) sowie in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten, wobei sie in letzterem Fall EU-Recht bzw. Art. 8 und 9 LVA anwendet (Art. 11 Abs. 2 LVA).

³⁶ Botschaft zur Änderung des Luftfahrtgesetzes (Prüfung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG) vom 10. September 2003, BBl 2003 6241, 6243.

53. Somit ist die Schweiz gemäss Art. 14 LVA für die Überprüfung der Beihilfen nach Art. 13 LVA in der Schweiz zuständig, wobei Sorge zu tragen ist, dass die EU-Kommission über Verfahren in Kenntnis gesetzt wird, mit denen die Einhaltung der Regeln von Art. 12 und 13 sichergestellt werden. Die Zuständigkeit wurde am 7. März 2003 durch den Bundesrat an die Schweizerische Wettbewerbskommission (WEKO) übertragen.³⁷ Die gesetzliche Grundlage wurde sodann mit Art. 103 LFG geschaffen. Dieser trat am 1. September 2004 in Kraft.

54. Mit Art. 103 LFG wurde die WEKO mit der Aufgabe betraut, die Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem LVA zu überprüfen:

III. Überprüfung von Beihilfen

¹ Die Wettbewerbskommission prüft, ob mit Artikel 13 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vereinbar sind:

a. die Entwürfe zu Beschlüssen des Bundesrates, welche bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige im Anwendungsbereich des Abkommens begünstigen, insbesondere Leistungen und Beteiligungen nach den Artikeln 101 und 102 dieses Gesetzes;

b. gleichartige Unterstützungsmassnahmen von Kantonen und Gemeinden oder anderen schweizerischen öffentlich-rechtlichen oder gemischt-wirtschaftlichen Körperschaften oder Anstalten;

c. gleichartige Unterstützungsmassnahmen der Europäischen Gemeinschaft oder ihrer Mitgliedstaaten.

² Die Wettbewerbskommission ist bei der Prüfung vom Bundesrat und von der Verwaltung unabhängig.

³ Die für den Beschluss zuständigen Behörden berücksichtigen das Ergebnis der Prüfung.

55. Vorliegend ist die WEKO somit zuständig für die Überprüfung einer allfälligen Beihilfe gemäss Art. 13 LVA.

B.2 Anwendbares Verfahrensrecht

56. Während die Zuständigkeit der WEKO in Art. 103 LFG i.V. mit Art. 14 LVA geklärt ist, enthalten weder das LVA noch das KG als Instrument der WEKO beihilfespezifische Verfahrensregeln. Insbesondere Bestimmungen wie Art. 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)³⁸, welcher namentlich ein Anmeldeverfahren für beabsichtigte Beihilfen vorsieht, wurden in der Schweizer Gesetzgebung keine geschaffen.³⁹ Des Weiteren finden sich weder im LVA selbst noch in den im Anhang enthaltenen Regelwerken EU-Verfahrensbestimmungen im Bereich Beihilfen, welche für die Schweiz anwendbar wären. Während im Anhang des LVA Verordnungen aufgeführt sind, die Verfahrensregeln im Wettbewerbsbereich enthalten⁴⁰, fehlen analoge Bestimmungen im Bereich Beihilfen.

57. Es gilt somit Art. 103 LFG, der der WEKO die Zuständigkeit für die Beihilfeprüfung überträgt, genauer zu analysieren.

B.3 Verfahren nach LFG

58. Gemäss dem Wortlaut von Art. 103 Abs. 3 LFG prüft die WEKO, ob die in diesem Absatz genannten Bestim-

mungen und Massnahmen mit Art. 13 LVA vereinbar sind. Gemäss Abs. 3 *berücksichtigen* die für den Beschluss zuständigen Behörden das *Ergebnis der Prüfung*.

59. Nach grammatikalischer Auslegung kann die WEKO nicht verfügen, da die für den Beschluss zuständigen Behörden das Ergebnis lediglich *berücksichtigen* (im Gegensatz zu befolgen) müssen. Art. 103 Abs. 3 LFG begründet somit keine Pflicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)⁴¹ zur Aufhebung der Massnahme oder zur Rückforderung der unrechtmässig gewährten Beihilfe. Eine historische Auslegung von Art. 103 Abs. 3 LFG ist aufgrund fehlender Ausführungen zur Rechtsfolge der Beihilfenprüfung in der Botschaft nicht möglich. Fest steht einzig, dass der Gesetzgeber bewusst den Begriff „berücksichtigen“ gewählt und der WEKO somit keine Verfügungskompetenz eingeräumt hat.

60. Die Konsequenz daraus ist, dass das VwVG nicht anwendbar ist und somit kein Verwaltungsverfahren im eigentlichen Sinne durchgeführt werden kann (vgl. Art. 1 Abs. 1 VwVG). Dies bedeutet wiederum, dass es im Rahmen der Beihilfeprüfung keine Parteistellung, keine Mitwirkungspflicht und keine Untersuchungsmassnahmen nach VwVG geben kann. Das Ergebnis der Beihilfenprüfung kann auch nicht direkt angefochten werden. Angefochten werden kann im vorliegenden Fall einzig die Verfügung des BAZL, welche das Ergebnis der Beihilfeprüfung der WEKO berücksichtigt.

61. Diese Auslegung wurde auch durch die DEA im Zusammenhang mit der in Art. 14 LVA statuierten Informationspflicht gegenüber der EU bestätigt. So stellte die DEA klar, dass die „endgültige Entscheidung“ im Sinne von Art. 14 LVA i.V.m. Art. 103 LFG bei der Behörde, welche die Beihilfe gewährt (im vorliegenden Fall das BAZL), und nicht bei der Behörde, welche die Beihilfeprüfung vornimmt (WEKO), liegt.⁴²

³⁷ RPW 2004/4, 1304, Rz 26, *Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport International de Genève*.

³⁸ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABl C 115 vom 9.5.2008 (nachfolgend: AEUV).

³⁹ Die Botschaft zur Änderung des Luftfahrtgesetzes (Fn 36) hält jedoch fest, dass «die Kantone und Gemeinden verpflichtet sein [werden], die Wettbewerbskommission über sämtliche Vorhaben für staatliche Beihilfen, die unter die neue Bestimmung fallen, zu unterrichten und deren Stellungnahme zu berücksichtigen. Ihre Verpflichtung besteht hauptsächlich darin, die Wettbewerbskommission zu konsultieren», 6246.

⁴⁰ Vgl. bspw. Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1/1 vom 4.1.2003.

⁴¹ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

⁴² Schreiben der DEA vom 14. Dezember 2018.

C Materielles

C.1 Anwendbares materielles Recht

62. Art. 13 LVA stellt das anwendbare materielle Recht für die Beihilfenprüfung dar. Der Beihilfetatbestand von Art. 13 LVA entspricht – mit wenigen Ausnahmen in den Absätzen 2 und 3 betreffend mögliche zulässige Beihilfen – Art. 107 des AEUV.

63. Zudem gelten gemäss Art. 1 Abs. 2 LVA die Bestimmungen, die im Abkommen sowie in den im Anhang aufgeführten *Verordnungen und Richtlinien* enthalten sind, unter den im Folgenden genannten Bedingungen:

Soweit diese Bestimmungen im Wesentlichen mit den entsprechenden Regeln des EG-Vertrags und den in Anwendung des EG-Vertrags erlassenen Rechtsvorschriften übereinstimmen, sind sie hinsichtlich ihrer Umsetzung und Anwendung in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteilen, Beschlüssen und Entscheidungen des Gerichtshofs und der Kommission der Europäischen Gemeinschaft auszulegen. Die nach Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen werden der Schweiz übermittelt. Auf Verlangen einer Vertragspartei werden die Folgen der letztgenannten Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen im Hinblick auf ein ordnungsgemässes Funktionieren dieses Abkommens vom Gemeinsamen Ausschuss festgestellt.

64. In der Literatur wird das LVA denn auch als sogenannter partieller Integrationsvertrag bezeichnet, da das LVA in Art. 1 Abs. 2 bestimme, dass, soweit die Bestimmungen des Rechts übereinstimmen, sie inhaltlich in Übereinstimmung mit den Präjudizen der Unionsgerichte und der Kommission auszulegen seien. Somit komme der in der Union bestehende *acquis* im Bereich des Luftverkehrs auch zur Anwendung. Die Anwendbarkeit der Art. 107 ff. AEUV sei allerdings auf den Bereich des Luftverkehrssektors begrenzt und finde ausserhalb dieses Bereichs keine Anwendung.⁴³

65. Im Anhang des LVA werden nicht alle Verordnung und Leitlinien, die die Vertragspartei (EU-Kommission) für die materielle Beurteilung der Beihilfen anwendet, aufgelistet. Gemäss Art. 1 Abs. 2 LVA müssten die nach der Unterzeichnung des Abkommens eintretenden Fortentwicklungen des *acquis* durch die Vertragspartei informationshalber übermittelt werden. Deren Folgen für die Anwendung des LVA werden auf Antrag durch den Gemischten Ausschuss festgelegt.

66. Bis anhin ist nicht bekannt, dass die erwähnten Entwicklungen in der EU der Schweiz, bzw. dem gemischten Ausschuss übermittelt worden wären. Es scheint somit fraglich, ob die ergänzenden Regelwerke, die nach dem Inkrafttreten des LVA ergangen sind, im Rahmen der Beihilfeprüfung anzuwenden wären.

67. So hat die Kontaktaufnahme mit der DEA bestätigt, dass EU-Regeln, welche nicht im Anhang aufgeführt sind, grundsätzlich nicht für die Schweiz gelten würden. Jedoch sei die Rechtsprechung bezüglich der Beurteilung von Beihilfen trotzdem zu berücksichtigen.

68. Die EU-Kommission sowie die Rechtsmittelinstanzen stützen sich in ihren Beurteilungen auf die Verordnungen, Leitlinien und Merkblätter. Während es in der Schweiz möglich sein sollte, sich auf Leitlinien und

Merkblätter der EU zu stützen, da diese die Rechtsprechung zusammenfassen, stellt sich die Frage, ob die Schweiz in Anlehnung an die europäische Rechtsprechung zu den erwähnten Verordnungen indirekt zu einem analogen Resultat kommen sollte.

69. Die DEA hat zu dieser Problematik ausgeführt, dass die Rechtsprechung des EuGH Einfluss auf die Auslegung des LVA habe. Die Schweizer Behörden und insbesondere die Gerichte würden die Rechtsprechung des EuGHs zu den Bestimmungen, die aus dem EU-Recht in dieses Abkommen integriert worden seien, soweit es darin vorgesehen sei und für das gute Funktionieren der Abkommen notwendig sei, berücksichtigen.

70. Die Rechtsprechung der EU in diesem Bereich stützt sich jedoch auf alle Verordnungen, unter welchen sich auch Verordnungen (bspw. die «De-minimis-Verordnung»⁴⁴) befinden, die nicht im Anhang des LVA aufgelistet sind. Eine zumindest indirekte Anwendung bzw. Orientierung an den Verordnungen, die nach dem Inkrafttreten des LVA in Kraft getreten sind, erscheint demnach angebracht.

71. Eine abschliessende Beurteilung der möglichen direkten Anwendbarkeit der Verordnungen, die nicht im Anhang des LVA enthalten sind, kann jedoch offengelassen werden, da für die vorliegende Beurteilung keine Notwendigkeit besteht, eine in Frage stehende Verordnung anzuwenden.

C.2 Staatliche Beihilfe gemäss 13 LVA

C.2.1 Voraussetzungen

72. Gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA sind **staatliche oder aus staatlichen Mitteln** der Schweiz oder eines Mitgliedstaats gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die **Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen**, mit diesem Abkommen unvereinbar, soweit sie **den Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen**.

⁴³ CLAUDIA SEITZ/STEPHAN BREITENMOSER, Das Subventionsrecht der Schweiz im Lichte des Europäischen Beihilfereicht und des Subventionsrechts der WTO in Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Bern 2010, 139-165 mit Verweisen auf STEPHAN BREITENMOSER, Sectoral Agreements between the EC and Switzerland: Contents and Context („Sectoral Agreements“), CMLR 2003, 1144ff., m.w.N.; ANDREAS KELLERHALS/ROGER ZÄCH, Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU, 2007, Rz. 21.

⁴⁴ Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. L 352/1 vom 24.12.2013.

73. Damit eine Beihilfe mit dem LVA unvereinbar ist, müssen die folgenden Tatbestandsmerkmale erfüllt sein: 1) Staatlichkeit (Zurechenbarkeit an den Staat und Finanzierung aus staatlichen Mitteln), 2) Begünstigung (wirtschaftlicher Vorteil und Selektivität), 3) Wettbewerbsverfälschung und 4) Handelsbeeinträchtigung.⁴⁵

74. Wenn auch nur eines dieser Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt ist, fällt die Massnahme nicht unter Art. 13 LVA.⁴⁶ Die Tatbestandsmerkmale werden nachfolgend einzeln geprüft (Kap. C.3). In einem ersten Schritt gilt es jedoch zu bestimmen, ob eine Ausnahme gemäss Art. 13 Abs. 2 oder 3 LVA vorliegt (Kap. C.2.2).

C.2.2 Vorliegen einer Ausnahme

75. In der Beihilfeprüfung der EU prüft der jeweilige Mitgliedstaat, ob eine Beihilfe vorliegt und allenfalls eine Ausnahme (gemäss AEUV oder aber eines vom Rat oder der Europäischen Kommission erlassenen Rechtsakts oder einer Mitteilung) gegeben ist, die die Beihilfe erlauben würde. Falls eine Ausnahme vorliegt, besteht keine Meldepflicht.

76. Für den vorliegenden Fall gilt es somit vorab zu prüfen, ob eine entsprechende Ausnahme vorliegt, die dazu führen würde, dass sich die Prüfung der Beihilfe erübrigen würde.

77. In Analogie zur Beihilfeprüfung in der EU unterscheiden die Ausnahmetatbestände eng eingegrenzte Legalausnahmen in Art. 13 Abs. 2 LVA und weiterreichende, mit erheblichen Ermessensspielräumen verbundene Erlaubnistatbestände in Art. 13 Abs. 3 LVA. Beide Ausnahmenvorschriften sind eng auszulegen. In der EU hat der Mitgliedstaat, der sich auf die Voraussetzungen dieser Ausnahmenvorschriften beruft, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu beweisen.⁴⁷

78. Art. 13 Abs. 2 LVA:

(2) Mit diesem Abkommen vereinbar sind:

- a) Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden;
- b) Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind.

79. Art. 13 Abs. 2 Bst. a und b LVA entsprechen Art. 107 Abs. 2 Bst. a und b AEUV. Art. 107 Abs. 2 Bst. c AEUV wurde nicht ins LVA übernommen, da diese Bestimmung Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Trennung Deutschlands betroffener Gebiete betrifft.

80. Liegt einer der in Art. 13 Abs. 2 LVA genannten Tatbestände vor, so ist die fragliche Beihilfe *ipso iure* mit dem Binnenmarkt vereinbar. Es verbleibt kein Rechtsfolgenmass. Auch diese Beihilfen unterliegen allerdings insoweit der Kontrolle, als dass das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu prüfen ist.⁴⁸

81. Vorliegend erfüllt der Entlastungsmechanismus die Voraussetzungen für eine der beiden Legalausnahmen von Art. 13 Abs. 2 LVA nicht.

82. Art. 13 Abs. 3 LVA:

(3) Als mit diesem Abkommen vereinbar können angesehen werden:

a) Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht;

b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben einer Vertragspartei;

c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

83. Art. 13 Abs. 3 Bst. a, b und c LVA entsprechen inhaltlich Art. 107 Abs. 3 Bst. a, b und c AEUV. Art. 107 Abs. 3 Bst. d und e AEUV wurden nicht ins LVA übernommen. Buchstabe d betrifft Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, was im Anwendungsbereich des LVA nicht relevant sein dürfte. Buchstabe e ermächtigt den Rat sonstige Arten von Beihilfen zu bestimmen, was für den Anwendungsbereich des LVA durch die Nichtübernahme von Buchstabe e nun ausgeschlossen wurde.

84. Art. 13 Abs. 3 LVA gibt die Möglichkeit, staatliche Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären. Schon aus dem Wortlaut («können») wird ersichtlich, dass ein grosser Ermessensspielraum vorliegt. Dieses Ermessen muss «nach Massgabe wirtschaftlicher und sozialer Wertungen ausgeübt werden, die auf die Gemeinschaft als Ganzes zu beziehen sind».⁴⁹

⁴⁵ Während in der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV, ABl. C 262/01 vom 19.7.2016 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe) die Tatbestandsmerkmale «Vorliegen eines Unternehmens», «Zurechenbarkeit der Massnahme an den Staat», «Finanzierung der Massnahme aus staatlichen Mitteln», «Gewährung eines Vorteils», «Selektivität der Massnahme» und «Auswirkungen der Massnahme auf den Wettbewerb und den Handel» einzeln aufgelistet werden (Ziff. 5), stellen in der Literatur (vgl. namentlich ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, in: Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfen/Sonderbereiche, Kommentar, Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], 5. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 39 ff. und 247 ff. [zit. MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker]) – in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 107 AEUV – die «Staatlichkeit» und die «Begünstigung» neben der «Wettbewerbsverfälschung» und «Handelsbeeinträchtigung» die zu prüfenden Tatbestandsmerkmale dar. Für die Erfüllung dieser Tatbestandsmerkmale müssen jedoch die Untervoraussetzungen der «Zurechenbarkeit an den Staat» und der «Finanzierung aus staatlichen Mitteln» (für die «Staatlichkeit») sowie des «wirtschaftlichen Vorteils» und der «Selektivität» (für die «Begünstigung») erfüllt sein. Für andere Autoren stellt zwar die «Staatlichkeit» (Zurechenbarkeit und staatliche Mittel) ein einziges Tatbestandselement dar, der «wirtschaftliche Vorteil» und die «Selektivität» jedoch zwei getrennte Tatbestandselemente (vgl. Münchner Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfen- und Vergaberecht, München 2011, Art. 107 AEUV Rz 101 ff.).

⁴⁶ Münchner Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfen- und Vergaberecht, München 2011, Art. 107 AEUV, Rz 101 ff.

⁴⁷ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 1 ff.

⁴⁸ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 7.

⁴⁹ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 1 ff.

85. In der EU kann die Kommission ihr Ermessen binden, indem sie Instrumente des *soft law* annimmt und darin darlegt, wie sie in Zukunft ihr Ermessen ausüben wird. Typischerweise werden diese Instrumente als Leitlinien oder Unionsrahmen bezeichnet, manchmal einfach nur als Mitteilung.⁵⁰

86. Im Bereich Luftverkehr hat die europäische Kommission im Jahr 2014 die «Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften»⁵¹ erlassen, welche die Luftverkehrsleitlinien aus den Jahren 1994 und 2005 ersetzen. Die Leitlinien beschreiben die neue rechtliche und wirtschaftliche Situation hinsichtlich der öffentlichen Förderung von Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften und erläutern die Voraussetzungen, unter denen eine derartige öffentliche Förderung eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. In den Leitlinien ist ebenfalls dargelegt, unter welchen Voraussetzungen eine Förderung, die eine staatliche Beihilfe beinhaltet, mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.⁵² Dabei wird in Bezug auf Beihilfen für Luftverkehrsgesellschaften einzig erläutert, wann eine Anlaufbeihilfe für Luftverkehrsgesellschaften für die Eröffnung einer neuen Strecke zur besseren Anbindung eines Gebiets als nach Art. 107 Abs. 3 Bst. c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar erachtet werden kann.⁵³

87. Unter Berücksichtigung der europäischen Rechtsprechung handelt es sich beim vorliegenden Entlastungsmechanismus nicht um eine Anlaufbeihilfe zugunsten einer bestimmten Fluggesellschaft für die Eröffnung einer neuen Strecke, welche gemäss EU-Luftverkehrsleitlinien in der EU unter Art. 107 Abs. 3 Bst. c AEUV fallen könnte und in der Schweiz in Anlehnung an die EU-Praxis unter Art. 13 Abs. 3 Bst. c LVA zu prüfen wäre.

88. Der Entlastungsmechanismus stellt auch keine Beihilfe zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung aussergewöhnlich niedrig ist (Art. 13 Abs. 3 Bst. a LVA) oder zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamen europäischem Interesse oder zur Behebung von beträchtlichen Störungen im Wirtschaftsleben einer Vertragspartei (Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA) dar.

89. Ob der Entlastungsmechanismus – ausserhalb des in den EU-Luftverkehrsleitlinien diskutierten Falls der Anlaufbeihilfe – eine Beihilfe zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete im Sinne von Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA darstellen könnte, ist fraglich. Der Erhalt des Hubbetriebs und der damit einhergehende Erhalt der hubrelevanten Fluggesellschaften kann *prima facie* nicht unter «Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete» subsumiert werden.

90. Ausserdem wurden in der europäischen Rechtsprechung Argumente, wonach die Beihilfen dem Ausgleich unterschiedlicher rechtlicher, geographischer und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen dienen würden, stets zurückgewiesen. Diese Rahmenbedingungen seien Teil der vom AEUV vorausgesetzten Wettbewerbsbedingungen. Auch aus diesen Unterschieden würden Anreize zum Wettbewerb im Binnenmarkt resultieren. Soweit eine Angleichung der rechtlichen Rahmenbedingungen für wünschenswert erachtet würde, hätte diese im Wege

der Rechtsangleichung zu erfolgen. Eine Angleichung der Kostensituation von Unternehmen durch staatliche Beihilfen sei im System des AEUV nicht vorgesehen.⁵⁴

91. Der Entlastungsmechanismus kann somit unter dem Titel der Ausnahmen nicht mit dem Argument begründet werden, dass der Hubbetrieb des Flughafen Zürichs erhalten bleiben soll und die hubrelevanten Fluggesellschaften entlastet werden sollen, um auf dem europäischen Markt mitzuhalten.

92. Es sind vorliegend keine Ausnahmen gegeben, weshalb eine Beihilfeprüfung nach Art. 13 LVA durchgeführt wird.

C.3 Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit

93. Bezugnehmend auf die europäische Norm der Beihilfe umfasst das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit («staatliche oder aus staatlichen Mitteln») zwei Tatbestandsmerkmale, die – anders als der Wortlaut von Art. 13 LVA und 107 AEUV vermuten liesse – kumulativ vorliegen müssen, damit das Verbot greift: Die Massnahme muss dem Staat *zurechenbar* sein (Kap. C.3.1) und die Gewährung des Vorteils muss aus *staatlichen Mitteln* stammen (Kap. C.3.2).⁵⁵

C.3.1 Zurechenbarkeit

94. Gemäss Lehre und Rechtsprechung kann die Zurechenbarkeit einer Massnahme an den Staat sowohl auf der (unmittelbaren) Beteiligung staatlicher Stellen (Kap. C.3.1.1) als auch auf einer mittelbaren Beteiligung staatlicher Stellen (Kap. C.3.1.2) an deren Erlass beruhen.

C.3.1.1. Unmittelbare Zurechenbarkeit

95. Der Begriff «staatliche Beihilfen» umfasst zunächst alle direkt vom Staat sowie von allen (mitgliedstaatlichen) Hoheitsträgern gewährten Beihilfen. In der Schweiz wären darunter Beihilfen von Bund, Kantonen, Gemeinden, öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten zu verstehen. Wenn eine Behörde eine Beihilfe gewährt, ist diese stets dem Staat zuzurechnen, auch wenn die Behörde unabhängig agiert.⁵⁶

96. Die Zurechenbarkeit an den Staat ist jedoch weniger offensichtlich, wenn der Vorteil über öffentliche Unternehmen gewährt wird. In solchen Fällen muss geprüft werden, ob davon auszugehen ist, dass die Behörden in irgendeiner Weise am Erlass der Massnahme beteiligt waren (Rz 108 f.).⁵⁷

⁵⁰ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 9 ff.

⁵¹ Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl. C 99/3 vom 4.4.2014 (nachfolgend: EU-Luftverkehrsleitlinien).

⁵² Europäische Kommission Pressemitteilung <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-172_de.htm> (12.4.2018).

⁵³ EU-Luftverkehrsleitlinien (Fn 51), Rz 138 ff.

⁵⁴ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 314.

⁵⁵ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 1 Rdnr. 274; EU-Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 45), Rz 38; EuGH 17.3.1993, Rs. C-72/91 und C-73/91, *Sloman Neptun Schifffahrts AG*, Rz 19; EuGH 13.3.2001, Rs. C-379/98, *PreussenElektra AG*, Rz. 58.

⁵⁶ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 249.

⁵⁷ EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 45), Rz 40.

97. Während früher der Kanton Zürich selbst (somit der „Staat“) Inhaber der Betriebskonzession des Flughafens Zürich war, wurde die Betriebskonzession bei der Neuvergabe im Jahr 2001 an die FZAG übertragen.⁵⁸ Die FZAG betreibt seit dem Jahr 2000 als privatisierte, an der Börse kotierte Unternehmung im Auftrag des Bundes den Flughafen Zürich.⁵⁹ Es stellt sich somit die Frage, ob – in Abwesenheit einer Integration des Flughafens in die (Kantons-)Verwaltung – auch Massnahmen der FZAG unmittelbar dem Staat zugerechnet werden können.

98. Der in Frage stehende Entlastungsmechanismus wäre dem Staat unmittelbar zuzurechnen, wenn der Staat entweder die FZAG und damit insbesondere die in Frage stehende Massnahme kontrollieren würde (Kap C.3.1.1.1) oder die FZAG unabhängig von einer Kontrolle durch den Staat als private Verwaltungsträgerin qualifiziert würde, welche betreffend die zu beurteilende Massnahme mit hoheitlichen Kompetenzen ausgestattet wäre (Kap C.3.1.1.2). Diese beiden möglichen Konstellationen werden nachfolgend einzeln geprüft.

C.3.1.1.1 Qualifikation der FZAG – Kontrollverhältnisse

99. Schweizer Flughäfen sind unterschiedlich organisiert. Vonseiten der öffentlichen Hand treten als Träger bzw. Teilhaber vor allem Kantone und Gemeinden in Erscheinung. Dabei kommen sowohl privat- wie auch öffentlich-rechtliche Organisationsgefässe zum Einsatz. Falls eine private Gesellschaftsform gewählt wird, gilt es – mangels spezialgesetzlicher Abweichung auf Bundesebene – die Vorgaben des Bundeszivilrechts zu beachten und darf ein kantonales Flughafenorganisationsgesetz keine Regelung treffen, welche gegen zwingende obligationenrechtliche Bestimmungen verstossen.⁶⁰

100. Im Jahr 1999 stimmte das Zürcher Volk dem Gesetz über den Flughafen Zürich (Flughafengesetz, FhG)⁶¹ und damit der Verselbstständigung des Flughafens in der Rechtsform einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft zu.

101. Gemäss § 2 FhG wird der Flughafen Zürich einer Aktiengesellschaft nach Art. 762 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR)⁶² übertragen, wobei die Zustimmung der Bundesbehörde zur Übertragung der Konzessionen vorbehalten bleibt. Zweck der Gesellschaft umfasst gemäss § 6 FhG den Bau und Betrieb des Flughafens Zürich unter Wahrung der gesetzlichen Nachtflugordnung und unter Berücksichtigung der Anliegen der Bevölkerung um den Flughafen.⁶³ Den Vorgaben des FhG folgend wurde die FZAG als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft gegründet (Art. 1 der Statuten der FZAG⁶⁴). Der Kanton Zürich ist mit 33,3 % und die Stadt Zürich mit 5,1 % der Aktien an der FZAG beteiligt. Die übrigen Aktien befinden sich im Streubesitz.⁶⁵

102. Bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beruht die Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts auf Art. 762 OR. Dabei kann die Beteiligung mit einer Aktionärsstellung verbunden sein (Art. 762 Abs. 2 OR) oder auch nicht (Art. 762 Abs. 1 OR).⁶⁶ Die kumulativen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art. 762 OR sind i) die Statuten sehen ein Sonderrecht des Staates auf Vertretung im VR (oder in der Revisionsstelle) vor, und ii) Die Vertreter werden

durch das entsendende Gemeinwesen bestimmt und nicht durch die GV gewählt.

103. Gemäss Art. 18 Abs. 4 der Statuten räumt die Gesellschaft dem Kanton Zürich das Recht ein, drei von sieben oder acht bzw. vier von neun Verwaltungsratssitzen mit seinen Vertretern zu besetzen.⁶⁷ Die Beschlussfassung des Verwaltungsrates richtet sich nach dem Organisationsreglement. Gemäss Organisationsreglement ist eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln aller Mitgliederstimmen erforderlich für Beschlüsse gemäss Ziff. 2.1.4 a) und b) des Organisationsreglements sowie Beschlüsse über die Änderung von Lage und Länge der Pisten wie auch Beschlüsse über die Änderung dieser Quorumsvorschriften (Ziff. 2.1.6 Abs. 5 Organisationsreglement). Aufgrund der erforderlichen qualifizierten Mehrheit hat der Kanton Zürich ein Vetorecht in Bezug auf diese Beschlüsse.

104. Ziff. 2.1.4 a) betrifft die Beschlussfassung über Gesuche an den Bund um Änderung des Betriebsreglements mit wesentlichen Auswirkungen auf die Fluglärmbelastung. Ziff. 2.1.4 b) betrifft die Beschlussfassung über das Sicherheitsprogramm des Flughafens, soweit es sich dabei um Anpassungen handelt, welche eine wesentliche Veränderung der bestehenden Zuständigkeitsdelegation an die Zürcher Kantonspolizei mit sich bringen; vorbehaltlich Genehmigung des Bundesamtes gemäss Art. 122a LfV⁶⁸. Der Kanton Zürich übt aufgrund dieser Vetorechte somit einzig in Bezug auf die genannten Beschlüsse eine Kontrolle über die FZAG aus. Die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich hat sodann in ihrer Eingabe erklärt, dass mit dieser Festlegung in den Statuten und im Organisationsreglement sichergestellt werde, dass der Kanton im Verwaltungsrat der FZAG bei den sogenannten Vetorechten (und nur

⁵⁸ Betriebskonzession, Fn 9.

⁵⁹ Flughafengeschichte <<https://www.flughafen-zuerich.ch/unternehmen/flughafen-zuerich-ag/flughafengeschichte>> (30.10.2018).

⁶⁰ STEFAN VOGEL, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Biaggini/Häner/Saxer/Schott (Hrsg.), 2015, Kapitel 8 Luftfahrtinfrastruktur, 365 – 388, (zit. Vogel, in: FHB Verwaltungsrecht) N 8.49 mit Verweis auf BGer Urteil 1C_22/2010 vom 6. Oktober 2010, E.3.3.2.

⁶¹ Gesetz über den Flughafen Zürich vom 12. Juli 1999 (Flughafengesetz; FhG; LS 748.1).

⁶² Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

⁶³ Vgl. auch Urteil des BGer 2C_585/2009 vom 31. März 2010, E.5.2.

⁶⁴ Statuten der FZAG <<https://www.flughafen-zuerich.ch/unternehmen/investor-relations/finanzergebnis-und-berichte/corporate-dokumente>> (1.2.2018).

⁶⁵ Besitzstruktur <<https://www.flughafen-zuerich.ch/unternehmen/investor-relations/aktionaeere>> (31.1.2018).

⁶⁶ Das Gesetz – anders als die Lehre – verwendet den Begriff „gemischtwirtschaftliche AG“ nur für Gesellschaften, an denen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Aktionärin beteiligt ist, PETER FORSTMOSER/TOBIAAS JAAG, Der Staat als Aktionär, in: Schriften zum neuen Aktienrecht, Druy/Fortmoser (Hrsg.), 2000, S. 19, N 13 ff.

⁶⁷ Der Stadt Zürich wird gemäss Art. 18 Abs. 4 der Statuten lediglich das Recht zum Wahlvorschlag für eines der von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern eingeräumt, solange die Stadt Zürich mit mindestens fünf Prozent am Aktienkapital beteiligt ist.

⁶⁸ Verordnung über die Luftfahrt vom 14. November 1973, Luftfahrtverordnung, SR 748.01.

bei diesen) seine Anliegen durchsetzen könne.⁶⁹ Bis anhin hat der Kanton Zürich noch nie von seinem Veto-recht Gebrauch gemacht.⁷⁰

105. Das Flughafengesetz verleiht dem Kanton Zürich ausserdem ein „Aufsichtsrecht“. Dieses ist gemäss Aussagen des Kantons Zürich in dem Sinne zu verstehen, dass der Kanton zur Sicherstellung des Bevölkerungsschutzes gemäss §1 FhG eigens Personal für die Aufsicht abstellt und dazu kraft § 3 FhG auch vertiefte Einsicht in flughafeninterne Dokumente hat. Dabei festgestellte Übertretungen würden der zuständigen Aufsichtsbehörde, dem BAZL, gemeldet werden.⁷¹ Dieses Aufsichtsrecht beinhaltet somit auch kein eigentliches Kontrollrecht des Kantons über die FZAG.

106. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die öffentliche Hand weder über eine Mehrheitsbeteiligung an der FZAG verfügt noch – mit Ausnahme der Vetorechte in Bezug auf die vier genannten Beschlüsse – die strategischen Entscheidungen der FZAG kontrollieren kann.

107. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die FZAG als öffentliches Unternehmen i.S. der europäischen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Zurechenbarkeit einer Massnahme eines öffentlichen Unternehmens an den Staat zu qualifizieren ist. Das europäische Recht knüpft für die Qualifikation eines Unternehmens als öffentliches Unternehmen nämlich an eine Mehrheitsbeteiligung am Gesellschaftskapital/Stimmrechten an,⁷² welche vorliegend nicht gegeben ist. Sodann hat auch das Bundesgericht, das sich bereits mehrmals mit der FZAG zu befassen hatte, diese als «private Flughafenhalterin, die als gemischtwirtschaftliche Unternehmung in Form einer Aktiengesellschaft konstituiert ist» bezeichnet.⁷³

108. Ausserdem würde gemäss europäischer Rechtsprechung die Kontrolle des Staates (in casu Kanton Zürich) über ein öffentliches Unternehmen alleine nicht genügen, um die betreffende Massnahme dem Staat zuzurechnen. So hielt der EuGH⁷⁴ fest, dass auch wenn der Staat in der Lage sei, ein öffentliches Unternehmen zu kontrollieren und einen bestimmenden Einfluss auf dessen Tätigkeit auszuüben – was vorliegend ohnehin nicht der Fall ist –, könne nicht ohne Weiteres vermutet werden, dass die Kontrolle in einem konkreten Fall tatsächlich ausgeübt würde. Es müsse ausserdem geprüft werden, ob davon auszugehen sei, dass die Behörden in irgendeiner Weise am Erlass dieser Massnahme beteiligt waren.

109. Zwar sieht § 10 FhG⁷⁵ vor, dass die Gesellschaft (FZAG) sicherstelle, dass ohne Zustimmung der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat keine Gesuche an den Bund über Änderungen der Lage und der Länge der Pisten und Gesuche um *Änderungen des Betriebsreglements* mit wesentlichen Auswirkungen auf die Fluglärmbelastung beschlossen werden können und nach § 19 der Regierungsrat der Staatsvertretung im Verwaltungsrat zu dieser Thematik Weisungen erteilen kann. Diese Änderungen betreffen jedoch einzig das Betriebsreglement, welches seine Rechtsgrundlage in Art. 36c LFG hat.

110. Das vorliegend zu beurteilende *Gebührenreglement* ist jedoch nicht Bestandteil des Betriebsreglements,

welches vom BAZL gemäss Art. 36c Abs. 3 LFG zu genehmigen ist. Die Rechtsgrundlage für das Gebührenreglement ist Art. 39 LFG, wobei das Verfahren für die Festlegung der Flugbetriebsgebühren in der Flughafen-gebührenverordnung (FGV)⁷⁶ geregelt ist.⁷⁷

111. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die FZAG das Gebührenreglement, welches den zu beurteilenden Entlastungsmechanismus enthält, ohne Mitbestimmung/Weisungsrecht des Kantons erlassen kann. Daraus folgt, dass, sogar wenn die FZAG als öffentliches Unternehmen qualifiziert würde – was vorliegend aufgrund der fehlenden Mehrheitsbeteiligung in Bezug auf Aktienkapital und Stimmrechte zu verneinen ist – die zu beurteilende Massnahme dem Staat gemäss zitierter europäischer Rechtsprechung nicht unmittelbar zugerechnet werden könnte. Auf die erforderliche Genehmigung durch das BAZL aufgrund des vorliegenden Streitfalls wird im Rahmen der Beurteilung der mittelbaren Zurechenbarkeit der Massnahme an den Staat eingegangen (Kap. C.3.1.2).

⁶⁹ Eingabe der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich vom 31. Oktober 2018, S. 1.

⁷⁰ Eingabe der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich vom 31. Oktober 2018, S. 2.

⁷¹ Eingabe der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich vom 31. Oktober 2018, S. 2.

⁷² Gemäss Art. 2 Bst. b der Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, Abl. L 318/17 vom 17.11.2006, wird der Begriff «öffentliches Unternehmen» wie folgt definiert: «jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Es wird vermutet, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar: i) die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt oder ii) über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder iii) mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann».

⁷³ Urteil der BGer 2C_175/2008 vom 15. April 2009, E.3.3.

⁷⁴ EuGH 17.9.2014, Rs. C-242/13, *Commerz/Netherland*, Rz 31.

⁷⁵ Vgl. auch Organisationsreglement Ziff. 2.1.6, erklärt in Rz 103 f.

⁷⁶ Demnach führt die FZAG mit den Flughafenutzern Verhandlungen über die Flugbetriebsgebühren (Art. 20 Abs. 1 Bst. a FGV). Das BAZL nimmt am Verhandlungsverfahren als Beobachter teil (Art. 22 Abs. 2 FGV). Kommt eine Einigung zustande (Art. 20 Abs. 1 Bst. a FGV), schliesst die FZAG mit den an den Verhandlungen teilnehmenden Flughafenutzern eine Vereinbarung ab (Art. 25 Abs. 1 FGV). Da gemäss Art. 22 FGV nicht abschliessend sämtliche Flughafenutzer zu den Verhandlungen zugelassen sind, informiert der Flughafenhalter diese über das Verhandlungsergebnis (Art. 26 Abs. 1 FGV), welche innerhalb von drei Wochen Anträge zur Änderung des Verhandlungsergebnisses stellen können (Art. 26 Abs. 2 FGV). Wird diesen Anträgen durch die Verhandlungsparteien nicht stattgegeben, kann ein Nutzer/Verband beim BAZL eine Überprüfung des Verhandlungsergebnisses beantragen. Gemäss Art. 26 Abs. 5 FGV genehmigt das BAZL in diesem Fall die Vereinbarung. *E contrario* bewilligt das BAZL das Verhandlungsergebnis nicht, wenn kein Nutzer/Verband einen Antrag eingereicht hat, und erlässt dementsprechend auch keine Verfügung (vgl. Schreiben des BAZL vom 17.4.2018). Kommt keine Einigung zustande oder wird das Verhandlungsergebnis vom BAZL abgelehnt, kann die FZAG dem BAZL einen Gebührevorschlag zur Genehmigung unterbreiten (Art. 20 Abs. 1 Bst. b FZAG), über welchen das BAZL in Form einer Verfügung entscheidet (Art. 7 Abs. 1 FGV).

⁷⁷ Vgl. E-Mail BAZL vom 29. Oktober 2018, wonach bestätigt wird, dass das Gebührenreglement kein Bestandteil des Betriebsreglements darstellt.

C.3.1.1.2 Übertragung einer Verwaltungsaufgabe

112. Ungeachtet der Tatsache, dass die FZAG nicht durch die öffentliche Hand kontrolliert wird, kann sie die Funktion eines Verwaltungsträgers einnehmen, wenn der Staat ihr durch die Erteilung der Betriebskonzession für die Betreuung des Flughafens Zürich eine Verwaltungsaufgabe übertragen hat.

113. Eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private ist zulässig, sofern sie i) auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, welche die Art der Aufgabenerfüllung durch die Privaten in den Grundzügen regelt, um sicherzustellen, dass dabei die öffentlichen Interessen ausreichend gewahrt werden, ii) die Privaten der Aufsicht des Staates unterstehen und iii) gewährleistet ist, dass die Privaten bei der Ausübung ihrer Tätigkeit die Verfassung, insbesondere die Grundrechte, beachten.⁷⁸

Gesetzliche Grundlage

114. Übertragungen von Verwaltungsaufgaben auf Private bedürfen einer Ermächtigung in einem formellen Gesetz: Gemäss Art. 178 Abs. 3 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV)⁷⁹ können Verwaltungsaufgaben durch Gesetz an Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. Dies kann gemäss Art. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG)⁸⁰ durch die Bundesgesetzgebung erfolgen.

115. Gemäss Bundesgericht nimmt die FZAG mit dem Betrieb eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Flughafens eine *öffentliche Aufgabe des Bundes* wahr, die einer entsprechenden Konzession durch den Bund bedarf (vgl. Art. 36a Abs. 1).⁸¹ Beim Betrieb des Flughafens Zürich handelt es sich somit um eine Staatsaufgabe.

116. Art. 87 BV erklärt die *Gesetzgebung über die Luftfahrt als Sache des Bundes*. Diese wird im LFG geregelt. Der dritte Abschnitt des LFG enthält Bestimmungen zur Infrastruktur.⁸² Gemäss Art. 36 Abs. 1 LFG erlässt der Bundesrat nähere Vorschriften über Bau und *Betrieb* von Flugplätzen.

117. Das Gesetz regelt auch die Art der Aufgabenerfüllung durch den Verwaltungsträger in den Grundzügen. So ist gemäss Art. 36a Abs. 1 LFG eine Betriebskonzession für den Betrieb von Flugplätzen, die dem öffentlichen Verkehr dienen (Flughäfen), erforderlich. Diese wird vom UVEK erteilt. Mit der Konzessionierung wird das Recht verliehen, einen Flughafen gewerbmässig zu betreiben und insbesondere Gebühren zu erheben. Der Konzessionär ist verpflichtet, den Flughafen unter Vorbehalt der im Betriebsreglement festgelegten Einschränkungen für alle Luftfahrzeuge im nationalen und internationalen Verkehr zur Verfügung zu stellen, einen ordnungsgemässen, sicheren Betrieb zu gewährleisten und für die dafür erforderliche Infrastruktur zu sorgen (Art. 36a Abs. 2 LFG).

118. Am 31. Mai 2001 ist die Betriebskonzession für den Flughafen Zürich, die bis zu diesem Zeitpunkt auf den Kanton Zürich lautete, ausgelaufen. In der Folge haben sowohl die FZAG sowie der Regierungsrat des Kantons Zürich um Erteilung einer Betriebskonzession per 1. Juni

2001 an die FZAG ersucht. Das UVEK hat gemäss seiner Befugnis nach Art. 36a LFG der FZAG am 31. Mai 2001 die Konzession für den Betrieb des Flughafens erteilt und damit die Wahrnehmung einer *öffentlichen Aufgabe* übertragen.

119. Die FZAG ist somit berechtigt und verpflichtet, den Flughafen während der gesamten Dauer der Konzession zu betreiben und die dafür erforderliche Infrastruktur zur Verfügung zu halten. Die Konzessionärin darf zu diesem Zweck von den Benutzern des Flughafens Gebühren erheben.⁸³

120. Es besteht somit eine genügende gesetzliche Grundlage um die Verwaltungsaufgabe, nämlich den Betrieb des Landesflughafens Zürich, der privaten FZAG zu übertragen. Dass es sich bei der FZAG um eine ausserhalb der Verwaltung stehende private Körperschaft handelt, der mit dem Betrieb des Flughafens die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe übertragen worden ist, wurde auch durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt.⁸⁴

Aufsicht des Staates

121. Das BAZL ist als zuständige Fachbehörde des Bundes auch mit der hauptsächlichen Wahrnehmung der staatlichen Aufsichtsaufgaben im Bereich Luftfahrt betraut (Art. 3 Abs. 2 LFG). Die Überwachung erfolgt in erster Linie präventiv über Bewilligungs- und Genehmigungsverfahren.⁸⁵

122. Ausserdem verfügt der Kanton Zürich im Bereich des Bevölkerungsschutzes über ein Aufsichtsrecht. Allfällige Übertretungen werden dem BAZL gemeldet (vgl. Rz. 105).

123. Die Aufsicht des Staates über die FZAG als Flughafenbetreiberin des Flughafens Zürich ist somit gegeben.

Grundrechtsbindung

124. Die Grundrechtsbindung ergibt sich aus Art. 35 Abs. 2 BV. Danach ist, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Es handelt sich dabei eher um eine Konsequenz als um eine Voraussetzung für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private.

⁷⁸ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. Zürich/St.Gallen 2016 (zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht), Rz 1817.

⁷⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesverfassung, BV; SR 101).

⁸⁰ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG; SR 172.010).

⁸¹ Urteil des BGER 2C_175/2008 vom 15. April 2009, E.3.3; vgl. auch Urteil des BGER 1C_126/2015 vom 5. November 2015, wonach die FZAG als mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraute Organisation zu qualifizieren ist (E.8).

⁸² Gemäss dem seit 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Art. 36e LFG besteht zudem an der Nutzung der Landesflughäfen als Drehscheiben des internationalen Luftverkehrs und Teil des Gesamtverkehrssystems ein *nationales Interesse*. Die *Landesflughäfen Zürich* und Genf sind bezüglich der ihnen gemäss der Sachplanung des Bundes *zugeschriebenen Funktion als Gesamtanlagen in ihrem Bestand geschützt*.

⁸³ Betriebskonzession (Fn 9), Abschnitt III.

⁸⁴ Urteil des BVer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, E.1.3.5.

⁸⁵ VOGEL, in: FHB Verwaltungsrecht (Fn 60), N 8.54.

125. Die FZAG nimmt durch den Betrieb eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Flughafens eine staatliche Aufgabe wahr und hat unabhängig von der Trägerschaft bzw. Organisationsform bei der Aufgabenerfüllung die Grundrechtsordnung zu beachten. Die Grundrechtsbindung von überwiegend privaten Konzessionsnehmern, wie sie die FZAG eine ist, ist nur so weit zu bejahen, als eine Tätigkeit unmittelbar Gegenstand der Konzession bildet und damit effektiv als staatliche Aufgabe einzustufen ist.⁸⁶

126. Die FZAG ist, sofern die Tätigkeit unmittelbar Gegenstand der Konzession ist, an die Grundrechte gebunden.

Verfügungsbefugnis

127. Im Rahmen der konzessionierten Tätigkeit tritt der Flughafenhalter als staatlicher Aufgabenträger auf, der entsprechende Verwaltungskompetenzen ausübt. Teilweise hat ihn der Gesetzgeber ausdrücklich mit einer Verfügungsbefugnis ausgestattet, so im Haftungs- und Gebührenrecht.⁸⁷

128. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich aufgrund der Anfechtbarkeit des Genehmigungsentscheids des BAZL mit der Frage der Rechtsnatur des Flughafengebührenreglements befasst. Während in vorangegangenen Entscheiden die Flughafengebührenreglemente als Erlasse der kantonalen Behörden angesehen wurden (aufgrund der unterschiedlichen Rechtslage und des Umstandes, dass die Flughafenbetreiber als unselbständige Anstalt des Kantons Zürich gegolten haben und vollständig in die kantonale Verwaltung integriert gewesen sind), hat sich die Frage gestellt, ob die Gebührenordnung des Flughafens Zürich weiterhin als generell-abstrakter Rechtsatz gelten sollte. Das Bundesverwaltungsgericht argumentierte, dass wenn es sich beim Gebührenreglement um eine Allgemeinverfügung handle, so stelle ein sich darauf beziehender positiver sowie negativer Genehmigungsentscheid ebenfalls eine Verfügung dar. Werde hingegen das besagte Reglement als generell-abstrakter Erlass eingestuft, dann würde ein Teil der Lehre den Genehmigungsentscheid als Bestandteil des Rechtssetzungsverfahrens betrachten. Diese Auffassung werde mit Bezug auf Erlasse *dezentraler Verwaltungsträger* allerdings überwiegend dahingehend modifiziert, als dass der Genehmigungsentscheid danach für den Antragsteller eine Verfügung darstelle, während er in den übrigen Fällen ein nicht selbständig anfechtbarer Teil des Rechtssetzungsverfahrens bilde. Das Bundesverwaltungsgericht hat schliesslich die Gebührenordnung der FZAG als Allgemeinverfügung qualifiziert.⁸⁸

129. Daraus folgt, dass die FZAG als private Verwaltungsträgerin aufgrund ihrer Verfügungskompetenz betreffend das Lärmgebührenreglement *grundsätzlich* eine hoheitliche Aufgabe wahrnehmen kann. Im vorliegenden Streitfall ist jedoch fraglich, ob die FZAG eine hoheitliche Tätigkeit ausüben kann, da sie namentlich das Gebührenreglement nicht ohne Genehmigung des BAZL erlassen kann.⁸⁹ Auf die erforderliche Genehmigung des BAZL im vorliegenden Streitfall wird im Rahmen der Beurteilung der mittelbaren Zurechenbarkeit der Massnahme an den Staat eingegangen (Kap. C.3.1.2). Schliesslich verneinte der EuGH in der Rechtsache *Ry-*

anair, dass es sich bei der Festsetzung von Landegebühen, welche wie Lärmgebühren Flugbetriebsgebühren darstellen⁹⁰, um einen hoheitlichen Akt handle.⁹¹

C.3.1.1.3 Zwischenergebnis

130. Die öffentliche Hand übt weder die Kontrolle über die FZAG als Ganzes noch in Bezug auf den vorliegend strittigen Entlastungsmechanismus aus (C.3.1.1.1). Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Erlass des Gebührenreglements, welches den zu beurteilenden Entlastungsmechanismus enthält, dem Staat aufgrund der Übertragung einer Verwaltungsaufgabe an die FZAG unmittelbar zugerechnet werden könnte, wenn die zu beurteilende Massnahme als hoheitlicher Akt der FZAG qualifiziert würde. Ob der Erlass des Gebührenreglements aufgrund der anwendbaren Verfahrensregeln (Art. 20 ff. FGV) und im Lichte der zitierten europäischen Rechtsprechung einen hoheitlichen Akt darstellt, kann vorliegend offen gelassen werden.

131. Unabhängig davon, ob die unmittelbare Zurechenbarkeit an den Staat aus obigen Gründen bejaht wird, kann – wie nachfolgend erläutert wird (Kap.C.3.1.2) – nämlich die Voraussetzung der mittelbaren Zurechenbarkeit der Massnahme an den Staat aufgrund der Genehmigung durch das BAZL im vorliegenden Streitfall bejaht werden kann.

C.3.1.2 Mittelbare Zurechenbarkeit

132. Staatliche Beihilfen liegen auch dann vor, wenn nicht der Staat selbst, sondern dazwischen geschaltete nicht-hoheitliche öffentliche oder private Stellen eine, bestimmte Unternehmen oder Industriezweige selektiv begünstigende Massnahme treffen – vorausgesetzt, dass dieses Verhalten dem Staat zugerechnet werden kann. Massgeblich ist, ob von einer (dem Beihilfeverbot unterfallenden) Einflussnahme des Staates auf die privatautonome Steuerung des Marktes gesprochen werden kann.⁹²

133. Die Zurechenbarkeit an den Staat kann namentlich dadurch erfolgen, wenn die Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils auf staatliche Veranlassung zurückgeht bzw. die Autonomie der jeweiligen Einrichtung bei der Gewährung des wirtschaftlichen Vorteils durch staatliche Vorgaben eingeschränkt ist.⁹³

⁸⁶ VOGEL, in: FHB Verwaltungsrecht (Fn 60), N 8.52.

⁸⁷ VOGEL, in: FHB Verwaltungsrecht (Fn 60), N 8.53.

⁸⁸ Urteil des BVerfG A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, E. 1.3.2.1 und 1.3.2.3.

⁸⁹ Zum Verfahren betreffend die Festsetzung der Lärmgebühren vgl. Fn 76.

⁹⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 3 Bst. a FGV.

⁹¹ EuG 17.12.2008, Rs. T-196/04, *Ryanair*, Rz 88 ff.: In der Rechtssache *Ryanair* hatte die Region Wallonien, die zugleich auch Eigentümerin des Flughafens Charleroi ist, in Ausübung einer ihr gesetzlich zugewiesenen Regelungskompetenz die Flughafengebühren für Charleroi festgesetzt und sodann mit Ryanair eine Vereinbarung über einen Rabatt auf die Landegebühen und Entschädigungszahlungen für den Fall einer Änderung der Öffnungszeiten des Flughafens abgeschlossen. Während die Kommission hierin das hoheitliche Handeln einer Regulierungsbehörde sah, hielt das EuG den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers für anwendbar. Mit der Festlegung der Höhe von Landegebühen werde die Gegenleistung für eine wirtschaftliche Dienstleistung festgesetzt.

⁹² MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 252.

⁹³ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 253.

134. Im vorliegenden Streitfall ist die Autonomie der FZAG durch die erforderliche Genehmigung durch das BAZL eingeschränkt. Das Bundesverwaltungsgericht hielt diesbezüglich explizit fest, dass die FZAG eine ausserhalb der Verwaltung stehende private Körperschaft sei, der mit dem Betrieb des Flughafens Zürich die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe übertragen und die deshalb insoweit der öffentlichen Aufsicht unterstellt worden sei. In Ausübung dieser Funktion habe das BAZL der FZAG mit den (in der Genehmigung/Verfügung enthaltenen) Anordnungen einseitig und in verbindlicher Weise konkrete Handlungsanweisungen erteilt, die sich auf Bundesverwaltungsrecht stützen (Art. 39 LFG, Art. 10 ff. FGV). Die FZAG sei von den Anordnungen in dem ihr zugebilligten Autonomiebereich betroffen, da diese ihren Handlungsspielraum bei der Ausgestaltung des Flughafengebührenreglements des Flughafens Zürich in der nächsten und übernächsten Gebührenperiode einschränken würden.⁹⁴ Diese Prinzipien sind in Art. 35 Abs. 2 FGV verankert, nach welchem der Flughafenhalter das Gebührenreglement gemäss Genehmigungsentcheid [des BAZL] erlässt.

135. So hat der EuGH in einem Urteil darauf hingewiesen, dass mehrere Umstände – darunter der nachfolgend genannte – zusammengetragen zeigen können, dass ein Unternehmen bei der Festsetzung von Tarifen oder Gebühren keineswegs völlig selbständig sei, sondern unter der Kontrolle und nach den Anweisungen öffentlicher Stellen handeln müsse. Im zu beurteilenden Fall bedurften die Tarife eines Unternehmens (Gasunie) der Genehmigung des Wirtschaftsministers, was gemäss EuGH der Regierung unabhängig von der Art und Weise, in der die Genehmigungsbefugnis ausgeübt werde, die Möglichkeit gebe einen missliebigen Tarif zu verhindern. Eine solche Feststellung reiche für das Ergebnis, dass die Festsetzung eines Tarifs oder einer Gebühr auf eine Verhaltensweise eines Staates zurückzuführen sei und somit unter den Begriff einer staatlichen Beihilfe fallen könne.⁹⁵

136. Im Lichte der oben genannten europäischen Rechtsprechung kann eine mittelbare Zurechenbarkeit der Massnahme an den Staat angenommen werden.

C.3.1.3 Ergebnis betreffend die Zurechenbarkeit der Massnahme an den Staat

137. Die mutmassliche Gewährung eines Vorteils durch den vorgesehenen Entlastungsmechanismus kann dem Staat mindestens mittelbar – aufgrund der Tatsache, dass im vorliegenden Streitfall das Gebührenreglement nicht ohne Genehmigung des BAZL erlassen werden kann – zugerechnet werden.

138. Wie eingangs erwähnt sind die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln finanzierte Gewährung eines Vorteils und die unmittelbare oder mittelbare Zurechenbarkeit einer solchen Massnahme an den Staat zwei getrennte Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine staatliche Beihilfe vorliegt (Rz 93). Nachdem die Massnahme (Erlass des Gebührenreglements inkl. Entlastungsmechanismus) dem Staat zugerechnet werden kann, bleibt zu prüfen, ob die mutmassliche Begünstigung aus staatlichen Mitteln finanziert wird (Kap. C.3.2).

C.3.2 Staatliche Mittel und dem Staat zurechenbare Mittel

139. Als Beihilfen können nur solche Vorteile angesehen werden, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln stammen.⁹⁶ Es gilt somit zu prüfen, ob die mutmassliche Begünstigung der Fluggesellschaften mit Relevanz für den Hubbetrieb bzw. der finanzielle Vorteil, den diese Fluggesellschaften durch den Entlastungsmechanismus erfahren, (unmittelbar) aus staatlichen Mitteln stammt (Kap. C.3.2.1) oder aus mittelbar staatlichen Mitteln stammt, die der Staat kontrolliert und welche somit dem Staat zurechenbar sind (Kap. C.3.2.2 und C.3.2.3).

140. Vorliegend berechnet die FZAG den in Zürich tätigen Fluggesellschaften Lärmgebühren, für welche Bilanzkonti gebildet werden, die zusammen als «Airport Zurich Noise Fund» (nachfolgend: AZNF) in der Jahresrechnung ausgewiesen werden.⁹⁷ Durch den Entlastungsmechanismus verzichtet die FZAG aufgrund der Rückerstattung der Lärmgebühren auf Einnahmen, welche sonst im bilanzierten AZNF verblieben wären. Beim AZNF handelt es sich um einen Teil des Vermögens der FZAG. Ebenso basieren die damit finanzierten Massnahmen auf Verpflichtungen der FZAG.⁹⁸

C.3.2.1 Unmittelbar aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen

141. Häufig werden Beihilfen unmittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt. Hierzu zählen sämtliche Mittel des öffentlichen Sektors, also sowohl Mittel der Zentralregierung als auch die den Ländern oder Kommunen zugewiesenen Mittel, sowie Mittel sonstiger öffentlicher Einrichtungen.⁹⁹

142. Vorliegend werden die möglichen Beihilfen nicht unmittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt. Die FZAG ist weder Teil der Bundes- noch der kantonalen Verwaltung. Sie ist auch keine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt. Wie oben erörtert wurde, ist die FZAG eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, an deren Aktienkapital der Staat eine Minderheitsbeteiligung hält (Kap. C.3.1.1.1). Unabhängig von der Qualifikation der FZAG als (privatrechtliche) Verwaltungsträgerin ist das Kapital der FZAG nicht Teil des Staatshaushalts. Die Mittel der FZAG sind folglich nicht als unmittelbar staatliche Mittel zu qualifizieren.

⁹⁴ Urteil des BVerfG A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, E. 1.3.5.

⁹⁵ EuGH 2.2.1988, Rs. C-67/85, *van der Kooy*, Rz 35 – 38.

⁹⁶ EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 45), Rz 47.

⁹⁷ Eingabe der FZAG vom 14. Dezember 2017, S. 2.

⁹⁸ Eingabe des BAZL vom 19. Oktober 2018, S. 2.

⁹⁹ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 269, EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 45), Rz 48.

C.3.2.2 Mittelbare aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen – Öffentliche Unternehmen

143. Als «staatliche Mittel» gelten nach ständiger Rechtsprechung alle Geldmittel, auf welche die Behörden tatsächlich zur Unterstützung von Unternehmen zugreifen können, ohne Rücksicht darauf, ob diese auf Dauer zum Vermögen des Staates gehören. Es genügt, dass sie ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen. Dies trifft definitionsgemäss für Mittel öffentlicher Unternehmen zu, d.h. solcher Unternehmen, auf welche ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die Mittel eines öffentlichen Unternehmens sind daher als «staatliche Mittel» anzusehen, wobei jedoch die Zurechnung der Vorteilsgewährung an den Staat im Einzelfall zu prüfen bleibt.¹⁰⁰

144. Die FZAG ist eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, die von öffentlichen Unternehmen, bei welchen der Staat eine Mehrheitsbeteiligung in Bezug auf Kapital oder Stimmrechte hält, zu unterscheiden ist (Rz 106 ff.). Aufgrund ihrer participationsstruktur ist das Kapital der FZAG nicht in öffentlicher Hand. Sie ist somit kein öffentliches Unternehmen, bei welchem aufgrund einer staatlichen Mehrheitsbeteiligung in Bezug auf Kapital oder Stimmrechte in der Regel angenommen werden kann, dass die Mittel ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen Behörden zur Verfügung stehen.¹⁰¹

C.3.2.3 Mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen – Beihilfen aus privaten Mitteln unter staatlicher Kontrolle

145. Auch die aus privatem Vermögen stammenden Mittel sind dem Staat zurechenbar, wenn sie unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen Behörden zur Verfügung stehen. Erforderlich ist, dass die öffentliche Hand zur Unterstützung von Unternehmen tatsächlich auf die Mittel zugreifen kann.¹⁰²

C.3.2.3.1 Voraussetzungen der staatlichen Kontrolle privater Mittel

146. Gemäss europäischer Rechtsprechung genügt der Umstand, dass private Mittel *ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen*, um sie als staatliche Mittel qualifizieren zu können. So können Fonds, die *nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats durch Zwangsbeiträge gespeist und gemäss diesen Rechtsvorschriften verwaltet und verteilt werden*, als staatliche Mittel im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AUEV (und somit von Art. 13 LVA) betrachtet werden, selbst wenn ihre Verwaltung nichtstaatlichen Organen anvertraut ist.¹⁰³

147. Der Beihilfetatbestand erfasst jedoch nur Geldmittel, auf die die öffentliche Hand zur Unterstützung von Unternehmen *tatsächlich zurückgreifen kann*. Es handelt sich nicht um staatliche Mittel, wenn der private Wirtschaftsträger, welcher die Mittel erhebt, über die Verwendung der Mittel entscheidet.¹⁰⁴

148. So liegt eine Übertragung staatlicher Mittel vor, wenn die von Privatpersonen gezahlten Abgaben über eine entsprechend beauftragte öffentliche oder private Einheit an die Empfänger weitergeleitet werden. Dies

ist zum Beispiel dann der Fall, wenn eine private Einheit per Gesetz damit beauftragt wurde, solche Abgaben im Namen des Staates zu erheben und an die Empfänger weiterzuleiten, sie die Erlöse aus diesen Abgaben *aber nicht für andere als die gesetzlich vorgesehenen Zwecke verwenden darf*. In diesem Fall stehen die betreffenden Beträge weiterhin unter öffentlicher Kontrolle und somit den nationalen Behörden zur Verfügung, was genügt, damit sie als staatliche Mittel eingestuft werden können.¹⁰⁵

¹⁰⁰ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 270.

¹⁰¹ Vgl. dazu EuGH 16.5.2002, Rs. C-482/99, *Stardust Marine*, Rz 36 – 38.

¹⁰² MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 45), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 271.

¹⁰³ EuGH 19.12.2013, Rs. C-262/12, *Vent de Colère*, Rz 21 und 25. In diesem Fall stellte sich die Frage, ob ein Mechanismus, mit dem die Mehrkosten, die den Unternehmen (Stromversorgern) durch eine Abnahmepflicht für Strom aus Windkraftanlagen zu einem Preis über dem Marktpreis entstehen, vollständig ausgeglichen werden (d.h. die Mehrkosten werden den Stromversorgern zurückerstattet) und dessen Finanzierung von den Endverbrauchern getragen wird, als Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen ist. Gemäss französischem Recht werden die Beträge zum Ausgleich der Mehrkosten (in der CH wäre dies die KEV) von den Stromendverbrauchern erhoben und der «Caisse des dépôts et consignations» (juristische Person des öffentlichen Rechts) anvertraut, welche Verwaltungs-, Rechnungsführungs- und Buchführungsleistungen für die Regulierungsbehörde ausführt. Die Höhe wird vom Staat festgelegt. Es sind verwaltungsrechtliche Sanktionen vorgesehen, wenn ein Verbraucher die Abgabe nicht bezahlt.

¹⁰⁴ EuGH 30.05.2013, Rs. C-677/11, *Doux Elevage*, Rz 32 ff.: Der EuGH verneinte in diesem Fall, dass es sich bei von Branchenorganisationen erhobenen Beiträgen (in einer Branchenvereinbarung vorgesehene Pflichtbeiträge, welche der Staat als allgemeinverbindlich erklärt hat) um mittelbar staatliche Mittel handelte: «Die betreffende Branchenorganisation entscheidet über die Verwendung dieser Mittel, die ausschließlich den von ihr selbst bestimmten Zielen gewidmet sind. Ebenso stehen diese Mittel nicht ständig unter staatlicher Kontrolle und zur Verfügung der staatlichen Behörden (Rz 36). Der mögliche Einfluss, den der Mitgliedstaat auf die Funktionsweise der Branchenorganisation durch die Entscheidung über die Allgemeinverbindlicherklärung einer Branchenvereinbarung für sämtliche Branchenangehörige ausüben kann, kann die in Randnr. 36 des vorliegenden Urteils getroffenen Feststellungen nicht ändern (Rz 37). Die Regelung überträgt der zuständigen Behörde nämlich nicht die Befugnis, die Zuweisung der Gelder zu lenken oder zu beeinflussen. Die Gesetzesbestimmung erlaubt nicht, die Allgemeinverbindlicherklärung einer Vereinbarung von der Verfolgung konkreter, von den Behörden festgelegter und definierter, politischer Ziele abhängig zu machen, da dieser Artikel sehr allgemeine und unterschiedliche Ziele, die eine Branchenvereinbarung fördern muss, um von der zuständigen Verwaltungsbehörde für allgemeinverbindlich erklärt werden zu können, in nicht abschließender Form aufführt (Rz 38 und 39)».

¹⁰⁵ EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 45), Rz 64; EuGH 17. Juli 2008, *Essent Network Noord*, Rs. C-206706, Rz 69 – 75: Der EuGH bejahte, dass es sich bei den durch die Netzbetreiberin (Essent Network Noord) von den Elektrizitätskunden erhobenen und an die Gesellschaft SEP überwiesenen Beträge um staatliche Mittel handelt. Aus der Gesetzgebung ergab sich, dass die Netzbetreiberin über keine Möglichkeit verfügte, das Aufkommen aus der Abgabe (welche einen durch Gesetz vom Staat auferlegten Tarifaufschlag für die Elektrizitätskunden darstellte) für andere als die im Gesetz vorgesehenen Zwecke (nämlich die Zuweisung eines Betrags von 400 Mio. NLG an SEP sowie die Zuweisung des Überschusses an den Minister für die Finanzierung festgelegter Kosten) zu verwenden. Ausserdem wurde sie bei ihrer Aufgabe streng kontrolliert, da sie die Abrechnung der eingenommenen und abgeführten Beträge durch einen Wirtschaftsprüfer zu bestätigen lassen hatte.

C.3.2.3.2 Beurteilungsschema der staatlichen Kontrolle über die Erhebung/Entlastung von Lärmgebühren und über die Verwendung der daraus generierten Einnahmen

149. Vorliegend werden von der FZAG Lärmgebühren erhoben, welche in den AZNF überführt werden. Beim AZNF handelt es sich wie bereits erörtert um ein Bilanzkonto der FZAG. Aufgrund der Minderheitsbeteiligung des Staats am Aktienkapital der FZAG stehen die Bilanzkonten der FZAG nicht im Eigentum des Staates und ihm somit auch nicht aufgrund seiner Gesellschaftsanteile zur Verfügung. Es gilt somit in einem ersten Schritt zu prüfen, ob der Staat über beteiligungsunabhängige Kontrollrechte (Vetorechte) über den AZNF verfügt (C.3.2.3.3). In Abwesenheit solcher spezifischen Kontrollrechte ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die vereinnahmten und den mutmasslichen Beihilfeempfängern rückerstatteten Lärmgebühren i.S. obiger europäischer Rechtsprechung unter staatlicher Kontrolle stehen (C.3.2.3.4 und C.3.2.3.5). Werden nämlich die Lärmgebühren gemäss staatlichen Rechtsvorschriften erhoben, verwaltet und verteilt, könnten die Mittel gemäss europäischer Rechtsprechung dennoch dem Staat zugeordnet werden (Rz 146 ff.).

C.3.2.3.3 Beteiligungsunabhängige Kontrollrechte in Bezug auf den AZNF

150. Die FZAG führt aus, dass soweit der Kanton oder andere öffentliche Stellen Aktien an der FZAG halten, diese über keine präferenziellen Stimmrechte oder Sperrminoritäten bezüglich der Festsetzung, Vereinnahmung und Verwendung der Lärmgebühren verfügen würden.¹⁰⁶

151. Wie bereits erläutert wurde, hat der Kanton Zürich einzig die in § 10 FhG vorgesehenen Vetorechte, welche in Art. 21 Abs. 3 der Statuten und Ziff. 2.1.4 Bst. a und c i.V.m. Ziff. 2.1.6 Abs. 5 umgesetzt werden. Diese Vetorechte betreffen weder die Erhebung noch die Verwendung von Lärmgebühren (Rz 103 f. und 109 f.).

152. Gemäss den Angaben der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich kann der Kanton seine Haltung bezüglich dieser Geschäfte im Verwaltungsrat der FZAG einbringen, verfügt aber diesbezüglich über keine Sonderrechte. Es bestehen des Weiteren keine kantonalen Bestimmungen, welche die FZAG verpflichten würden, die Einnahmen aus den Lärmgebühren in Lärmschutzmassnahmen u.dgl. zu investieren.¹⁰⁷

C.3.2.3.4 Gesetzliche Regelung betreffend die Erhebung und Verwendung der Lärmgebühren

153. Gemäss den Angaben der FZAG werden die Lärmabgaben zwar als «Gebühren» bezeichnet, würden aber durch die FZAG aus eigenem wirtschaftlichem Interesse zur Deckung der Kosten, die dem Flughafen aus der Abgeltung von Lärmschutzmassnahmen und Entschädigungsansprüchen entstehen, eingenommen.¹⁰⁸ Diese Aussagen der FZAG sind den Vorgaben des LFG und insbesondere der FGV gegenüberzustellen um zu beurteilen, ob die Lärmgebühren gemäss staatlichen Rechtsvorschriften erhoben, verwaltet und verteilt werden.

Erhebung

154. Die Flughafenengebühren werden in Art. 39 LFG geregelt. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung *kann* der Flughafenhalter für die Benützung der und den Zugang zu den dem Flugbetrieb dienenden Flughafeneinrichtungen [...] Gebühren erheben. Nach Abs. 3 Bst. e umfassen die Gebühren insbesondere Lärm- und Emissionszuschläge. Gemäss Abs. 4 Bst. c und d *berücksichtigt* der Flughafenhalter bei der Festlegung der Gebühren namentlich die Lärmerzeugung und die Schadstoffemission. Der Flughafenhalter entscheidet über eine bestrittene Gebührenrechnung mit *Verfügung* (Abs. 2).

155. In der Flughafenengebührenverordnung werden die in Art. 39 LFG enthaltenen Grundsätze präzisiert. Unter den Begriff Flughafenengebühren fallen u.a. Flugbetriebsgebühren (Art. 1 Abs. 2 Bst. a FGV). Dazu zählen insbesondere Gebühren mit Lenkungswirkung im Bereich des Umweltschutzes (Art. 1 Abs. 3 Bst. a FGV). Art. 20 FGV legt die Verfahrensregeln für die Festlegung der Flugbetriebsgebühren fest, welche im 3. Abschnitt (Art. 21 ff. FGV), 4. Abschnitt (Art. 28 ff. FGV) und 5. Abschnitt (Art. 36 ff. FGV) konkretisiert werden. Betreffend Gebühren mit Lenkungswirkung im Bereich des Umweltschutzes werden in Art. 47 FGV detaillierte Vorgaben zur Berücksichtigung der Lärm – und Schadstoffemissionen gemacht. Gemäss Art. 49 FGV *können* für Start und Landungen während der Randstunden höhere Flugbetriebsgebühren festgelegt werden

156. Eine mögliche Diskriminierung zwischen Flughafenutzern in Bezug auf die Betriebs- bzw. Lärmgebühren ist weder im LFG noch in der FGV vorgesehen.

Verwendung

157. Die Verwendung der Gebühren im Zusammenhang mit Ausgaben im Umweltbereich wird in Art. 14 Abs. 1 FGV geregelt. Danach *können* über die Flugbetriebsgebühren prognostizierte Ausgaben im Umweltbereich vorfinanziert werden. Darunter sind namentlich zukünftige Kosten im Zusammenhang mit Entschädigungszahlungen an Hauseigentümer zu verstehen.¹⁰⁹ Die Gebühreneinnahmen aus der Vorfinanzierung und deren Verzinsung sind in der Buchhaltung des Flughafenhalters einem gesonderten Konto zuzuweisen. Dieses darf *nur* für Ausgaben zugunsten des betreffenden Investitionsprojekts belastet werden (Art. 14 Abs. 3 FGV).

158. Beim AZNF handelt es sich nach Aussagen des BAZL und der FZAG um eine Vorfinanzierung gemäss Art. 14 FGV. Gemäss BAZL bildet Art. 14 FGV den gesetzlichen Rahmen für den AZNF und legt fest, dass die entsprechenden Gebühreneinnahmen zweckgebunden sind. Die Frage, ob die FZAG aufgrund einer gesetzlichen Grundlage *verpflichtet* sei, die vereinnahmten Lärmgebühren ausschliesslich für die Refinanzierung

¹⁰⁶ Eingabe der FZAG vom 14. Dezember 2017, S. 2.

¹⁰⁷ Eingabe der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich vom 31. Oktober 2018, S. 2.

¹⁰⁸ Eingabe der FZAG vom 14. Dezember 2017, S. 2.

¹⁰⁹ Erläuterungen zur Verordnung über die Flughafenengebühren, ad Art. 14, S. 11.

der im Zusammenhang mit Fluglärm entstehenden Kosten zu verwenden, wird vom BAZL nicht beantwortet.¹¹⁰ Die FZAG betont diesbezüglich, dass sie es als sinnvoll erachtet habe, eine Vorfinanzierung für Fluglärmkosten vorzunehmen. Sie habe sich entschieden, zu diesem Zweck eine Fondsrechnung einzurichten. Nach Art. 14 FGV sei die FZAG zu einer Vorfinanzierung berechtigt, jedoch nicht verpflichtet.¹¹¹

159. Wie oben in den Gesetzes- und Verordnungstexten hervorgehoben, handelt es sich im Zusammenhang mit der Erhebung und Verwendung von Lärmzuschlägen mehrheitlich um *Kann*-Vorschriften. Es stellt sich somit die Frage, wie viel Autonomie die FZAG in der Festsetzung der Lärmzuschläge inkl. Entlastungsmechanismus und der Verwendung der eingenommenen Gebühren hat. Dazu ist zu prüfen, ob die FZAG durch staatliche Anordnungen verpflichtet wurde, Lärmzuschläge und einen Entlastungsmechanismus vorzusehen und ob dieser Zwang ausreicht, um die Mittel als «staatlich» zu qualifizieren.

C.3.2.3.5 Richterliche oder behördliche Anforderungen betreffend die Erhebung und Verwendung der Lärmgebühren

160. Mit Urteil vom 22. Dezember 2010 verpflichtete das Bundesgericht die FZAG, lenkungswirksame Zuschläge zu erheben, die nach der Lärmerzeugung und zeitlich (Starts und Landungen während der Nacht und zu sensiblen Tagesrandzeiten) gestaffelt sind.¹¹² Zudem führte das Bundesgericht aus, dass der Flugbetrieb zu erheblichen Lärmemissionen in der Umgebung des Flughafens führe, der die geltenden Immissionsgrenzwerte für Fluglärm und teilweise sogar die Alarmwerte überschreite. Der Flughafen sei damit grundsätzlich eine sanierungspflichtige Anlage (Art. 16 Umweltschutzgesetz [USG]¹¹³). Bei öffentlichen oder konzessionierten, im überwiegenden Interesse liegenden Anlagen wie dem Landesflughafen Zürich können indessen Erleichterungen über den Alarmwert hinaus gewährt werden. Solche Anlagen dürfen weiter betrieben werden unter der Voraussetzung, dass an den vom Lärm betroffenen Gebäuden passive Schallschutzmassnahmen getroffen werden.¹¹⁴ Dies habe zur Folge, dass die FZAG überall dort, wo Immissionsgrenzwerte nicht eingehalten werden können, zu Schallschutzmassnahmen verpflichtet sei. In diesen Gebieten bestehe ein Anspruch der Betroffenen auf passive Schallschutzmassnahmen (Einbau von Schallschutzfenstern, Schallisolierung von Dächern und Mauern).¹¹⁵ Das Bundesgericht präzisierte zudem, dass wenn, wie im vorliegenden Fall, eine umweltschutzrechtliche Sanierungspflicht bestehe, die *Flughafengebühren eine zusätzliche Grundlage im USG finden* (Art. 12 Abs. 1 Bst. c USG). Dem Flughafen werde damit eine Verpflichtung zur Erhebung lenkungswirksamer Benützungsgebühren auferlegt.¹¹⁶

161. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die FZAG nicht nur die im LFG und der FGV vorgesehene Möglichkeit hat, lenkungswirksame Lärmzuschläge zu erheben. Sie wurde vielmehr durch das Bundesgericht direkt zur Erhebung lenkungswirksamer Zuschläge sowie zur Einreichung eines Schallschutzkonzepts beim BAZL *verpflichtet*.¹¹⁷

162. Betreffend eine mögliche Diskriminierung einzelner Flughafennutzer in Bezug auf die Erhebung der lenkungswirksamen Lärmzuschläge hält das Bundesgericht einzig fest, dass den Bedenken der FZAG und der SWISS, wonach die Gebühren des Flughafens im internationalen Vergleich bereits sehr hoch seien und eine weitere Erhöhung – namentlich in den für den Hubbetrieb der SWISS bedeutsamen Nacht- und Tagesrandstunden – die Konkurrenzfähigkeit des Flughafens Zürich beeinträchtigen und seine Drehkreuzfunktion gefährden könnte, bei der Ausgestaltung und Stafflung der Zuschläge Rechnung getragen werden könne.¹¹⁸

163. In der Folge verhandelte die FZAG mit diversen Betroffenen über das zu erarbeitende Lärmgebührenreglement für Jetflugzeuge. Am 12. Oktober 2012 erklärten die Verhandlungsteilnehmer die Verhandlungen als gescheitert, woraufhin die FZAG ein neues Lärmgebührenreglement für Jetflugzeuge erarbeitete, welches sie dem BAZL am 30. Oktober 2012 zur Genehmigung unterbreitete.¹¹⁹ Am 7. Januar 2013 genehmigte das BAZL die Änderungen des beantragten Lärmgebührenmodells unter Auflagen, namentlich der Pflicht zur Schaffung eines Anreizmechanismus für Investitionen in neue Luftfahrzeuge, falls deren Lärmemissionen [...] deutlich tiefer sind. Der Anreizmechanismus müsse nach den Grundsätzen der Objektivität und Nicht-Diskriminierung erarbeitet und umgesetzt werden.¹²⁰ Gegen diese Verfügung erhoben der sbzf¹²¹ und die Gemeinde Rümlang Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

164. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde gut und wies die Sache ans BAZL zurück mit der Weisung, im Rahmen des unterdessen laufenden Genehmigungsverfahrens betreffend die Gesamtüberarbeitung der Flugbetriebsgebühren eine neue Lärmgebührenordnung auszuarbeiten. Betreffend eine mögliche Diskriminierung einzelner Flughafennutzer in Bezug auf die Erhebung der lenkungswirksamen Lärmzuschläge hielt das Bundesverwaltungsgericht Folgendes fest:

¹¹⁰ Eingabe des BAZL vom 19. Oktober 2018, S. 1 f.

¹¹¹ Eingabe der FZAG vom 12. Oktober 2018, S. 4 f.

¹¹² BGE 137 II 58, Dispositiv Ziff. 3.

¹¹³ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, SR 814.01.

¹¹⁴ BGE 137 II 58, E. 5.1.

¹¹⁵ BGE 137 II 58, E. 7.2.

¹¹⁶ BGE 137 II 58, E. 6.7.2.

¹¹⁷ BGE 137 II 58, Dispositiv Ziff. 4.2.

¹¹⁸ BGE 137 II 58, E.6.7.4.

¹¹⁹ Zum Verfahren betreffend die Festsetzung der Lärmgebühren vgl. Fn 76.

¹²⁰ Verfügung des BAZL vom 7. Januar 2013, Dispositiv Ziff. 2 Bst. b.

¹²¹ Schutzverband der Bevölkerung um den Flughafen Zürich.

«Sollten die entsprechenden Abklärungen ergeben, dass [ein] lenkungswirksame Start- und Landezuschläge für die Tagesrand- und Nachtstunden die Fluggesellschaften veranlassen würde[n], ihre Langstreckenflüge einzustellen oder in einem den Hubbetrieb des Flughafens Zürich gefährdenden Ausmass zu reduzieren, so wäre in einem weiteren Schritt zu untersuchen, ob die für die Funktion des Flughafens Zürich als Drehscheibe des internationalen Luftverkehrs entscheidenden Flüge von solchen Lärmzuschlägen ganz oder teilweise ausgenommen werden könnten, wobei aus Praktikabilitätsgründen wohl die - von der Beigeladenen [SWISS] in anderem Zusammenhang geforderte - Differenzierung nach Lang-, Kurz- und Mittelstreckenflugzeugen im Vordergrund stehen dürfte.»¹²²

165. Weiter führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die Frage, ob eine derartige Regelung mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar wäre, entscheidend von deren Ausgestaltung abhängt. Gewisse Schematisierungen und Pauschalisierungen seien unausweichlich und grundsätzlich zulässig. Nur wenn ein Flughafennutzer wesentlich stärker belastet und damit systematisch benachteiligt würde, liege ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 BV vor.¹²³

166. Mit Verfügung vom 14. November 2013 genehmigte das BAZL daraufhin die Flugbetriebsgebühren gemäss Vorschlag der FZAG für die Jahre 2014 bis 2017. Betreffend die Lärmgebühren verfügte das BAZL, dass die Höhe und Struktur der Flugzeuglärmgebühren zu überprüfen und entsprechend den Anforderungen gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2013 anzupassen sei. Dabei sei sicherzustellen, dass eine Anpassung des Lärmgebührenmodells der volkswirtschaftlichen Bedeutung und den betrieblichen Besonderheiten des Hubbetriebs auf dem Flughafen Zürich Rechnung trage.

167. Auf die Anforderungen des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts verweisend verfügte das BAZL somit die Berücksichtigung des Hubbetriebs bei der Festsetzung der Lärmgebühren. Die FZAG hatte folglich keine andere Wahl, als dem BAZL ein neues Lärmgebührenmodell zur Genehmigung zu unterbreiten, welches den Hubbetrieb des Flughafens Zürich nicht gefährden würde.

168. Weder das Bundesgericht noch das Bundesverwaltungsgericht machten in den zitierten Urteilen Vorgaben zur Verwendung der zu erhebenden Lärmgebühren. Auch die genannte Verfügung des BAZL enthält keine Vorgaben zur Verwendung der Lärmgebühren.

C.3.2.3.6 Zwischenergebnis betreffend die staatliche Kontrolle privater Mittel

Kontrolle über die Erhebung der Mittel

169. Vorliegend sieht weder das LFG noch die FGV eine Diskriminierung von Flughafennutzern in Bezug auf die Lärmgebühren, wie sie im Entlastungsmechanismus vorgesehen ist, vor.

170. Sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht haben jedoch aus der Luftfahrtgesetzgebung als auch aus dem Umweltschutzgesetz eine Pflicht zur Erhebung lenkungswirksamer Lärmzuschläge abgeleitet. Ferner wurde angeregt, dass einer möglichen Gefährdung des Hubbetriebs bei der Ausgestaltung der

Lärmgebühren Rechnung zu tragen sei. Das BAZL hat schliesslich die Berücksichtigung der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Hubbetriebs bei der Festsetzung der Lärmgebühren verfügt. Es ist jedoch nicht – wie vom Bundesverwaltungsgericht vorgeschlagen – so weit gegangen, eine ganze oder teilweise Befreiung von hubrelevanten Fluggesellschaften in Erwägung zu ziehen bzw. zu verfügen.

171. Das BAZL verfügt im vorliegenden Streitfall somit über eine gewisse Kontrolle über die *Erhebung der Mittel*, da die FZAG ohne Einverständnis des BAZL weder die Höhe noch die Ausgestaltung der Lärmzuschläge (und damit des Entlastungsmechanismus) bestimmen kann.

Kontrolle über die Verwendung der Mittel

172. Nachdem die staatliche Kontrolle über die Erhebung der Mittel bejaht wurde, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob der Staat auch die Verwaltung und Verwendung der vereinnahmten Lärmgebühren kontrolliert.

173. In Bezug auf die Verwendung der Mittel stellt sich vorab folgende grundsätzliche Frage: Muss der Staat die Verwendung sämtlicher Mittel, welche den AZNF äffnen, kontrollieren (Kap. II) oder reicht die Kontrolle des Staates über denjenigen Anteil des AZNF bzw. diejenigen Lärmgebühren, welche den entlasteten Fluggesellschaften zurückerstattet werden (Kap. I)?

174. Die Frage ist deshalb relevant, weil die europäische Rechtsprechung betreffend die Umverteilung von Mitteln zwischen privaten Einheiten – welche als staatliche Mittel qualifiziert wurden – in der Regel Fallkonstellationen betrifft, bei welchen die Mittel von Privaten erhoben wurden, *um* sie dem/den private(n) Beihilfeempfänger(n) zuzuweisen. Im Unterschied dazu werden vorliegend durch die Lärmgebühren nicht nur die Mittel erhoben, mit welchen die Fluggesellschaften mit Relevanz für den Hubbetrieb entlastet werden sollen.

I. Kontrolle des Staates über die Verwendung einer Teilmenge der Mittel des AZNF

175. Der Antrag der FZAG zur Genehmigung der Lärmgebühren enthält sowohl eine Erhöhung der Lärmgebühren als auch den Entlastungsmechanismus bzw. eine mögliche Rückerstattung der bezahlten Lärmgebühren an Fluggesellschaften, welche die Voraussetzungen des Entlastungsmechanismus erfüllen. Durch die Genehmigung des Antrags der FZAG kontrolliert das BAZL somit nicht nur die *Erhebung* der Lärmgebühren (Höhe der Gebühren, Gebührenschuldner etc.), sondern auch eine mögliche Rückerstattung der Gebühren aus dem AZNF an die entlasteten Fluggesellschaften. Das BAZL kontrolliert im Rahmen dieser Genehmigung im Streitfall somit auch die *Verwendung einer Teilmenge der Mittel* des AZNF.

¹²² Urteil des BVGer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, E. 7.5.3.1.

¹²³ Urteil des BVGer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, E. 7.5.3.2.

176. Würde die Kontrolle über die Verwendung dieser Teilmenge der Mittel genügen, wäre davon auszugehen, dass die Voraussetzung der Staatlichkeit der Mittel erfüllt wäre.

177. Anders als in den zitierten europäischen Beispielen¹²⁴ werden wie bereits erwähnt die Lärmgebühren jedoch nicht erhoben, um den Beihilfeempfängern (Fluggesellschaften mit Relevanz für den Hubbetrieb) übertragen zu werden. Der Zweck der Erhebung von Lärmgebühren ist die vom Bundesgericht stipulierte Lenkungswirkung. Die Lärmgebühren sollen bei den Fluggesellschaften Anreize setzen, Flüge aus lärmsensiblen Tagesrand- und Nachtstunden in weniger sensible Zeiten zu verlagern oder lärmgünstigere Flugzeugtypen einzusetzen.

178. Um zu beurteilen, ob der mutmassliche Vorteil zugunsten der entlasteten Fluggesellschaften aus staatlichen Mitteln gewährt wird, ist nachfolgend zu prüfen, ob die Mittel des AZNF als Ganzes einer staatlichen Kontrolle unterstehen und somit als staatliche Mittel qualifiziert werden können.

II. Kontrolle des Staats über die Verwendung der Mittel des AZNF

179. Wie bereits erläutert wurde (C.3.2.3.4, Rz 157 f.), ermöglicht Art. 14 FGV die Vorfinanzierung prognostizierter Ausgaben im Umweltbereich über die Flugbetriebsgebühren. Ein Flughafenhalter ist jedoch aufgrund von Art. 14 FGV weder verpflichtet, Ausgaben im Umweltbereich vorzufinanzieren, noch diese – im Falle einer freiwilligen Vorfinanzierung nach Art. 14 FGV – über Lärmgebühren vorzufinanzieren. Werden die Flugbetriebsgebühren i.S. einer Vorfinanzierung hingegen einem gesonderten Konto wie dem AZNF zugewiesen, darf dieses gemäss Art. 14 Abs. 3 FGV nur für Ausgaben zugunsten des betreffenden Investitionsprojekts belastet werden. In diesem Sinne besteht – wie vom BAZL vorgebracht – eine Zweckbindung.

180. Die FZAG hat von der Möglichkeit der Vorfinanzierung Gebrauch gemacht, ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein. Sie führt dazu aus, dass mit der Anwendung von Art. 14 FGV für die Finanzierung der im Zeitverlauf sehr ungleichmässig anfallenden und wenig planbaren Kosten für Enteignungen und Schallschutzmassnahmen eine Glättung der Erträge bzw. der Belastung der Gebührenschuldner erreicht werden könne. Die Verkopplung der Vorfinanzierungslösung mit den Lärmgebühren – als Gebührenbestandteile, welche gemäss Art. 47 ff. FGV Lenkungswirkung entfalten sollen – sei dagegen durch die FZAG vorgenommen worden und sei nicht gesetzlich vorgeschrieben. Die FZAG verfüge über erhebliche Freiheit beim konkreten Mitteleinsatz: Sie entscheide aufgrund der Faktenlage, etwaiger Entscheide von Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden und unter Berücksichtigung ihres unternehmerischen Interesses, welche Entschädigungsansprüche und Lärmschutzmassnahmen sie zu finanzieren gewillt sei. Wie jede andere Unternehmung, die sich in einer ähnlichen Situation befinde, lege die FZAG dabei eine Risikoabschätzung zugrunde.¹²⁵

181. Die Regelung der Abwicklung der über den AZNF (vor-)finanzierten Ausgaben ist im „Reglement des Air-

port of Zurich Noise Fund (AZNF)“ (nachfolgend: AZNF-Reglement)¹²⁶ enthalten. Das AZNF-Reglement ist ein Dokument der FZAG und wurde nach Absprache im AZNF Komitee, in welchem keine Staatsvertreter vertreten sind,¹²⁷ durch die FZAG genehmigt.

182. Das AZNF-Reglement definiert, welche Kosten, die der FZAG im Zusammenhang mit Flug-/Betriebslärm entstehen, aus dem AZNF finanziert werden.¹²⁸ Diese Kosten können in zwei Hauptgruppen eingeteilt werden: Einerseits die Kosten für lärmbedingte Enteignungen (inkl. Überflugschädigungen), andererseits Kosten für Schallschutzmassnahmen. Die FZAG führt dazu aus, dass die finanziellen Folgen der im Zusammenhang mit Fluglärm zu treffenden Massnahmen und Entschädigungsansprüchen im Einzelnen nicht unumstritten, sondern Gegenstand laufender oder noch anstehender Gerichtsverfahren seien. Dies erschwere eine abschliessende, detaillierte Umschreibung der Verpflichtungen.¹²⁹

¹²⁴ Fn 103 - 105; vgl. auch EuG 22. Oktober 2008, *TV2/Danmark A/S*, Rs. T-309/04, Rz 158 f.: Das EuG hielt fest, dass es sich bei der Finanzierung der zwei öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten DR und TV2 durch Rundfunkgebühren um die Finanzierung aus staatlichen Mitteln handelt. Der Staat kontrolliert diese von Privaten erhobenen Mittel, indem er die Gebührenschuldner (Besitzer von Fernseh- und Radiogeräten), die Höhe der Gebühren sowie die Aufteilung der Einnahmen zwischen den Beihilfeempfängern bestimmt.

¹²⁵ Eingabe der FZAG vom 12. Oktober 2018, S. 6.

¹²⁶ Reglement des Airport of Zurich Noise Fund (AZNF), Version 01/2018, <<https://www.flughafen-zuerich.ch/unternehmen/laerm-politik-und-umwelt/laermgebuehren/airport-zurich-noise-fund>> (30.10.2018).

¹²⁷ Gemäss Art. 3 des AZNF-Reglements besteht das Komitee aus folgenden Mitgliedern: einem Vertreter des Home Carriers (Swiss International Air Lines Ltd.), einem Vertreter des Board of Airline Representatives (BAR), dem Leiter Lärm & Verfahren der Flughafen Zürich AG, dem Leiter Lärmentschädigung der Flughafen Zürich AG, dem Chief Financial Officer der Flughafen Zürich AG.

¹²⁸ Art. 2.1 AZNF-Reglement: „Es sind dies insbesondere: Kosten für Schallschutzmassnahmen, insbesondere das Schallschutzprogramm; Kosten für Lärm- und Überflugsentschädigungen, insbesondere für in diesem Zusammenhang erforderliche Enteignungen und die damit verbundenen Verfahren; Kosten für den Erwerb von bezüglich Fluglärm/Überflugsituation besonders stark belasteten/betroffenen Liegenschaften und Grundstücken. Allfällige Erträge dieser Liegenschaften/Grundstücke fliessen während der Zeit von dessen Bestehen ebenfalls in den AZNF; Kosten für Lärmmessungen/-berechnungen; Alle weiteren externen Kosten im Zusammenhang mit Fluglärm/Überflügen (Rechtsberatung, Studien und Expertenberichte, Behörden-/Verfahrenskosten, Information und PR-Aktivitäten); Interne Kosten im Zusammenhang mit Fluglärm (z.B. Personalkosten, Büroräume, technische Ausrüstung); Investitions- und Unterhaltskosten für Schallschutzanlagen zur Durchführung von Triebwerkstandläufen; Kosten für andere Massnahmen, die den Lärm am Boden reduzieren (z.B. Erdhügel, Schallschutzwände); Kosten für Schallschutzmassnahmen bei nächtlichen Bauarbeiten mit Bezug zum Flugbetrieb (z.B. Pisten- und Vorfeldsanierungen); Ausrichtung von gemäss Gebührenreglement vorgesehenen Incentives zugunsten von Gebührenpflichtigen.“

Soweit es die finanzielle Situation des Fonds zulässt, können die Mittel weiter auch für folgende Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Flugbetrieb eingesetzt werden: Kosten für Enteignungen (bzw. Erwerb von Liegenschaften und Grundstücken) aufgrund der Festlegung oder Erweiterung von Sicherheitszonen; Kosten für Dachziegelklammerungen oder vergleichbare Schutzvorkehrungen im Zusammenhang mit Randwirbeln und Überflügen. Die Flughafen Zürich AG behält sich vor, weitere Kosten im Zusammenhang mit Fluglärm und Anwohnerschutz über den AZNF abzuwickeln, wenn dies zweckmässig erscheint.“

¹²⁹ Eingabe der FZAG vom 12. Oktober 2018, S. 4.

183. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich wird, übersteigen die jährlichen Ausgaben (in tausend Franken) der FZAG für Massnahmen/Entschädigungsansprüche im Zusammenhang mit Fluglärm die jährlichen Einnahmen (in tausend Franken) des AZNF aus den Lärmgebühren.¹³⁰

Jahr	2017	2016	2015
Einnahmen AZNF	11'557	11'601	10'865
Ausgaben Total	22'453	23'991	30'733
Kosten für Schallschutz	17'320	12'585	17'779
Kosten für formelle Enteignungen	5'133	11'406	12'954

184. Gemäss Art. 2.4 des AZNF-Reglements müssen im Falle einer Finanzierungslücke andere Geldmittel vom Unternehmen oder Dritten, zum Beispiel in Form einer Kreditlimite, bereitgestellt und zum Finanzierungszweck benutzt werden. Sämtliche aus der Deckung einer allfälligen Finanzierungslücke entstehenden zukünftigen Kosten werden der Fondsrechnung belastet.

185. Wenn die Einnahmen aus den Lärmgebühren in einer Berichtsperiode die Ausgaben übersteigen, wird der entsprechende Betrag (Ertragsüberschuss) auf einem separaten Konto geführt und durch professionelle Finanzinstitute verwaltet.¹³¹

186. Die durch die FZAG praktizierte Verwendung der vereinnahmten Lärmgebühren, d.h. der Mittel des AZNF, lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Es gibt keine gesetzliche Grundlage, welche die FZAG verpflichten würde, die vereinnahmten Lärmgebühren zur Vorfinanzierung der mit Fluglärm entstehenden Kosten zu verwenden.
- Die FZAG hat sich für die Vorfinanzierungslösung gemäss Art. 14 FGV entschieden und die Mittel dadurch einer freiwilligen Zweckbindung unterstellt.
- Innerhalb der in Art. 14 FGV vorgesehenen Zweckbindung für prognostizierte Ausgaben im Umweltbereich hat die FZAG im AZNF-Reglement die Verwendung der Lärmgebühreneinnahmen weiter eingeschränkt, wobei sie in der konkreten Mittelzuteilung/-verwendung frei zu sein scheint.

187. Daraus folgt, dass die Gesetzgebung der FZAG keine bestimmte Verwendung der vereinnahmten Lärmgebühren vorschreibt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Staat – unabhängig von der durch die FZAG gewählten Lösung der Vorfinanzierung nach Art. 14 FGV – *grundsätzlich die Verwendung von Gebühreneinnahmen kontrolliert*.

188. Mit der Betriebskonzession wird der FZAG das Recht eingeräumt, Gebühren zu erheben. Diese beruhen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage und werden in der FGV näher geordnet. Die Gebührenaufsicht liegt beim BAZL (Art. 39 Abs. 8 LFG).¹³² Dass der AZNF aus *Gebühren* gespeist wird, macht die Mittel des AZNF

nicht *per se* staatlich. So sind gemäss EuGH Flughafenengebühren als Gegenleistung für die vom Eigentümer oder dem Konzessionsinhaber des Flughafens erbrachten Dienstleistungen zu qualifizieren. Die Festsetzung von Betriebsgebühren (wie Landegebühren oder Lärmgebühren) stellt eine wirtschaftliche Marktintervention des Flughafenbetreibers dar.¹³³

189. Betreffend die Gebührenaufsicht verweist das BAZL auf die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts, wonach es sich bei den Flughafenengebühren – als kostenabhängige Benutzungsgebühren – um Kausalabgaben handelt, welche durch die verfassungsrechtlichen Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip¹³⁴) begrenzt sind. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert im erster Linie das Kostendeckungsprinzip.¹³⁵ Dieses besagt, dass die Gesamteingänge an Kausalabgaben den Gesamtaufwand für den betreffenden Verwaltungszweig nicht oder nur geringfügig überschreiten dürfen, wobei auch angemessene Abschreibungen und Rückstellungen zu berücksichtigen sind. Hinsichtlich der Flughafenengebühren hat der Gesetzgeber das Kostendeckungsprinzip in Art. 39 Abs. 5 LFG konkretisiert. Danach dürfen die Gebühren insgesamt maximal in solcher Höhe festgesetzt werden, dass sie die ausgewiesenen Kosten unter Berücksichtigung einer angemessenen Verzinsung des investierten Kapitals nicht übersteigen. Das Kostendeckungsprinzip bezieht sich somit auf die Gesamtsumme der erhobenen Gebühren.¹³⁶

¹³⁰ Eingabe der FZAG vom 12. Oktober 2018, S. 5.

¹³¹ Eingabe der FZAG vom 12. Oktober 2018, Reglement des AZNF (Fn 128), Art. 2.3.

¹³² VOGEL, in: FHB Verwaltungsrecht (Fn 60), 369 N 8.13, 377 8.43 f.

¹³³ EuGH 17.12.2008, Rs.T-196/04, *Ryanair*, Rz 88 ff.

¹³⁴ Das Äquivalenzprinzip konkretisiert den Verhältnismässigkeitsgrundsatz für den Bereich der Kausalabgaben. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss, Urteil des BVerfG A-7097/2013 vom 25. Juni 2015, E. 9.2.1.

¹³⁵ Eingabe des BAZL vom 19. Oktober 2018, S. 2.

¹³⁶ Urteil des BVerfG A-7097/2013 vom 25. Juni 2015, E. 9.1.1 f., E.9.2.2.

190. Das Bundesverwaltungsgericht präzisiert weiter, dass Art. 39 Abs. 5 LFG nicht verlangt, dass in jedem Einzelfall die Gebühr für eine bestimmte Tätigkeit genau den verursachten Kosten entspricht. Infolgedessen müssen Lärmgebühren nicht ausschliesslich als Beiträge an die Lärmkosten dienen. Die FZAG hätte demnach – unter der Wahrung des Kostendeckungsprinzips – die Möglichkeit, andere Flugbetriebsgebühren zu senken, um eine aus Lenkungsicht notwendige Erhöhung der Lenkungsabgaben zu kompensieren.¹³⁷

191. Daraus folgt, dass das Kostendeckungsprinzip keine generelle Zweckbindung zwischen den erhobenen Lärmgebühren und ihrer Verwendung herstellt.

192. Auf die Frage, ob das BAZL die Verwendung bzw. eine Zweckbindung der Mittel des AZNF kontrolliert, verweist das BAZL auf das erläuterte Kostendeckungsprinzip. Dies bedeutet, dass überprüft wird, ob die Flughafengebühren insgesamt (inklusive Lärmgebühren) so angesetzt sind, dass der Gesamtaufwand für den regulierten Bereich (inklusive die im Zusammenhang mit Fluglärm anfallenden Kosten) gedeckt wird. Im Rahmen seiner Aufsichtsfunktion *plausibilisiert* das BAZL die durch ein Revisionsunternehmen geprüfte Jahresrechnung der FZAG. Gemäss Art. 11 Abs. 2 FGV kann das BAZL die Änderung der Gebühren jederzeit anordnen, wenn diese den Vorgaben der Gesetzgebung nicht entsprechen.¹³⁸ Wie jedoch erläutert wurde, sieht die Gesetzgebung keine verpflichtende Zweckbindung zwischen den Lärmgebühren und der Begleichung der im Zusammenhang mit Fluglärm entstehenden Kosten vor. Sollten die Vorgaben von Art. 14 FGV durch die FZAG nicht eingehalten werden, indem beispielsweise die Mittel des AZNF nicht für prognostizierte Ausgaben im Umweltbereich verwendet würden, scheint die Möglichkeit einer Anordnung der Änderung der Lärmgebühren dem BAZL auch keine eigentliche Kontrolle über die Verwendung der Mittel zu verleihen.

Fazit

193. Vorliegend ist davon auszugehen, dass der Staat die Erhebung der Mittel kontrolliert, indem die FZAG einerseits durch das Bundesgericht verpflichtet wurde, lenkungswirksame Lärmabgaben zu erheben, und andererseits das BAZL die beantragten Lärmgebühren im vorliegenden Streitfall genehmigen muss.

194. Trotz fehlender gesetzlicher Grundlage oder richterlicher Anordnung ist ebenfalls davon auszugehen, dass der Staat die Verwendung einer Teilmenge der Mittel, nämlich die Mittel welche dem mutmasslichen Beihilfempfänger rückerstattet werden, kontrolliert, indem das BAZL im vorliegenden Streitfall den beantragten Entlastungsmechanismus genehmigen muss.

195. Hingegen ist davon auszugehen, dass weder das Kostendeckungsprinzip noch Art. 14 FGV genügen, um eine Kontrolle des Staats über die Verwendung der erhobenen Lärmgebühren zu bejahen. Die FZAG scheint somit in der Verwaltung und der Verwendung der vereinnahmten Lärmgebühren sowie über den AZNF als Ganzes frei.

C.3.2.4 Zwischenergebnis betreffend die Voraussetzung der „staatlichen Mittel“

196. Die mutmassliche Begünstigung der Fluggesellschaften mir Relevanz für den Hubbetrieb bzw. der finanzielle Vorteil, den diese Fluggesellschaften durch den Entlastungsmechanismus erfahren, stammt nicht aus dem Staatshaushalt und somit nicht unmittelbar aus staatlichen Mitteln, da die FZAG – unabhängig von ihrer Verwaltungstätigkeit – weder in die Verwaltung integriert ist noch als eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt ausgestaltet ist (C.3.2.1).

197. Der finanzielle Vorteil stammt auch nicht mittelbar aus staatlichen Mitteln, d.h. Mitteln die der Staat kontrolliert und welche somit dem Staat zurechenbar sind:

- Einerseits handelt es sich bei der FZAG nicht um ein öffentliches Unternehmen, dessen Anteile mehrheitlich in Staatsbesitz wären, was dem Staat erlauben würde, das Vermögen dieses Unternehmens aufgrund seiner Mehrheitsbeteiligung zu kontrollieren (C.3.2.2). Zudem verfügt der Staat als Minderheitsaktionär über keine Vetorechte in Bezug auf die vorliegend relevanten Mittel.
- Andererseits stammt der finanzielle Vorteil auch nicht aus privaten Mitteln, die der Staat mittelbar kontrollieren würde, da er zwar die Erhebung dieser Mittel kontrolliert, jedoch keinen Einfluss auf die Verwendung der Mittel als Ganzes hat (C.3.2.3).

198. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die mutmassliche Begünstigung hubrelevanter Fluggesellschaften durch den Entlastungsmechanismus weder unmittelbar noch mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wird.

C.3.3 Zwischenergebnis betreffend die Voraussetzung der Staatlichkeit

199. Wie aufgezeigt wurde, ist die erste Voraussetzung, um das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit zu erfüllen, nämlich die Zurechenbarkeit des Entlastungsmechanismus an den Staat, im vorliegenden Streitfall mindestens mittelbar erfüllt. Die zweite Voraussetzung, nämlich die Gewährung des mutmasslichen Vorteils aus staatlichen Mitteln ist vorliegend nicht erfüllt, da der Staat keine Kontrolle über die Verwendung der aufgrund der Lärmgebühren eingenommenen Mittel hat. Aus diesen Gründen ist das Tatbestandselement der „Staatlichkeit“ nicht erfüllt.

C.4 Ergebnis der Beihilfeprüfung

200. Beim gemeldeten Entlastungsmechanismus handelt es sich nicht um eine «staatliche oder aus staatlichen Mitteln der Schweiz» gewährte Beihilfe gemäss Art. 13 LVA. Da das erste Tatbestandselement nicht erfüllt ist, erübrigt sich eine Prüfung der anderen Tatbestandselemente von Art. 13 LVA.

¹³⁷ Eingabe des BAZL vom 19. Oktober 2018, S. 2; Urteil des BVGer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013, E. 8.2.3.

¹³⁸ Eingabe des BAZL vom 19. Oktober 2018, S. 2 f.

D Kosten

201. Gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. d der Gebührenverordnung KG (GebV-KG)¹³⁹ erheben die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen Gebühren für Gutachten und sonstige Dienstleistungen. Obwohl die vorliegende Beihilfeprüfung kein Verfahren nach dem Kartellgesetz darstellt, beauftragt Art. 103 LFG die WEKO direkt zur Beihilfeprüfung. Diese gilt es als sonstige Dienstleistung gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG einzustufen. Aus diesem Grund ist das vorliegende Verfahren gebührenpflichtig und die GebV-KG anwendbar.

202. Gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist namentlich gebührenpflichtig, wer sonstige Dienstleistungen nach Art. 1 GebV-KG veranlasst.

203. Der Entlastungsmechanismus wurde der WEKO vom BAZL zur Prüfung nach Art. 103 LFG i.V.m. Art. 14 LVA unterbreitet. Das BAZL gilt somit als Veranlasser der Beihilfenprüfung. Gemäss Art. 3 Abs. 1 GebV-KG bezahlen Behörden des Bundes keine Gebühren.

204. Die vorliegende Beihilfeprüfung ist somit nicht gebührenpflichtig.

E Ergebnis

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

Der gemeldete Entlastungsmechanismus stellt keine staatliche Beihilfe gemäss Art. 13 LVA vor.

¹³⁹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	2. Raccomandazione della Commissione della concorrenza del 25 febbraio 2019 concernente l'iniziativa parlamentare "Istituzione di un albo delle imprese artigianali"

Raccomandazione della Commissione della concorrenza del 25 febbraio 2019. Oggetto: 632-00003: Iniziativa parlamentare: "Istituzione di un albo delle imprese artigianali", Raccomandazione ai sensi dell'articolo 8 capoverso 2 della legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno concernente Iniziativa parlamentare: "Istituzione di un albo delle imprese artigianali". All'attenzione di Commissione della legislazione del Gran Consiglio del Cantone Ticino

1 Osservazioni preliminari

1. La legge sul mercato interno¹ garantisce ad ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). La Commissione della concorrenza (di seguito: COMCO) sorveglia il rispetto della LMI da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici (art. 8 cpv. 1 LMI). Giusta l'art. 8 cpv. 2 LMI, la COMCO può sottoporre, spontaneamente o su richiesta, delle raccomandazioni concernenti degli atti legislativi previsti o vigenti alla Confederazione, ai Cantoni e ai Comuni.²

2. Per quanto riguarda la regolamentazione delle attività artigianali nel Cantone Ticino, nella sua raccomandazione del 19 dicembre 2016³, la COMCO ha esaminato, tra le altre cose, la conformità alla LMI della LIA⁴, abrogata il 6 novembre 2018⁵ (di seguito: ex-LIA), e della prassi sviluppata in materia da parte delle autorità cantonali competenti.⁶ Inoltre, i ricorsi presentati dalla COMCO davanti al Tribunale cantonale amministrativo (TRAM) contro delle decisioni prese in applicazione dell'ex-LIA sono stati accolti con sentenze del 27 febbraio e 7 marzo 2018⁷, che sono cresciute in giudicato. Tali sentenze hanno confermato che l'obbligo di iscriversi ad un albo professionale costituisce una restrizione del libero accesso al mercato e che, nello specifico, le restrizioni previste dall'ex-LIA non erano giustificate⁸.

3. Con scritto del 17 gennaio 2019, la Commissione della legislazione del Cantone Ticino (di seguito: Commissione della legislazione) ha sottoposto alla COMCO l'iniziativa parlamentare del 6 novembre 2018 intitolata "Istituzione di un albo delle imprese artigianali", la quale è stata presentata al Gran Consiglio contestualmente all'abrogazione dell'ex-LIA. Con questa iniziativa, la Commissione della legislazione propone un nuovo progetto di legge sulle imprese artigianali (di seguito: progetto di legge o pdl-LIA), che possa salvaguardare gli obiettivi dell'ex-LIA e che sia allo stesso tempo compa-

tibile con il diritto superiore. A tale scopo, la Commissione della legislazione chiede alla COMCO di prendere posizione in merito al testo della proposta di legge. La COMCO accoglie positivamente la richiesta di consultazione della Commissione della legislazione e l'attenzione rivolta verso la LMI da parte delle autorità cantonali ticinesi.

4. Nell'iniziativa parlamentare è fatto riferimento ad un'audizione avvenuta tra i membri della Sottocommissione LIA e i "giuristi della COMCO". È necessario tuttavia rettificare che all'incontro dell'11 luglio 2018 hanno presenziato dei rappresentanti della Segreteria, e non della COMCO, e che a quest'ultima come alla Segreteria non è stato sottoposto alcun verbale di quest'audizione.

5. La COMCO non entra nel merito delle considerazioni esposte nel testo dell'iniziativa parlamentare che accompagna il progetto di legge, nella misura in cui queste riguardano altre leggi cantonali che prevedono anch'esse l'istituzione di un albo professionale o di un registro cantonale. A tal proposito, la COMCO rinvia alla sua raccomandazione del 19 dicembre 2016⁹.

¹ Legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (LMI; RS 943.02).

² Messaggio concernente la legge federale sul mercato interno (LMI) del 23 novembre 1994, FF 1995 I 1025, 1065.

³ DPC 2017/1, 148 segg., *Raccomandazione del 19 dicembre 2016 concernente la prassi amministrativa del Canton Ticino riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni*.

⁴ Legge del 24 marzo 2015 sulle imprese artigianali (LIA; RLT1 7.1.5.4), ora abrogata.

⁵ Cfr. Comunicato stampa - GC del 7 novembre 2018 «Decisioni parlamentari del 6 novembre 2018», <<http://www3.ti.ch/CAN/comunicati/07-11-2018-comunicato-stampa-718503842839.pdf>>. Cfr. anche Bollettino ufficiale delle leggi del Canton Ticino del 28 dicembre 2018, vol. 144, 58/2018.

⁶ Raccomandazione del 19 dicembre 2016 (n. 3) DPC 2017/1, 160 segg., n. marg. 85-99.

⁷ Sentenze del TRAM STA 52.2016.591 e STA 52.2016.592 del 27 febbraio 2018; STA 52.2016.632 del 7 marzo 2018.

⁸ Sentenze del TRAM del 27 febbraio e 7 marzo 2018 (n. 7), consid. 3.4 e 4-6.

⁹ Raccomandazione del 19 dicembre 2016 (n. 3) DPC 2017/1, 157 segg., n. marg. 62-72, 163 segg., n. marg. 100-112.

6. Ciononostante, la COMCO ritiene che il riferimento a delle sentenze del Tribunale federale, contenuto nell'iniziativa parlamentare, è fuorviante ed impone alcune osservazioni. Nelle sentenze 2C_81/2014 dell'11 agosto 2014 e 2C_41/2010 del 17 maggio 2010 citate nell'iniziativa parlamentare, il Tribunale federale non si è espresso sulla conformità alla LMI delle regolamentazioni cantonali in materia di attività di costruzione e di professione di ingegnere e architetto. In entrambi i casi, l'Alta Corte ha proceduto all'esame concreto delle regolamentazioni ticinesi sulla base di un ricorso in materia di diritto pubblico, con cui un'impresa rispettivamente un offerente con sede nel Cantone Ticino hanno fatto valere sostanzialmente la violazione della loro libertà economica (art. 27 Cost.¹⁰). Il Tribunale federale non si è tuttavia espresso su un'eventuale violazione della LMI riguardante l'obbligo d'iscrizione ad un albo professionale o a un registro cantonale da parte di offerenti esterni. Occorre anche aggiungere che nella sentenza 2C_81/2014 dell'11 agosto 2014, il Tribunale federale non si esprime sull'esistenza di un interesse pubblico, ma interpreta la legislazione cantonale in materia di costruzioni (LEPICOSC¹¹) al fine di verificare l'esistenza di una base legale sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost. In questo ambito, il Tribunale federale si limita a riconoscere che la LEPICOSC è stata adottata per assicurare un adeguato controllo pubblico nel settore della costruzione, ove erano sempre più richiesti degli elevati standard di sicurezza e di qualità dei lavori.¹²

7. Infine, è bene ricordare che una restrizione al libero accesso mercato ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 lett. b LMI può essere giustificata solo da un interesse pubblico preponderante. Il significato di interesse pubblico preponderante è prossimo della nozione di interesse pubblico ai sensi dell'art. 36 cpv. 2 Cost. Al fine di interpretare l'art. 3 cpv. 1 lett. b LMI è dunque possibile fare riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale in materia di giustificazione di restrizioni alla libertà economica ai sensi dell'art. 27 Cost. Tuttavia, rispetto all'art. 36 cpv. 2 Cost., i termini "preponderante" e "indispensabile" utilizzati all'art. 3 cpv. 1 lett. b LMI impongono un'interpretazione più restrittiva della nozione di interesse pubblico¹³.

8. Dal momento che l'iniziativa parlamentare in oggetto tratta di un atto legislativo, la COMCO è competente per sottoporre al Cantone Ticino una raccomandazione giusta l'art. 8 cpv. 2 LMI.

9. La presente raccomandazione si svolgerà seguendo l'ordine delle norme contenute nel progetto di legge. Dopo un primo capitolo introduttivo sulle condizioni quadro del diritto del mercato interno in cui è inclusa una parte sulla nozione di procedura di notifica o di annuncio (capitolo 2), verrà poi presentato il capitolo sull'"Albo delle imprese artigianali" (capitolo 3). All'interno dello stesso capitolo verranno illustrate le varie problematiche riscontrate nel progetto di legge dal profilo della LMI. Vi sarà infine un capitolo relativo all'istituzione dell'"Albo delle imprese artigianali certificate" (capitolo 4) e uno dedicato al tema delle misure disciplinari (capitolo 5). I risultati e le raccomandazioni sono riassunti al capitolo 6.

2 Condizioni quadro del diritto del mercato interno

2.1 Principio del libero accesso al mercato

10. La disposizione dell'art. 2 cpv. 1 LMI conferisce alle persone che rientrano nel campo d'applicazione della LMI un diritto individuale al libero accesso al mercato. Questo diritto è concretizzato dai cpv. 3 e 4 dell'art. 2 LMI, i quali sanciscono il **principio del luogo d'origine**. Tale principio vale sia per l'esercizio temporaneo di un'attività lucrativa sia per lo stabilimento di una (seconda) sede al di là delle frontiere interne cantonali:¹⁴

- *Libera prestazione dei servizi*: ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 in combinato disposto con il cpv. 3 LMI ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione, se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel suo Cantone o Comune di domicilio o di sede. Fanno stato le norme del Cantone o del Comune di domicilio o della sede dell'offerente.
- *Libertà di stabilimento*: secondo l'art. 2 cpv. 4 LMI chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio. Questo principio si applica anche in caso di cessazione dell'attività nel luogo del primo domicilio.

11. Il principio del luogo d'origine si basa sulla presunzione che le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato siano equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI).

12. Il diritto al libero accesso al mercato secondo le norme del luogo d'origine non vale in maniera assoluta. Le autorità del luogo di destinazione¹⁵ possono, per mezzo di condizioni e oneri, limitare l'accesso al mercato. A tale scopo l'autorità competente deve innanzitutto verificare se le normative concernenti l'accesso al mercato di natura generale-astratta e la relativa prassi del luogo d'origine di un offerente esterno garantiscono un livello equivalente di tutela degli interessi pubblici come garantito dalle normative del Cantone di destinazione (confutazione della **presunzione di equivalenza** ai sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI). Se le normative sono equivalenti l'accesso al mercato deve essere garantito senza alcuna restrizione. Nei casi di normative non equivalenti,

¹⁰ Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101).

¹¹ Legge cantonale del 1° dicembre 1997 sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione (LEPICOSC; RLTI 7.1.5.3).

¹² Sentenza del TF 2C_81/2014 dell'11 agosto 2014, consid. 4.2.

¹³ NICOLAS DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem*, 2016, n. marg. 194.

¹⁴ Raccomandazione del 19 dicembre 2016 (n. 3), DPC 2017/1, 148, n. marg. 7.

¹⁵ Nelle norme relative al mercato interno viene definito come «luogo di destinazione» il luogo in cui gli offerenti esterni intendono fornire la loro prestazione.

le autorità del luogo di destinazione devono dimostrare che la restrizione del libero accesso al mercato soddisfa (cumulativamente) le **condizioni dell'art. 3 LMI**, cioè che questa è indispensabile per proteggere interessi pubblici preponderanti, conforme al principio di proporzionalità e non discriminatoria (art. 3 cpv. 1 LMI).¹⁶ Ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 LMI, le restrizioni non sono conformi al principio di proporzionalità in particolare se (elenco non esaustivo):

- le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti;
- i certificati e gli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine sono sufficienti;
- il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione;
- la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti.

13. In questo senso, ogni procedura formale di accesso al mercato è da considerare come una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LMI, e in quanto tale, deve essere indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti e conforme al principio di proporzionalità.¹⁷ Inoltre, ai sensi dell'art. 3 cpv. 4 LMI, una restrizione all'accesso al mercato deve essere decisa secondo una procedura semplice, rapida e gratuita. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita vale in maniera generale per tutte le procedure relative all'accesso al mercato e non solo nei casi in cui delle restrizioni vengono effettivamente prese in considerazione o addirittura imposte. Una deroga in tal senso potrebbe giustificarsi solo in alcuni casi eccezionali (abusi o scarsa collaborazione).¹⁸

2.2 Procedura di notifica o di annuncio

14. La COMCO si è già espressa sul tema di una procedura d'annuncio o di notifica nella raccomandazione del 2016. In quest'occasione la COMCO ha dichiarato che al fine di esercitare le funzioni di controllo e sorveglianza, così come per verificare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato (art. 2 cpv. 5 LMI) o se questo deve essere limitato da oneri o condizioni (art. 3 cpv. 1–3 LMI), le autorità cantonali devono essere a conoscenza delle imprese che esercitano sul territorio cantonale delle attività lucrative, come nel caso specifico le attività artigianali. Di conseguenza, le autorità cantonali devono avere la possibilità di sottoporre gli offerenti esterni ad un "*controllo all'ingresso*" e di eseguire una procedura di notifica o di autorizzazione.¹⁹ Nel messaggio concernente la revisione della LMI il Consiglio federale stabilisce che "*spetterà ai Cantoni adottare le misure necessarie per esercitare la vigilanza sul secondo domicilio nel loro territorio, e in particolare, per poter imporre oneri*".²⁰ Il messaggio però non indica quali misure sono possibili e, soprattutto, quali sono permesse.²¹

15. Per quanto concerne la libera prestazione dei servizi (art. 2 cpv. 1 in combinato disposto con cpv. 3 LMI), una semplice **procedura di notifica o di annuncio** rappre-

senta la deroga meno restrittiva al principio dell'accesso al mercato senza alcuna formalità ed è conforme al principio di una procedura semplice, rapida e gratuita.

16. Una procedura di notifica o di annuncio permetterebbe così alle autorità del luogo di destinazione di avere un quadro d'insieme degli offerenti esterni attivi sul proprio territorio che esercitano un'attività soggetta ad autorizzazione e verificare che questi dispongono effettivamente di un'autorizzazione valida nel luogo di origine. Prima di esercitare la propria attività nel luogo di destinazione, l'offerente esterno sarebbe solamente tenuto ad annunciarsi alle autorità del luogo di destinazione, presentando una valida autorizzazione del luogo di origine.²²

17. Per quanto riguarda invece la libertà di stabilimento (art. 2 cpv. 4 LMI), ovvero la situazione nella quale un offerente esterno intende stabilirsi nel Cantone di destinazione, una **procedura di autorizzazione** per l'accesso al mercato può essere ritenuta come giustificata. In questo caso, le autorità del luogo di destinazione decideranno dell'accesso al mercato in base alle prescrizioni del luogo di origine e dell'applicabilità delle proprie normative sotto forma di oneri e condizioni, ammesso che i criteri secondo l'art. 2 cpv. 5 e art. 3 cpv. 1–3 LMI siano soddisfatti.²³

18. Tuttavia, indipendentemente dalla procedura utilizzata, le autorità del luogo di destinazione non possono richiedere in modo sistematico l'inoltro di documenti riguardanti caratteristiche personali come il certificato di buona condotta, l'estratto del casellario giudiziale, l'estratto del registro esecuzioni e fallimenti, ecc.²⁴ Visto che le condizioni per il rilascio di un'autorizzazione da parte del Cantone di destinazione non si applicano, salvo entro i limiti dell'art. 3 cpv. 1 LMI, l'inoltro di documenti che provano il rispetto di queste condizioni non può essere richiesto. Il riesame sistematico delle condizioni di autorizzazione del luogo d'origine non è compatibile né con il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI) né con l'obbligo di condurre una procedura semplice e rapida (art. 3 cpv. 4 LMI). Inoltre, secondo il Tribunale federale, questo aggira la presunzione di equivalenza ai

¹⁶ Raccomandazione del 19 dicembre 2016 (n. 3), DPC 2017/1, 149, n. marg. 9.

¹⁷ Raccomandazione del 19 dicembre 2016 (n. 3), DPC 2017/1, 150, n. marg. 14 e riferimenti ivi citati.

¹⁸ DTF 123 I 313 consid. 5; DTF 125 II 56 consid. 5b; DTF 136 II 470 consid. 5.3. V. anche DPC 2017/1, 134, n. marg. 15 e riferimenti ivi citati, *Gutachten vom 5. Dezember 2016 betreffend Zulassung von Ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone*.

¹⁹ Raccomandazione del 19 dicembre 2016 (n. 6), DPC 2017/1, 150, n. marg. 13 e riferimenti ivi citati.

²⁰ Messaggio concernente la modifica della legge federale sul mercato interno del 24 novembre 2004, FF 2005 409, in particolare pag. 429.

²¹ Raccomandazione del 19 dicembre 2016 (n. 3), DPC 2017/1, 150, n. marg. 13.

²² NICOLAS DIEBOLD, (n. 13), n. marg. 1361.

²³ NICOLAS DIEBOLD, (n. 13), n. marg. 1363.

²⁴ DTF 123 I 313, 320 seg. consid. 4b; in questo senso anche la sentenza del TF 2P.316/1999 del 23.5.2000, consid. 2d.

sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI.²⁵ Ciò vale sia per i requisiti professionali che per quelli personali. Un riesame è permesso, secondo il Tribunale federale, solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.²⁶ Un'autorizzazione valida rilasciata da un'autorità competente del luogo d'origine deve essere ritenuta come prova più che sufficiente dell'esercizio legale dell'attività nel luogo d'origine.²⁷

19. Sulla base di quanto esposto sopra, la COMCO ritiene che la procedura di notifica o di annuncio applicata alle imprese con sede o domicilio in un altro Cantone, deve limitarsi allo stretto necessario per permettere alle autorità ticinesi di assolvere il proprio dovere di sorveglianza e verificare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato (art. 2 cpv. 5 LMI) o se questo deve essere limitato da oneri o condizioni (art. 3 cpv. 1–3 LMI).

3 Albo delle imprese artigianali

20. Il pdl-LIA prevede l'istituzione di un albo delle imprese artigianali (art. 3–9 pdl-LIA) ed un albo delle imprese certificate (art. 10–15 pdl-LIA). Da quanto è dato capire, l'iscrizione al primo albo avviene tramite una procedura di annuncio. L'art. 5 pdl-LIA prevede che *“le imprese artigianali che intendono eseguire lavori nei rispettivi campi di attività sul territorio del Cantone Ticino hanno l'obbligo di annunciarsi all'albo delle imprese artigianali e hanno il diritto di esservi iscritte”*. Questa procedura di annuncio sembra essere rivolta alle imprese extracantonali e, secondo gli iniziati, dovrebbe rendere il progetto di legge compatibile con la legge sul mercato interno.

21. Come anticipato sopra (n. marg. 20), con l'istituzione dell'**albo delle imprese artigianali** il progetto di legge sembrerebbe introdurre una procedura d'annuncio per le imprese extracantonali che intendono eseguire dei lavori sul territorio del Cantone Ticino. Giusta l'art. 5 cpv. 1 pdl-LIA le imprese extracantonali avrebbero l'obbligo di annunciarsi all'albo delle imprese artigianali e il diritto di esservi iscritte. A differenza di quanto previsto nell'ex-LIA, le imprese extracantonali non sarebbero più tenute ad iscriversi all'albo degli artigiani e a sottostare ad una procedura di autorizzazione. Quest'ultima è prevista ora solo per le imprese che intendono essere iscritte all'**albo delle imprese artigianali certificate** (art. 10–15 pdl-LIA).

22. La COMCO ha più volte ribadito che l'obbligo di iscriversi ad un albo professionale costituisce di per se stesso una restrizione del libero accesso al mercato e ciò indipendentemente dalle condizioni materiali prescritte per ottenere l'autorizzazione ad esercitare una determinata attività lucrativa.²⁸ L'eliminazione di una procedura di autorizzazione, complessa e dispendiosa per l'iscrizione all'albo delle imprese artigianali per le imprese extracantonali va dunque nella giusta direzione e va accolta con favore.

23. Tuttavia, dalla lettura globale del progetto di legge emergono evidenti perplessità quanto alla sua conformità con la LMI, dato che la procedura di annuncio prevista all'art. 5 cpv. 1 pdl-LIA equivale negli effetti all'esigenza d'iscrizione ad un albo professionale e restringe pertanto

l'accesso al mercato delle imprese artigianali extracantonali (n. marg. 22).

24. Secondo l'art. 5 cpv. 2 l'annuncio *“avviene un'unica volta, fatto salvo l'obbligo di annunciare ogni modifica”*. Non è chiaro che cosa intendano i promotori dell'iniziativa parlamentare con *“l'obbligo di annunciare ogni modifica”*, visto che, stando al progetto di legge, l'iscrizione all'albo degli artigiani sembra oramai rappresentare un diritto e non un obbligo. A questo proposito è bene ricordare che l'annuncio deve essere semplice e deve permettere all'offerente extracantonale di esercitare la propria attività nel luogo di destinazione presentando, qualora esistesse, una valida autorizzazione rilasciata nel proprio Cantone di origine (n. marg. 16).

25. Secondo l'art. 6 pdl-LIA l'annuncio all'albo abiliterebbe le imprese all'esecuzione dei lavori nei rispettivi campi di attività. Questa disposizione è contraria al principio del luogo di origine sancito dalla LMI (n. marg. 10). In effetti, le imprese extracantonali possono esercitare le proprie attività sul territorio del Cantone Ticino sulla base del diritto che gli è conferito dall'art. 2 cpv. 1 in combinazione con il cpv. 3 LMI. L'annuncio non può avere nessun effetto costitutivo.

26. L'art. 7 cpv. 1 pdl-LIA prevede che le imprese sono tenute ad annunciare ogni modifica che possa influire sulla tenuta dell'albo. Sono da notificare in particolare la sostituzione del titolare o del membro dirigente effettivo, il cambiamento dello scopo sociale, della forma giuridica della società, le modifiche di domicilio, sede e recapiti dell'impresa (art. 7 cpv. 2 pdl-LIA). In questo contesto, occorre ricordare che la procedura di notifica o di annuncio applicata alle imprese con sede o domicilio in un altro Cantone, deve limitarsi allo stretto necessario per permettere alle autorità ticinesi di assolvere il proprio dovere di sorveglianza e verificare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato (art. 2 cpv. 5 LMI) o se questo deve essere limitato da oneri o condizioni (art. 3 cpv. 1–3 LMI) (n. marg. 19). In tal senso, l'annuncio previsto dal progetto di legge dovrebbe essere limitato all'obbligo per le imprese extracantonali di annunciarsi presso le autorità ticinesi competenti ogni qual volta esse intendono eseguire dei lavori sul territorio ticinese. L'obbligo di annunciare delle modifiche riguardanti i dati dell'impresa che possano *“influire sulla tenuta dell'albo”* costituisce una deroga ulteriore al principio dell'accesso al mercato senza alcuna formalità e non può essere giustificato dal dovere di sorveglianza e di verifica delle autorità cantonali ai sensi di cui sopra.

²⁵ DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1; 2C_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

²⁶ Idem.

²⁷ Nicolas Diebold, (n. 13) n. marg. 1364.

²⁸ Raccomandazione 19 dicembre 2016 (n. 3), DPC 2017/1, 162, n. marg. 93 e riferimenti ivi citati.

27. Ai sensi dell'art. 8 pdl-LIA sono cancellate dall'albo le imprese che non adempiono più ai requisiti di legge. Non è chiaro a quali requisiti di legge si fa riferimento in questa disposizione. Si deve supporre che si tratta dell'obbligo di annunciare le modifiche (art. 7 pdl-LIA) e degli obblighi previsti all'art. 16 pdl-LIA. Quest'ultima disposizione prevede tutta una serie di obblighi legali ai quali le imprese artigianali sono tenute (ad esempio, il rispetto delle leggi edilizie e di protezione dell'ambiente, delle norme a tutela della sicurezza sul lavoro e sulla concorrenza sleale). Tuttavia, non è chiaro in che modo la Commissione di vigilanza, preposta all'applicazione della pdl-LIA (art. 20 cpv. 1 pdl-LIA), controllerà l'adempimento degli obblighi previsti all'art. 16 pdl-LIA e che conseguenze avranno le modalità di questo controllo sul libero accesso al mercato di offerenti esterni. Inoltre, il rispetto di tali obblighi è già garantito da altri meccanismi previsti dalla legislazione federale e cantonale esistenti in materia, ad esempio di protezione dell'ambiente, di diritto del lavoro o di assicurazioni sociali. L'art. 16 pdl-LIA ha dunque un carattere puramente dichiarativo. Infine, vale ancora la pena ribadire che il fatto che un'impresa extracantonale sia cancellata dall'albo non può avere come conseguenza di limitarne il libero accesso al mercato ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 in combinato disposto con il cpv. 3 LMI.

28. A ciò si aggiunge che per quanto concerne il rispetto delle disposizioni legislative sul lavoro e sui contratti collettivi (art. 16 lett. c pdl-LIA), tale obbligo sarebbe ammissibile soltanto se la presunzione di equivalenza tra le norme cantonali venisse confutata e che le condizioni poste dall'art. 3 LMI fossero realizzate, ossia che queste esigenze siano indispensabili per preservare degli interessi pubblici preponderanti, siano conformi al principio di proporzionalità e non risultino discriminatorie.²⁹ Nelle sentenze relative alla LIA, il TRAM ha ritenuto che l'applicazione agli offerenti esterni delle disposizioni in materia di condizioni di lavoro vigenti nel luogo di destinazione potrebbe entrare in linea di conto soltanto se dovesse essere dimostrato che le prescrizioni del luogo d'origine sono tali da generare un indebito vantaggio in ragione di una minor protezione sociale dei lavoratori.³⁰ Tuttavia, questa evenienza dovrebbe risultare molto rara all'interno del mercato svizzero.³¹ A ciò si aggiunge che il Tribunale federale³² ha già stabilito che in linea di principio non è possibile imporre agli offerenti extracantonali l'obbligo di affiliarsi ai CCL del Cantone di destinazione.

29. Giusta l'art. 9 pdl-LIA la procedura di annuncio e di iscrizione all'albo delle imprese artigianali è gratuita. Ciò è conforme al principio di gratuità della procedura di accesso al mercato ai sensi dell'art. 3 cpv. 4 LMI.

30. Sulla base di quanto esposto sopra, la COMCO ritiene che l'obbligo di annuncio previsto all'art. 5 pdl-LIA, letto in parallelo con le disposizioni previste agli art. 6–8 e 16 pdl-LIA, abbia in realtà gli stessi effetti di un obbligo d'iscrizione ad un albo professionale. In altre parole, cambia la forma, ma non la sostanza. In effetti, secondo il progetto di legge, solo l'annuncio e l'iscrizione all'albo conferirebbero alle imprese artigianali extracantonali il diritto di esercitare le proprie attività sul territorio del Cantone Ticino. Pertanto, vale quanto la COMCO ha già considerato in merito all'obbligo di iscrizione all'albo

delle imprese artigianali riguardo la ex-LIA³³. La posizione della COMCO è stata ripresa anche dalle sentenze cantonali relative alla precedente LIA. Il TRAM ha ammesso che [...] *“il semplice obbligo, [...], di iscriversi con effetto costitutivo e non semplicemente dichiarativo [...], ad un albo al fine di ottenere l'autorizzazione ad esercitare una determinata professione in ambito artigianale [...], ha ostacolato [...] nella sua libertà di circolazione.”*³⁴ Di conseguenza, la procedura di annuncio nella forma e nel contenuto previsti dal progetto di legge costituiscono una restrizione del libero accesso al mercato, per la quale le condizioni dell'art. 3 cpv. 1 LMI non sono soddisfatte, e che è quindi da considerare come illecita.

31. Per evitare una tale situazione, l'introduzione di una norma specifica che esclude le imprese con sede o domicilio in un altro Cantone dall'assoggettamento a tale progetto di legge, renderebbe quest'ultimo conforme ai principi della LMI.

32. Occorre infine segnalare che, per quanto riguarda la costruzione o trasformazione di edifici o impianti che richiedono il rilascio di una licenza edilizia, è lo stesso committente che è tenuto a notificare al Consiglio di Stato il nominativo di ogni impresa artigianale attiva sul cantiere (art. 17 cpv. 1 pdl-LIA). In questi casi, l'obbligo di annuncio da parte delle imprese extracantonali sarebbe ingiustificato ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LMI, poiché non sarebbe necessario ai fini del dovere di sorveglianza delle autorità cantonali.

4 Albo delle imprese artigianali certificate

33. L'iscrizione all'albo delle imprese artigianali certificate (di seguito: albo certificato) secondo gli art. 10–15 del pdl-LIA è facoltativa. La procedura di iscrizione richiede dei requisiti professionali e personali da adempiere, oltre che il pagamento di una tassa, ciò che lo rende paragonabile all'albo previsto dalla ex-LIA.

34. Le imprese extracantonali intenzionate a prestare dei servizi nel Cantone Ticino non necessitano di essere iscritte a tale albo. Per questo motivo, l'istituzione dell'albo certificato così come previsto agli art. 10–15 pdl-LIA non sembrerebbe di principio costituire una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'art. 3 LMI.

²⁹ Raccomandazione del 19 dicembre 2016 (n. 3), DPC 2017/1, 163, n. marg. 69 e 95 e riferimenti ivi citati.

³⁰ Sentenze del TRAM del 27 febbraio e 7 marzo 2018, consid. 4.3.2.2 (n. 7).

³¹ Idem.

³² Sentenza del TF 2C_111/2010 del 7 dicembre 2010, consid. 2.5 e riferimenti ivi citati e DTF 124 I 107 del 29 aprile 1998, consid. 2f. Cfr. anche NICOLAS DIEBOLD (n. 13), n. marg. 1290 segg.

³³ Raccomandazione 19 dicembre 2016 (n. 3), DPC 2017/1, 162, n. marg. 93.

³⁴ Sentenze del TRAM del 27 febbraio 2018 e 7 marzo 2018, consid. 3.4 (n. 7).

35. È comunque bene ricordare che secondo l'art. 2 cpv. 4 LMI chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio (n. marg. 10). Nel caso in cui l'istituzione di un albo certificato risultasse di fatto obbligatoria o indispensabile per accedere al mercato, esso potrebbe costituire un ostacolo alla libertà di stabilimento delle imprese extracantonali e una restrizione illecita del libero accesso al mercato ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LMI.

36. A questo bisogna anche aggiungere che l'albo certificato prevede che "[i] fatti richiesti per l'iscrizione all'albo delle imprese certificate non devono essere provati nell'ambito di una procedura di aggiudicazione secondo la Legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2011 nei rispettivi campi di attività" (art. 15 cpv. 1 pdl-LIA). Questa prescrizione potrebbe avvantaggiare in modo contrario all'art. 5 LMI le imprese iscritte a questo albo, in quanto quest'ultime non sarebbero tenute di dimostrare di adempiere ai requisiti previsti dalla legislazione cantonale. Tale rischio esiste in particolare se si considera che l'art. 34 RLCPubb/CIAP³⁵ prevede che gli offerenti devono essere iscritti al rispettivo albo professionale. In questo contesto, vale precisare che nell'ambito di mercati pubblici e diversamente che per quanto riguarda il libero accesso al mercato sulla base dell'art. 2 LMI, l'art. 5 LMI conferisce dei diritti sia agli offerenti locali che a quelli esterni.³⁶ Resta riservata la possibilità per il committente di tenere un elenco facoltativo degli offerenti idonei secondo quanto previsto dall'art. 30 del progetto sul Concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 18 settembre 2014.³⁷

5 Misure disciplinari

37. L'art. 21 pdl-LIA prevede delle misure disciplinari in caso di violazione delle disposizioni del progetto di legge.

38. Le misure disciplinari previste da questa disposizione, come in particolare la sanzione pecuniaria fino a CHF 30'000. – (art. 21 cpv. 1 lett. b pdl-LIA), costituiscono delle restrizioni del libero accesso al mercato che molto probabilmente non soddisfano i requisiti previsti all'art. 3 LMI. In effetti, per evitare il rischio di incappare in sanzioni, le imprese extracantonali potrebbero rinunciare a prestare i propri servizi o a stabilirsi nel Cantone Ticino oppure decidere di richiedere un'iscrizione agli albi previsti dal progetto di legge. In questo modo, la sola minaccia di sanzioni potrebbe limitare il libero accesso al mercato garantito dall'art. 2 LMI.

39. Inoltre, occorre aggiungere che la minaccia di sanzioni potrebbe violare il principio di gratuità della procedura di accesso al mercato previsto all'art. 3 cpv. 4 LMI (n. marg. 13).

6 Raccomandazioni

40. In base alle considerazioni precedenti, la COMCO constata che l'obbligo di annuncio all'albo delle imprese artigianali così come previsto dal progetto di legge costituisce una restrizione illecita al libero accesso al mercato ai sensi della LMI.

41. La COMCO **raccomanda**:

- A. di **sopprimere** parte dell'art. 5 pdl-LIA (come indicato sotto) e integralmente gli art. 6, 7 e 8 pdl-LIA. Con la soppressione dell'art. 8 pdl-LIA, gli art. 16 e 21 pdl-LIA non saranno più applicabili per le imprese extracantonali.

Art. 5 – Annuncio [modifica]

¹ Tutte le imprese artigianali che intendono eseguire lavori nei rispettivi campi di attività sul territorio del Cantone Ticino hanno l'obbligo di annunciarsi all'albo delle imprese artigianali e hanno il diritto di esservi iscritte.

² L'annuncio avviene un'unica volta, fatto salvo l'obbligo di annunciare ogni modifica.

Art. 6, 7 e 8: [soppressione]

o in alternativa

- B. di **introdurre** una norma specifica che, nel rispetto della LMI, esclude **le imprese con sede o domicilio in un altro Cantone** dal campo di applicazione della pdl-LIA.

³⁵ Regolamento del 12 settembre 2006 di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici (RLCPubb/CIAP; RLTi 730.110).

³⁶ EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (ed.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2° ed., 2013, n. marg. 114 ad art. 5 LMI.

³⁷ Accessibile sotto: www.dtap.ch > DTAP > Concordats > P-AIMP > 01 20140918 CIAP i definitivo.

B 2.8

3. Raccomandazione della Commissione della concorrenza del 25 febbraio 2019 concernente la modifica del regolamento della legge sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore della costruzione

Raccomandazione della Commissione della concorrenza del 25 febbraio 2019. Oggetto: 632-00008: Revisione RLEPICOSC - Raccomandazione ai sensi dell'articolo 8 capoverso 2 della legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno concernente la Modifica del regolamento della legge sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore della costruzione

1 Sommario

1. La legge sul mercato interno¹ garantisce ad ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). La Commissione della concorrenza (di seguito: COMCO) sorveglia il rispetto della LMI da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici (art. 8 cpv. 1 LMI). Giusta l'art. 8 cpv. 2 LMI, la COMCO può sottoporre, spontaneamente o su richiesta, delle raccomandazioni concernenti degli atti legislativi previsti o vigenti alla Confederazione, ai Cantoni e ai Comuni.²

2. In data 22 novembre 2018, la direzione del Dipartimento del territorio del Canton Ticino (di seguito: Dipartimento) ha sottoposto alla Segreteria della Commissione della concorrenza (di seguito: Segreteria) il progetto di revisione del RLEPICOSC³ (di seguito: Regolamento) chiedendo un parere sulla conformità di tale progetto alla LMI.

3. Il progetto per la revisione del Regolamento prevede l'introduzione di un nuovo articolo (art. 8a RLEPICOSC, "Imprese con sede o domicilio in un altro Cantone") e mira a formalizzare l'esenzione delle imprese extracantonali dall'obbligo di iscrizione all'albo e l'istituzione, per le stesse, di una procedura di annuncio. La COMCO accoglie positivamente la richiesta nonché l'attenzione rivolta verso la LMI.

4. La questione sottoposta alla COMCO concerne un atto legislativo previsto, e per tale motivo la COMCO ha la facoltà di sottoporre al Cantone la presente raccomandazione giusta l'art. 8 cpv. 2 LMI. Per i motivi esposti qui di seguito, la COMCO ritiene che l'esame della conformità alla LMI di una procedura d'annuncio istituita dal nuovo regolamento cantonale rappresenta una questione d'importanza fondamentale nel contesto del accesso al mercato per gli offerenti esterni.

2 Obbligo di iscrizione all'albo professionale

5. La LEPICOSC⁴ e il suo Regolamento prevedono un albo professionale (di seguito: Albo) dove le imprese attive nel settore della costruzione devono iscriversi per poter esercitare la loro attività sul territorio ticinese. L'iscrizione avviene dopo aver dimostrato di adempiere

a precisi requisiti professionali e personali (art. 3–5a LEPICOSC; art. 3–8 RLEPICOSC) e aver pagato le tasse ed emolumenti previsti dal Regolamento (art. 9 RLEPICOSC).

6. Nella raccomandazione del 19 dicembre 2016⁵, la COMCO ha esaminato, tra le altre cose, la prassi amministrativa del Cantone Ticino nei riguardi delle imprese extracantonali sulla base dell'applicazione dalla LEPICOSC e dal suo Regolamento. Dalla raccomandazione del 19 dicembre 2016 emerge che alcune delle disposizioni della LEPICOSC e del Regolamento contravvengono alla LMI. Si tratta in particolare delle disposizioni riguardanti l'obbligo di iscriversi all'Albo, la verifica dei requisiti professionali e personali dell'offerente e le tasse per l'iscrizione all'Albo⁶.

7. Per quanto riguarda l'accesso al mercato di offerenti extracantonali, la COMCO ritiene che l'obbligo di iscriversi ad un albo professionale o a un registro cantonale costituisce di per sé stesso una restrizione al libero accesso al mercato ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LMI. In merito al settore delle costruzioni, la COMCO ha espresso il parere che tale obbligo può difficilmente essere giustificato da un interesse pubblico preponderante e che, anche se così fosse, il principio di proporzionalità non sarebbe soddisfatto⁷. Simili considerazioni sono state espresse anche in relazione ad altri settori delle professioni d'ingegnere e architetto (LEPIA) e delle attività artigianali (LIA)⁸. Per quanto concerne in particolare la LIA, nel corso dell'anno 2018, i ricorsi presentati dalla COMCO davanti al Tribunale cantonale amministrativo (TRAM) contro delle decisioni prese in applicazione della LIA, abrogata il 6 novembre 2018¹⁰, sono stati accolti con sentenze del 27 febbraio e 7 marzo 2018¹¹, che sono cresciute in giudicato. Tali sentenze hanno confermato che l'obbligo di iscriversi ad un albo professionale costituisce una restrizione del libero accesso al mercato e che, nello specifico, le restrizioni previste dalla LIA non erano giustificate¹².

8. Da questo punto di vista, la COMCO accoglie con favore l'esonero dall'obbligo d'iscrizione all'Albo per le imprese extracantonali previsto nel progetto di revisione del Regolamento. Tale modifica rappresenta un importante passo in avanti della messa in conformità della legislazione e della prassi cantonali con la LMI.

9. Resta da esaminare se la procedura di annuncio per le imprese extracantonali introdotta al nuovo art. 8a RLEPICOSC, che sostanzialmente sostituisce l'obbligo d'iscrizione, rispetta le condizioni della LMI.

3 Procedura di notifica o di annuncio

10. Per elaborare una presa di posizione della COMCO sulla procedura di annuncio come quella in esame, è necessario analizzare la questione sotto il profilo della

LMI e dei suoi principi. La disposizione dell'art. 2 cpv. 1 LMI conferisce alle persone che rientrano nel campo d'applicazione della LMI un diritto individuale al libero accesso al mercato. Questo diritto è concretizzato dai cpv. 3 e 4 dell'art. 2 LMI, i quali sanciscono il **principio del luogo d'origine**. Tale principio vale sia per l'esercizio temporaneo di un'attività lucrativa sia per lo stabilimento di una (seconda) sede al di là delle frontiere interne cantonali.¹³

- *Libera prestazione dei servizi*: ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 in combinato disposto con il cpv. 3 LMI ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione, se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel suo Cantone o Comune di domicilio o di sede. Fanno stato le norme del Cantone o del Comune di domicilio o della sede dell'offerente.
- *Libertà di stabilimento*: secondo l'art. 2 cpv. 4 LMI chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio. Questo principio si applica anche in caso di cessazione dell'attività nel luogo del primo domicilio.

11. Il principio del luogo d'origine si basa sulla presunzione che le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato siano equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI).

12. Il diritto al libero accesso al mercato secondo le norme del luogo d'origine non vale in maniera assoluta. Le autorità del luogo di destinazione¹⁴ possono, per mezzo di condizioni e oneri, limitare l'accesso al mercato. A tale scopo l'autorità competente deve innanzitutto verificare se le normative concernenti l'accesso al mercato di natura generale-abstracta e la relativa prassi del luogo d'origine di un offerente esterno garantiscono un livello equivalente di tutela degli interessi pubblici come garantito dalle normative del Cantone di destinazione (confutazione della **presunzione di equivalenza** ai sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI). Se le normative sono equivalenti l'accesso al mercato deve essere garantito senza alcuna restrizione. Nei casi di normative non equivalenti, le autorità del luogo di destinazione devono dimostrare che la restrizione del libero accesso al mercato soddisfa (cumulativamente) le **condizioni dell'art. 3 LMI**, cioè che questa è indispensabile per proteggere interessi pubblici preponderanti, conforme al principio di proporzionalità e non discriminatoria (art. 3 cpv. 1 LMI).¹⁵ Ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 LMI, le restrizioni non sono conformi al principio di proporzionalità in particolare se (elenco non esaustivo):

- le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti;
- i certificati e gli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine sono sufficienti;
- il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione;

- la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti.

13. In questo senso, ogni procedura formale di accesso al mercato è da considerare come una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LMI, e in quanto tale, deve essere indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti e conforme al principio di proporzionalità.¹⁶ Inoltre, ai sensi dell'art. 3 cpv. 4 LMI, una restrizione all'accesso al mercato deve essere decisa secondo una procedura semplice, rapida e gratuita. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita vale in maniera generale per tutte le procedure relative all'accesso al mercato e non solo nei casi in cui delle restrizioni vengono effettivamente prese in considerazione o addirittura imposte. *A fortiori*, questo vale dunque anche per le procedure di notifica o di annuncio. Una deroga in tal senso potrebbe giustificarsi solo in alcuni casi eccezionali (abusi o scarsa collaborazione).¹⁷

14. La COMCO si è già espressa sul tema di una procedura d'annuncio o di notifica nella raccomandazione del 2016. In quest'occasione la COMCO ha dichiarato che al fine di esercitare le funzioni di controllo e sorveglianza, così come per verificare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato (art. 2 cpv. 5 LMI) o se questo deve essere limitato da oneri o condizioni (art. 3 cpv. 1–3 LMI), le autorità cantonali devono essere a conoscenza delle imprese che esercitano sul territorio cantonale delle attività lucrative, come nel caso specifico le attività di costruzione. Di conseguenza, le autorità cantonali devono avere la possibilità di sottoporre gli offerenti esterni ad un "*controllo all'ingresso*" e di eseguire una procedura di notifica o di autorizzazione.¹⁸ Nel messaggio concernente la revisione della LMI il Consiglio federale stabilisce che "*spetterà ai Cantoni adottare le misure necessarie per esercitare la vigilanza sul secondo domicilio nel loro territorio, e in particolare, per poter imporre oneri*".¹⁹ Il messaggio però non indica quali misure sono possibili e, soprattutto, quali sono permesse.²⁰

15. Per quanto concerne la libera prestazione dei servizi (art. 2 cpv. 1 in combinato disposto con cpv. 3 LMI), una semplice **procedura di notifica o di annuncio** rappresenta la deroga meno restrittiva al principio dell'accesso al mercato senza alcuna formalità ed è conforme al principio di una procedura semplice, rapida e gratuita.

16. Una procedura di notifica o di annuncio permetterebbe così alle autorità del luogo di destinazione di avere un quadro d'insieme degli offerenti esterni attivi sul proprio territorio che esercitano un'attività soggetta ad autorizzazione e verificare che questi dispongono effettivamente di un'autorizzazione valida nel luogo di origine. Prima di esercitare la propria attività nel luogo di destinazione, l'offerente esterno sarebbe solamente tenuto ad annunciarsi alle autorità del luogo di destinazione, presentando una valida autorizzazione del luogo di origine.²¹

17. Una procedura di annuncio o di notifica è prevista in altri contesti legislativi, come mostrano gli esempi descritti qui di seguito. Delle procedure di annuncio o di notifica sono previste ad esempio nell'ambito della legge

sulle professioni mediche²², della legge sulle professioni psicologiche²³ o della legge sui lavoratori distaccati²⁴.

18. L'art. 35 LPMed et l'art. 23 LPPsi prevedono una procedura di annuncio per le persone che intendono esercitare la propria professione medica per un periodo non superiore a 90 giorni all'anno in un altro Cantone sulla base dell'autorizzazione rilasciata nel proprio Cantone di origine. Come fatto notare nella raccomandazione del 19 dicembre 2016, queste procedure di annuncio non sono conformi agli art. 2 cpv. 6 e art. 3 cpv. 4 LMI, che prevedono il diritto ad ottenere un'autorizzazione non limitata nel tempo e tramite una procedura semplice, rapida e gratuita, ragione per cui cadranno in disuso.²⁵

19. La LDist stabilisce una procedura di notifica per i datori di lavoro con domicilio o sede all'estero che distaccano lavoratori in Svizzera. La notifica avviene per mezzo di un modulo ufficiale e deve indicare essenzialmente l'identità, il numero di registrazione presso le assicurazioni sociali e il salario dei lavoratori distaccati, data d'inizio dei lavori e durata, genere dei lavori da eseguire, luogo esatto in cui i lavoratori saranno occupati, identità e indirizzo del datore di lavoro (art. 6 cpv. 1 LDist; art. 6 cpv. 4 ODist²⁶). Il datore di lavoro deve procedere alla notifica otto giorni prima dell'inizio dei lavori (art. 6 cpv. 3 LDist) ed allegare una dichiarazione secondo la quale egli ha preso atto delle condizioni lavorative e salariali minime vigenti in Svizzera e dei criteri riguardanti l'alloggio (art. 6 cpv. 2 LDist).

20. Per quanto riguarda invece la libertà di stabilimento (art. 2 cpv. 4 LMI), ovvero la situazione nella quale un offerente esterno intende stabilirsi nel Cantone di destinazione, una **procedura di autorizzazione** per l'accesso al mercato può essere ritenuta come giustificata. In questo caso, le autorità del luogo di destinazione decideranno dell'accesso al mercato in base alle prescrizioni del luogo di origine e dell'applicabilità delle proprie normative sotto forma di oneri e condizioni, ammesso che i criteri secondo l'art. 2 cpv. 5 e art. 3 cpv. 1–3 LMI siano soddisfatti.²⁷

21. Tuttavia, indipendentemente dalla procedura utilizzata, le autorità del luogo di destinazione non possono richiedere in modo sistematico l'inoltro di documenti riguardanti caratteristiche personali come il certificato di buona condotta, l'estratto del casellario giudiziale, l'estratto del registro esecuzioni e fallimenti, ecc.²⁸ Visto che le condizioni per il rilascio di un'autorizzazione da parte del Cantone di destinazione non si applicano, salvo entro i limiti dell'art. 3 cpv. 1 LMI, l'inoltro di documenti che provano il rispetto di queste condizioni non può essere richiesto. Il riesame sistematico delle condizioni di autorizzazione del luogo d'origine non è compatibile né con il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI) né con l'obbligo di condurre una procedura semplice e rapida (art. 3 cpv. 4 LMI). Inoltre, secondo il Tribunale federale, questo aggira la presunzione di equivalenza ai sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI. Questo vale sia per i requisiti professionali che per quelle personali. Un riesame è permesso, secondo il Tribunale federale, solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.²⁹ Un'autorizzazione valida rilasciata da

un'autorità competente del luogo d'origine deve essere ritenuta come prova più che sufficiente dell'esercizio legale dell'attività nel luogo d'origine.³⁰

22. Sulla base di quanto esposto sopra, la COMCO ritiene che nel caso specifico la procedura di notifica o di annuncio applicata alle imprese con sede o domicilio in un altro Cantone, come previsto dal nuovo art. 8a RLEPICOSC, deve limitarsi allo stretto necessario per permettere alle autorità ticinesi di assolvere il proprio dovere di sorveglianza e verificare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato (art. 2 cpv. 5 LMI) o se questo deve essere limitato da oneri o condizioni (art. 3 cpv. 1–3 LMI).

4 Nuovo art. 8a RLEPICOSC

23. In questo capitolo saranno esaminati i singoli capoversi dell'art. 8a RLEPICOSC e, se del caso, formulate delle proposte di modifica o di completamento.

Art. 8a cpv. 1 del progetto di modifica del RLEPICOSC

24. Il primo capoverso esprime il principio del libero accesso al mercato per le imprese extracantonali conformemente agli articoli 1 e 2 LMI ed è quindi conforme alla LMI.

Art. 8a cpv. 2 del progetto di modifica del RLEPICOSC

25. Il secondo capoverso fa riferimento all'obbligo di annuncio a cui le imprese extracantonali dovrebbero sottostare, malgrado la non iscrizione all'Albo.

26. Come esposto sopra, l'annuncio deve permettere all'autorità cantonali di assolvere la loro funzione di sorveglianza e di verificare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato o se questo deve essere limitato da oneri o condizioni (v. n. marg. 15–22). Tuttavia, la "verifica" deve essere limitata al controllo che l'offerente extracantonale sia in possesso dell'autorizzazione o sia legittimato a esercitare la sua attività nel luogo di origine. L'annuncio stesso non può essere oggetto di un riesame delle condizioni di autorizzazione nel luogo di origine (v. n. marg. 21).

27. Per questo motivo, la COMCO raccomanda di sopprimere la prima frase del cpv. 2 "*Per la verifica delle condizioni poste dalla stessa legislazione federale, [...]*" o di riformularla nel modo seguente: "*Al fine di esercitare la vigilanza nel settore principale della costruzione, [...]*".

28. La disposizione prevede che l'annuncio è obbligatorio per "*ogni lavoro assoggettato alla LEPICOSC*". Pertanto, la COMCO parte dal presupposto che l'obbligo di annuncio non vale per i lavori di "*modesta importanza o particolarmente semplici*" che non soggiacciono all'applicazione della LEPICOSC (v. art. 4 cpv. 2 LEPICOSC).

29. L'obbligo di presentare un annuncio è previsto nel Regolamento e non nella LEPICOSC, ragione per cui la COMCO parte dal presupposto che l'art. 16 LEPICOSC riguardante le sanzioni non si applica alla violazione dell'obbligo di annunciarsi.

30. La fissazione del termine a sette giorni prima dell'inizio dei lavori per potersi annunciare permetterebbe alle autorità ticinesi di avere le informazioni in tempi ragionevoli, al fine di garantire il dovere di sorveglianza e

di verificare le condizioni previste all'art. 2 cpv. 5 e art. 3 LMI. Inoltre, come menzionato sopra (N 19), un termine di otto giorni è anche previsto in materia di LDist. Pertanto, questo aspetto può essere giustificabile e non problematico dal punto di vista della LMI³¹. Anche in questo caso, la COMCO parte dal presupposto che in caso di annuncio tardivo o incompleto, non è prevista alcuna procedura sanzionatoria.

Art. 8a cpv. 3 del progetto di modifica del RLEPICOSC

31. Il terzo e ultimo capoverso elenca le esigenze previste per l'annuncio. A tal proposito vi sono alcuni punti su cui è necessario soffermarsi.

32. *lett. c):* Conformemente a quanto esposto sopra (v. n. marg. 15 segg.), in una procedura di notifica o di annuncio l'offerente esterno è tenuto semplicemente ad annunciare la propria attività alle autorità del luogo di destinazione, presentando, qualora esistesse, una valida autorizzazione del luogo di origine. Nel caso in cui la regolamentazione del Cantone di origine non prevedesse il rilascio di un'autorizzazione per l'esercizio dell'attività in questione, l'esigenza di un'autocertificazione può essere ammessa solo se questa può essere redatta su carta libera o compilando un semplice formulario disponibile su internet e messo a disposizione dalle autorità. Pertanto, si raccomanda di modificare tale disposizione nel modo seguente: *“una copia dell'autorizzazione del Cantone di origine o un'autocertificazione attestante che l'impresa esercita legittimamente la sua attività nel Cantone di origine”*.

33. *lett. d):* La richiesta di una dichiarazione di rispetto del contratto nazionale mantello dell'edilizia principale (CNM) e/o del contratto collettivo di lavoro (CCL) costituisce una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LMI. Il riesame sistematico delle condizioni di autorizzazione del luogo di origine non è compatibile con i criteri stabiliti all'art. 3 LMI (n. marg. 21). Inoltre, nella misura in cui la disposizione fa riferimento a un CCL vigente nel Cantone Ticino, l'obbligo del rispetto di tale CCL sarebbe ammissibile soltanto se la presunzione di equivalenza tra le norme cantonali venisse confutata e che le condizioni poste dall'art. 3 LMI fossero realizzate, ossia che queste esigenze siano indispensabili per preservare degli interessi pubblici preponderanti, siano conformi al principio di proporzionalità e non risultino discriminatorie.³² In effetti, in base al principio del luogo di origine, l'offerente extracantonale è di massima tenuto a rispettare unicamente gli eventuali CCL vigenti nel Cantone di origine o ai quali è stato conferito carattere obbligatorio generale secondo la legge federale del 28 settembre 1956 concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro (RS 221.215.311).³³ Nelle sentenze relative alla LIA, il TRAM ha ritenuto che l'applicazione agli offerenti esterni delle disposizioni in materia di condizioni di lavoro vigenti nel luogo di destinazione potrebbe entrare in linea di conto soltanto se dovesse essere dimostrato che le prescrizioni del luogo d'origine sono tali da generare un indebito vantaggio in ragione di una minor protezione sociale dei lavoratori.³⁴ Tuttavia, questa evenienza dovrebbe risultare molto rara all'interno del mercato svizzero.³⁵ A questo si deve ancora aggiungere che comunque un'applicazione delle CCL del luogo

di destinazione ad offerente esterno, è stata oggetto di giurisprudenza del Tribunale federale³⁶, la quale ha stabilito che in linea di principio agli offerenti extracantonali non deve essere fatto obbligo di affidarsi ai contratti collettivi del cantone di destinazione.

34. *lett. e):* La richiesta della *“descrizione sommaria dei lavori”* potrebbe risultare sproporzionata rispetto a quanto dovrebbe prevedere una semplice procedura di notifica o di annuncio, nella misura in cui gli offerenti extracantonali sarebbero tenuti a fornire delle informazioni troppo dettagliate. Questa richiesta deve essere sostituita da un'indicazione del *“genere dei lavori”* effettuati nel Cantone Ticino, in analogia con quanto previsto dall'annuncio in materia di LDist (v. n. marg.19).

5 Raccomandazioni

35. In base alle considerazioni precedenti, la COMCO formula le seguenti **raccomandazioni concernenti il progetto del nuovo art. 8a RLEPICOSC**:

1. L'annuncio deve essere **limitato allo stretto necessario** per permettere alle autorità del Cantone Ticino di assolvere la loro funzione di sorveglianza e di verificare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato o se questo deve essere limitato da oneri o condizioni. **L'annuncio dell'offerente esterno non può essere oggetto di un riesame** delle condizioni di autorizzazione nel luogo di origine.
2. La prima frase dell'art. 8a cpv. 2 RLEPICOSC *“Per la verifica delle condizioni poste dalla stessa legislazione federale, [...]”* deve essere soppressa o sostituita con **“Al fine di esercitare la vigilanza nel settore principale della costruzione, [...]”**.

cpv. 2: Per la verifica delle condizioni poste dalla stessa legislazione federale **Al fine di esercitare la vigilanza nel settore principale della costruzione**, esse sono comunque tenute ad annunciarsi alla commissione almeno sette giorni prima dell'inizio di ogni lavoro assoggettato alla LEPICOSC sul territorio cantonale.

3. La COMCO raccomanda le seguenti **modifiche** inerenti al cpv. 3 dell'art. 8a RLEPICOSC:
 - *“c) un'autocertificazione attestante che l'impresa esercita legittimamente la sua attività nel Cantone di origine;”*

Questa disposizione deve essere modificata nel modo seguente: **“una copia dell'autorizzazione del Cantone di origine o un'autocertificazione attestante che l'impresa esercita legittimamente la sua attività nel Cantone di origine”**.

- *“d) la dichiarazione del rispetto del contratto nazionale mantello dell'edilizia principale (CNM) e/o del contratto collettivo di lavoro (CCL) rilasciata dalla competente commissione paritetica;”*

Questa disposizione deve essere **soppressa**.

- *“e) descrizione sommaria dei lavori, data di inizio degli stessi e durata prevista;”*

La prima parte di questa disposizione deve essere **sostituita** con: "**indicazione del genere dei lavori** [...]".

cpv.3: L'annuncio deve contenere i seguenti dati:

[...]

c) ~~un'autocertificazione~~ **una copia dell'autorizzazione del Cantone di origine o un'autocertificazione** attestante che l'impresa esercita legittimamente la sua attività nel Cantone di origine;

d) ~~la dichiarazione del rispetto del contratto nazionale mantello dell'edilizia principale (CNM) e/o del contratto collettivo di lavoro (CCL) rilasciata dalla competente commissione paritetica;~~

e) ~~descrizione sommaria dei lavori,~~ **indicazione del genere dei lavori**, data di inizio degli stessi e durata prevista;

[...]

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

1. Urteil vom 8. Mai 2019 in Sachen VPVW (Genehmigungsverfügung)

Urteil 2C_524/2018 des Bundesgerichts vom 8. Mai 2019 in Sachen A. AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen B. AG, Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...], Wettbewerbskommission. Gegenstand: Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 3. Mai 2018 (B-5107/2016).

Sachverhalt:

A.

A.a. Am 3. April 2013 reichte die B. AG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Selbstanzeige ein im Zusammenhang mit mutmasslichen Wettbewerbsabsprachen zwischen der B. AG, der A. AG sowie drei weiteren Unternehmen über eine gemeinsame Rabattpolitik, insbesondere betreffend Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge von Marken des Volkswagenkonzerns. Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine kartellgesetzliche Untersuchung (22-0439: VPVW Stammische/Projekt Repo 2013) gegen alle erwähnten Gesellschaften. Zwischen dem 11. Juni und dem 2. Juli 2013 wurden diese vom Sekretariat vernommen, wobei ihnen jeweils ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde. In der Folge kam am 16. April 2014 eine solche zwischen dem Sekretariat und der B. AG zustande, nicht aber mit der A. AG und den anderen drei Unternehmen.

A.b. Mit Verfügung vom 8. August 2014 genehmigte ein Vizepräsident der Wettbewerbskommission (WEKO) die einvernehmliche Regelung; Kopien der Verfügung wurden den übrigen Parteien der Untersuchung zugeschickt. Diese fochten die Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht an. Mit Urteilen vom 13. April 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht infolge Unzuständigkeit des Vizepräsidenten der WEKO die Nichtigkeit der Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 fest.

A.c. Mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 hatte die Wettbewerbskommission den vier Unternehmen, welche keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen hatten, darunter der A. AG, Sanktionen wegen Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede auferlegt. Diese erhoben dagegen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

A.d. Im Nachgang zu den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 erliess die Wettbewerbskommission am 6. Juni 2016 eine Verfügung über die Genehmigung der zwischen ihrem Sekretariat und der B. AG vereinbarten einvernehmlichen Regelung vom

16. April 2014. Das Dispositiv der Genehmigungsverfügung lautet wie folgt:

„1. Die nachfolgende von der B. AG mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 wird genehmigt: Die B. AG verpflichtet sich:

1) die Vereinbarungen des 'Projekt Repo 2013' über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen, insbesondere die gemeinsamen Konditionenlisten vom 6. und 24. Februar 2013, nicht anzuwenden und keine 'Stammische' im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser durchzuführen, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen;

2) mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW keine Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen; und

3) keine anderen preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen.

2. Auf eine Sanktion wird verzichtet (Art. 49a Abs. 2 und Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 3 KG).

3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 56'500.- werden der B. AG auferlegt.

4. [Eröffnung]

5. [Zustellung].“

In den Erwägungen der Verfügung vom 6. Juni 2016 wurde festgehalten, die B. AG erfülle die Bedingungen des vollständigen Sanktionserlasses. So habe sie als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht, und sie habe diese mit ausführlichen Aussagen und Beweismitteln ergänzt. Die gelieferten Informationen und Beweismittel hätten die Eröffnung einer Untersuchung ermöglicht. Es bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder führende Rolle der B. AG beim untersuchten Wettbewerbsverstoss. Ausserdem habe diese ihre Beteiligung an der von ihr angezeigten Absprache spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt.

B.

Mit Eingabe vom 23. August 2016 focht die A. AG die Genehmigungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016 beim Bundesverwaltungsgericht an.

Sie stellte namentlich die Rechtsbegehren, die Verfügung vom 6. Juni 2016 sei aufzuheben und es sei die Untersuchung 22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013 einzustellen. Mit Urteil vom 3. Mai 2018 trat das Bundesverwaltungsgericht mangels Legitimation der A. AG auf die Beschwerde nicht ein.

C.

Die A. AG erhebt mit Eingabe vom 15. Juni 2018 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und die Sache zur Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf Vernehmung. Die WEKO und die B. AG beantragen Abweisung der Beschwerde. Die A. AG hält mit Replik vom 23. November 2018 an ihrem Antrag fest, ebenso die B. AG mit Duplik vom 11. Dezember 2018.

D.

Nach nochmaliger unaufgeforderter Stellungnahme der A. AG (vom 4. Februar 2019) moniert die B. AG mit Eingabe vom 11. Februar 2019, diese Stellungnahme müsse - da verspätet eingereicht - unbeachtlich bleiben. Ausserdem habe der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin gegen Art. 12 lit. c BGFA (SR 935.61) verstossen. Der ehemalige Leiter Legal & Compliance der B. AG-Gruppe, welcher die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren instruiert habe, sei seit dem 1. Januar 2019 in der Kanzlei C. tätig. Damit liege offensichtlich ein Interessenkonflikt vor. Dies sei meldepflichtig (nach Art. 15 Abs. 2 BGF).

Nach Einholung einer Stellungnahme beim Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin teilte der Abteilungspräsident diesem am 10. April 2019 mit, dass das Bundesgericht auf eine Meldung gemäss Art. 15 Abs. 2 BGFA verzichte.

Erwägungen:

1.

Die gegen den Nichteintretensentscheid (Art. 90 BGG) des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG) in einer kartellverwaltungsrechtlichen Angelegenheit (Art. 82 lit. a BGG; Art. 29 Abs. 2 und Art. 30 Abs. 1 KG [SR 251]) erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig und die Beschwerdeführerin, auf deren Eingabe nicht eingetreten wurde, ist zur Anfechtung legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Streitgegenstand ist einzig, ob das Bundesverwaltungsgericht mit Recht die Legitimation der Beschwerdeführerin zur Beschwerde gegen die Genehmigungsverfügung vom 6. Juni 2016 verneint hat, d.h. konkret: Ob in einer Konstellation, in der eine kartellrechtliche Untersuchung gegen mehrere an einer angeblich unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligte Unternehmen eröffnet wurde und eines davon einer einvernehmlichen Regelung zugestimmt hat, die anderen beteiligten Unternehmen legi-

timiert sind, die Verfügung anzufechten, mit der die einvernehmliche Regelung genehmigt wurde.

2.1. Zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Mangels besonderer kartellrechtlicher Regelung gilt diese Legitimationsbestimmung auch für Beschwerden gegen Verfügungen der WEKO (BGE 139 II 328 E. 3.1 S. 332).

2.2.

2.2.1. Das Bundesverwaltungsgericht hat offengelassen, ob die Beschwerdeführerin durch die Genehmigungsverfügung vom 6. Juni 2016 formell beschwert sei (Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG), da es jedenfalls am besonderen Berührtsein und dem schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 lit. b und c VwVG) fehle. Die Beschwerdeführerin rügt formelle Rechtsverweigerung, überspitzten Formalismus und Bundesrechtsverletzung, indem die Vorinstanz ihre formelle Beschwerde nicht bejaht habe.

2.2.2. Da die Legitimationsvoraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 lit. a-c VwVG kumulativ erfüllt sein müssen (BGE 141 II 14 E. 4.4 S. 29), hat die Vorinstanz die Frage nach der formellen Beschwerde zulässigerweise offengelassen und kann sie auch vor Bundesgericht offenbleiben, wenn sich erweist, dass die Voraussetzungen der lit. b und c nicht erfüllt sind.

2.3. Die Regelung von Art. 48 Abs. 1 VwVG, die derjenigen von Art. 89 Abs. 1 BGG entspricht, verlangt, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen muss. Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet - ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber - keine Parteistellung. Es gibt keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Popularbeschwerde oder zur Aufsichtsbeschwerde, die dem Anzeiger keine Parteistellung verschafft (vgl. Art. 71 Abs. 2 VwVG); wo diese Grenze verläuft, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen. Wegleitend dafür sind namentlich einerseits die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem - z.B. zivil- oder strafrechtlichem - Weg zu erreichen, und andererseits das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren (BGE 142 II 451 E. 3.4.1 und 3.4.2 S. 457 f.).

2.4.

2.4.1. Die Vorinstanz hat erwogen, die einvernehmliche Regelung erstreckte sich nicht auf die Frage der Zuläs-

sigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung oder auf den dafür erheblichen Sachverhalt, sondern sie zielen nur auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Die Genehmigungsverfügung beschränke sich auf die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin und den Verzicht auf eine Sanktion ihr gegenüber. Die Beschwerdeführerin sei dadurch nicht besonders berührt. Einerseits handle es sich bei der einvernehmlichen Regelung um eine prospektive Regelung ausschliesslich im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin. Andererseits sei die rechtliche Würdigung des Sachverhalts mit der im Zeitpunkt der Genehmigung bereits erlassenen Sanktionsverfügung erfolgt; eine Aufhebung der Genehmigungsverfügung würde daher der Beschwerdeführerin keinen praktischen Nutzen bringen. Sie hätte lediglich zur Folge, dass die mit der Beschwerdegegnerin getroffene einvernehmliche Regelung und der der Beschwerdegegnerin gegenüber ausgesprochene Sanktionsverzicht dahinfallen würden. Das würde aber der Beschwerdeführerin keinen (unmittelbaren) Vorteil verschaffen; das kartellrechtswidrige Verhalten, das ihr vorgeworfen werde, unterliege im Rahmen der bereits erhobenen Beschwerde der Überprüfung mit voller Kognition durch das Bundesverwaltungsgericht.

2.4.2. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin mögen diese Ausführungen auf die einvernehmliche Regelung im engeren Sinne zutreffen, nicht aber auf die Genehmigungsverfügung; diese enthalte durchaus Äusserungen zur Rechtslage und zum Sachverhalt. Durch diese Feststellungen sei sie - die Beschwerdeführerin - sehr wohl besonders berührt, da sie Teil des beanstandeten Verhaltens bildeten und relevant seien dafür, ob überhaupt eine Abrede vorliege; damit werde auch eine rechtliche Würdigung zu Lasten der Beschwerdeführerin vorgenommen. In der Genehmigungsverfügung werde bestätigt, dass die Beschwerdegegnerin Kronzeugin sei, mithin dass sie nicht Preisführerin sei. Nach ihrer - von der Beschwerdeführerin vertretenen - Auffassung sei die Beschwerdegegnerin aber Preisführerin, was die Existenz einer Wettbewerbsabrede ausschliesse. Von der in der Genehmigungsverfügung vorgenommenen Beurteilung hänge auch das Verhalten und die rechtliche Würdigung ab, aufgrund derer sie - die Beschwerdeführerin - sanktioniert worden sei. Dass sie die Sanktionsverfügung anfechten könne und auch angefochten habe, schliesse ihre Betroffenheit in Bezug auf die Genehmigungsverfügung nicht aus, da in dieser mindestens teilweise das Verhalten, das der Beschwerdeführerin vorgeworfen werde, beurteilt werde. Der in der Genehmigungsverfügung unzutreffenderweise festgestellte Status der Beschwerdegegnerin würde stehen bleiben, selbst wenn die Sanktionsverfügung aufgehoben würde, so dass die Beschwerdeführerin direkt betroffen bliebe. Das angefochtene Urteil verletze zudem Art. 9 BV, da das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 13. April 2016 ein Anfechtungsinteresse der Beschwerdeführerin bejaht habe; es sei in sich widersprüchlich und gegen Treu und Glauben, wenn es jetzt seine Meinung ändere und die Legitimation der Beschwerdeführerin verneine. Es verstosse sodann gegen den analog anwendbaren Art. 29 Abs. 1 StPO, wenn das Verfahren gegen mehrere Mittäter aufgeteilt werde. Die zentrale Frage, wer welchen Anteil am inkriminierten Verhalten geleistet habe, dürfe nicht in abgetrennten Verfahren beurteilt werden,

insbesondere die Frage der Preisführerschaft der Beschwerdegegnerin. Zumindest sei den Beteiligten zur Frage einer Verfahrenstrennung das rechtliche Gehör zu gewähren und die Beschwerdelegitimation zuzuerkennen. Schliesslich verletze das Vorgehen der WEKO das Gebot der Waffengleichheit (Art. 29 Abs. 1 BV), weil die Beschwerdegegnerin gegenüber der Beschwerdeführerin privilegiert werde, indem in der Genehmigungsverfügung festgestellt werde, sie habe keine Preisführerschaft. Insgesamt bestehe kein sachlicher Grund für eine Verfahrenstrennung, weshalb der Beschwerdeführerin die Legitimation zuzuerkennen sei, um eine Auftrennung zu verhindern.

2.4.3. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Genehmigungsverfügung könne schon aus zeitlichen Gründen keine präjudizielle Wirkung zu Lasten der Beschwerdeführerin haben, da sie erst nach der gegen die Beschwerdeführerin ausgesprochenen Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 ergangen sei. Sie enthalte auch keine Aussage zur kartellrechtlichen Beurteilung des Verhaltens der Beschwerdeführerin, sondern verweise nur in zwei Lemmata auf die Sanktionsverfügung, worin das Verhalten der Beteiligten als unzulässige Wettbewerbsabrede qualifiziert worden sei. Das Verhalten der Beschwerdeführerin sei nur in der Sanktionsverfügung beurteilt worden und sei im Rahmen der dagegen erhobenen Beschwerde zu beurteilen. Auch durch den der Beschwerdegegnerin gewährten Sanktionenerlass werde die Beschwerdeführerin nicht beschwert, selbst wenn dieser zu Unrecht erfolgt wäre.

2.5.

2.5.1. Wenn das Sekretariat der WEKO eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Art. 29 Abs. 1 KG). Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die WEKO (Art. 29 Abs. 2 KG). Verstösst ein Unternehmen zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, so wird es nach Art. 50 KG sanktioniert und nach Art. 54 KG bestraft. Weder ist das Sekretariat verpflichtet, eine einvernehmliche Regelung vorzuschlagen (Urteil 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 6.2), noch ist ein Unternehmen verpflichtet, eine solche einzugehen. Mit dem Instrument der einvernehmlichen Regelung ist daher ein gewisses Verhandlungselement zwangsläufig verbunden (Urteil 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3.4.3; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 343). Insbesondere kann es - wie vorliegend - sein, dass von mehreren involvierten Unternehmen nur einzelne eine einvernehmliche Regelung abschliessen, andere aber nicht.

2.5.2. Wie bereits der Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 KG nahelegt, geht es bei der einvernehmlichen Regelung darum, wie eine als unzulässig diagnostizierte Wettbewerbsbeschränkung beseitigt bzw. wie der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden kann. Dabei ist nur das zukünftige Verhalten des Unternehmens Regelungsgegenstand, also nicht die Frage, ob ein früheres Verhalten zulässig sei, sondern die Frage, wie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen ist

(zit. Urteil 2A.415/2003 E. 3.4.4; BGE 139 I 72 nicht publ. E. 6.2.1; CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht, 2016, S. 63 f.; BILGER, a.a.o., S. 343; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Schweiz, 2013, S. 96 Rz. 185; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in Basler Kommentar KG, 2010, Art. 29 Rz. 26 ff.). Einvernehmliche Regelungen setzen freilich voraus, dass das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet. Das setzt eine materielle Beurteilung durch das Sekretariat voraus, ändert aber nichts daran, dass ein Unternehmen, welches einer einvernehmlichen Regelung zustimmt, damit wenn nicht rechtlich (zur Zulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts in diesem Zusammenhang s. BEURET, a.a.O., S. 69 ff.; PRANVERA KÉLLEZI, Les accords amiables conclus avec les autorités de la concurrence et leurs implications pour les entreprises, in: Flavio-Gabriel Chabot, Développements récents en droit commercial III, 2014, S. 116 ff.), so doch faktisch in aller Regel darauf verzichtet, den Vorwurf des unzulässigen Verhaltens gerichtlich überprüfen zu lassen (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Rz. 39, 116; zur entsprechenden Praxis s. CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im Kartellrecht, jusletter 27. März 2017, Rz. 37 ff.), sei es weil es diesen anerkennt, sei es, weil es ohnehin nicht mehr die Absicht hat, das Verhalten in Zukunft weiterzuführen oder sei es auch nur aus Gründen der Prozessökonomie oder -taktik; jedenfalls setzt eine einvernehmliche Regelung keine Anerkennung der Unzulässigkeit durch das betreffende Unternehmen voraus (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 Rz. 31; BEURET, a.a.O. [2016], S. 41 f.; BEURET, a.a.O. [2017], Rz. 5; MICHAEL TSCHUDIN, Die verhandelte Strafe, einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher Sanktion, AJP 2013 S. 1023). Das Verfahren der einvernehmlichen Regelung ist somit nicht darauf angelegt, gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig ist oder nicht. Würde nun einem Dritten die Legitimation zur Anfechtung der Genehmigungsverfügung zuerkannt mit der Begründung, es liege gar kein unzulässiges Verhalten vor, so müsste systemwidrig in diesem Verfahren die Rechtmässigkeit des Verhaltens beurteilt werden.

2.5.3. In der Literatur wird eine Beschwerdelegitimation Dritter gegen die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung in Betracht gezogen, wenn diese geltend machen, die getroffene Vereinbarung würde ihre Beeinträchtigung als Wettbewerbssteilnehmer nicht genügend beseitigen (BEURET, a.a.O. [2016], S. 97 Rz. 212; BILGER, a.a.O., S. 350; JOST, a.a.O., S. 413 ff.). Dabei geht es um die zukünftigen Auswirkungen der einvernehmlichen Regelung. Hier macht die Beschwerdeführerin jedoch nicht geltend, die getroffene Regelung würde sie in Zukunft ungenügend vor einer Wettbewerbsbeeinträchtigung schützen, sondern sie kritisiert die rechtliche Beurteilung des Verhaltens, welches der einvernehmlichen Regelung zugrunde liegt. Sie wird jedoch durch die einvernehmliche Regelung und ihre Genehmigung nicht direkt betroffen, auch nicht durch den damit verbundenen Sanktionenerlass zu Gunsten der Beschwerdegegnerin. Direkt betroffen ist sie, soweit sie selber sanktioniert wurde. Gegen diese Sanktionsverfügung kann sie sich aber rechtsmittelweise zur Wehr setzen, was sie auch getan hat. Weder in jenem Verfahren, in welchem

Sachverhalt und Rechtsanwendung frei gerichtlich überprüft werden, noch darüber hinaus hat die hier streitige Genehmigungsverfügung irgendeine präjudizielle Wirkung zum Nachteil der Beschwerdeführerin: Sie enthält in ihrem Dispositiv (s. vorne Lit. A.d) keine Feststellungen über die Rechtswidrigkeit des in der Vergangenheit erfolgten Verhaltens, sondern regelt nur das künftige Verhalten der Beteiligten und einen Sanktionsverzicht. Selbst soweit in den Erwägungen der Genehmigungsverfügung das Verhalten, das der Regelung zugrunde liegt, als unzulässig bezeichnet wird, ist dies bloss ein Begründungselement, das als solches nicht angefochten werden könnte (BGE 120 V 233 E. 1a S. 237; Urteil 2C_853/2013 vom 17. Juni 2014 E. 4.2.2). Es verhält sich hier anders als bei einer Sanktionsverfügung, welche zugleich die Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens feststellt, was zur Folge hat, dass alle diejenigen, die dieses Verhalten praktizieren, mit einer Sanktionierung oder Bestrafung rechnen müssen und deshalb zur Beschwerde legitimiert sind (Urteil 2C_73/2014 vom 28. Januar 2015). Die hier streitige Genehmigungsverfügung betrifft demgegenüber ausschliesslich die Beschwerdegegnerin, welche die genehmigte einvernehmliche Regelung abgeschlossen hat. Gegenüber Dritten entfaltet sie keine Rechtskraft und kann sie auch sonst keine Wirkungen entfalten, und zwar unabhängig davon, ob sie vor oder nach der gegen die Beschwerdeführerin ergangenen Sanktionsverfügung erlassen wurde. Es ist deshalb irrelevant, ob die erste Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 Feststellungen enthielt, auf welche in der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 hingewiesen wurde.

2.5.4. Das Gesagte gilt auch in Bezug auf die Kritik der Beschwerdeführerin, in der Genehmigungsverfügung sei zu Unrecht davon ausgegangen worden, die Beschwerdegegnerin habe keine anstiftende Rolle im angeblichen Kartell gehabt, was Voraussetzung für einen Sanktionenerlass sei. Auch diese Annahme ist höchstens Begründungselement für den Sanktionenerlass. Damit steht aber entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin der Status der Beschwerdegegnerin nicht verbindlich fest, jedenfalls nicht im Rahmen des Sanktionsverfahrens gegen die Beschwerdeführerin. Eine Verletzung der Waffengleichheit ist nicht ersichtlich. Selbst wenn der Sanktionserlass gegenüber der Beschwerdegegnerin zu Unrecht erfolgt sein sollte, ist die Beschwerdeführerin durch die einvernehmliche Regelung oder deren Genehmigung nicht betroffen.

2.5.5. Es besteht somit weder Anlass noch Notwendigkeit, zum Schutz der Beschwerdeführerin ihr die Legitimation zur Anfechtung der Genehmigungsverfügung zuzusprechen.

2.6. Hinzu kommt:

2.6.1. Könnten die Dritten, die an der umstrittenen Verhaltensweise beteiligt waren, aber keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, die Genehmigungsverfügung anfechten, so würde das gerichtliche Verfahren dupliziert: Die Unzulässigkeit des Verhaltens würde sowohl im Rechtsmittelverfahren gegen die an die Dritten gerichtete Sanktionsverfügung als auch in demjenigen gegen die Genehmigungsverfügung überprüft. Um widersprüchliche Urteile oder Doppelspurigkeiten zu

vermeiden, wäre es praktisch unabdingbar, die Verfahren zu vereinigen. Dadurch würde auch für diejenigen Unternehmen, welche eine einvernehmliche Regelung getroffen haben, das Verfahren verzögert. Zudem könnte dieser Dritte damit die einvernehmliche Regelung verhindern auch gegen den Willen des Unternehmens, welches dieser Regelung zugestimmt hat. Damit würde das ganze Institut der einvernehmlichen Regelung in Frage gestellt. Es würde verunmöglicht oder zumindest erheblich erschwert, mit einzelnen an einer Abrede Beteiligten vorab eine einvernehmliche Regelung zu treffen, während das Verfahren gegen andere Beteiligte weitergeführt wird (zu dieser Praxis s. BEURET, a.a.O. [2017], Rz. 21 ff.).

2.6.2. Genau dies scheint denn auch das Ziel der Beschwerdeführerin zu sein, wenn sie argumentiert, es bestünden keine sachlichen Gründe für die Trennung des Verfahrens, und sich dabei auf Art. 29 StPO bezieht. Nach Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO werden Straftaten gemeinsam verfolgt und beurteilt, wenn Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt. Eine ausnahmsweise Trennung der Verfahren ist nur aus sachlichen Gründen zulässig (Art. 30 StPO). Das kartellrechtliche Verfahren vor der WEKO richtet sich jedoch nicht nach der StPO, sondern ist ein Verwaltungsverfahren, das sich nach dem VwVG richtet (Art. 39 KG; BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2 S. 274 oben; 139 I 72 E. 4.4 S. 81 f.), auch wenn die Sanktion gemäss Art. 49a KG als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK gilt (BGE 143 II 297 E. 9.1 S. 337; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.). Das VwVG enthält keine Vorgaben für die Trennung oder Vereinigung von Verfahren, ebenso wenig das Kartellgesetz. Auch für eine analoge Anwendung von Art. 29 StPO besteht vorliegend kein Grund: Der darin enthaltene Grundsatz der Verfahrenseinheit bezweckt in erster Linie die Verhinderung sich widersprechender Urteile und dient zudem der Prozessökonomie (BGE 138 IV 214 E. 3.2 S. 219; 138 IV 29 E. 3.2 S. 31). Da aber im Verfahren der einvernehmlichen Regelung in aller Regel nicht gerichtlich über die Zulässigkeit eines Verfahrens entschieden wird (vorne E. 2.5.2), besteht keine Gefahr widersprüchlicher Gerichtsurteile. Dadurch unterscheidet sich das kartellrechtliche Verfahren der einvernehmlichen Regelung vom abgekürzten Verfahren nach StPO, in welchem eine ausdrückliche Anerkennung des Sachverhalts durch die Beschuldigten vorausgesetzt wird (Art. 361 Abs. 2 lit. a StPO) und eine urteilsmässige Bestrafung für begangenes Unrecht erfolgt (Art. 362 Abs. 2 StPO). Denkbar ist zwar, dass infolge eines späteren gerichtlichen Urteils in einem Sanktionsverfahren eine Verhaltensweise, die von der WEKO als unzulässig qualifiziert wurde und zu einer einvernehmlichen Regelung führte, als zulässig erscheint. Dies

kann gegebenenfalls zu einem Widerruf oder einer Revision der Genehmigungsverfügung führen (Art. 30 Abs. 3 KG; BEURET, a.a.O. [2017], Rz. 29 ff.). Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb sich daraus nachteilige Auswirkungen auf diejenigen Unternehmen ergeben sollten, die an der einvernehmlichen Regelung nicht beteiligt waren. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern der Grundsatz der Prozessökonomie einer Auftrennung entgegenstehen soll.

2.7. Unbegründet ist schliesslich die Rüge der Verletzung von Treu und Glauben schon deshalb, weil im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 die Legitimation der Beschwerdeführerin nicht bejaht wurde: Das Gericht hat dort die Nichtigkeit der Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 festgestellt, wozu es unabhängig von der Legitimation berechtigt war. Der blosser Umstand, dass in der Erwägung betreffend Kostenverteilung ausgeführt wurde, die Beschwerdeführerin habe ein Interesse an der Anfechtung gehabt, ist keine Vertrauensgrundlage dafür, dass die Beschwerdelegitimation in einem künftigen Verfahren bejaht werden würde.

3.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet. Die unterliegende Beschwerdeführerin trägt die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG) und hat der obsiegenden Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, der Wettbewerbskommission, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, schriftlich mitgeteilt.

B 4

1. Urteil vom 24. Juni 2019 in Sachen Ticketcorner Holding AG gegen WEKO

Urteil 2C_509/2018 des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 24. Juni 2019 in Sachen Ticketcorner Holding AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission, Beschwerdegegnerin, Tamedia AG. Gegenstand: Zusammenschlussvorhaben 41-0816 Ticketcorner und Starticket, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 3. Mai 2018 (B-3871/2017).

Sachverhalt:**A.**

Am 9. Januar 2017 reichten Ticketcorner Holding AG (nachfolgend: Ticketcorner Holding) sowie Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) ein Zusammenschlussvorhaben beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) ein. Mit dem Zusammenschlussvorhaben soll eine gemeinsame Kontrolle über Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner), einer 100% Tochtergesellschaft von Ticketcorner Holding AG begründet werden.

Mit Verfügung vom 22. Mai 2017 wurde das Zusammenschlussvorhaben durch die WEKO untersagt (nachfolgend: Untersagungsbescheid).

B.

Mit Beschwerde vom 10. Juli 2017 hat Ticketcorner Holding den Entscheid der WEKO beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Die Verfügung der WEKO sei aufzuheben und das Zusammenschlussvorhaben sei ohne Auflagen und Bedingungen zu bewilligen. Eventualiter sei das Zusammenschlussvorhaben mit Auflagen zu bewilligen. Subeventualiter sei die Verfügung der WEKO aufzuheben und die Sache an die WEKO zurückzuweisen.

C.

Mit Urteil vom 3. Mai 2018 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die bei ihm eingereichte Beschwerde nicht ein, mit der Begründung, Ticketcorner Holding sei nicht zur Beschwerde legitimiert.

D.

Gegen dieses Urteil hat Ticketcorner Holding am 7. Juni 2018 Beschwerde an das Bundesgericht erhoben. Vor Bundesgericht beantragt Ticketcorner Holding, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Mai 2018 sei aufzuheben und das Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen zu bewilligen. Eventualiter sei das Zusammenschlussvorhaben mit den gemäss der Verfügung der WEKO vom 22. Mai 2017 von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen Auflagen zu bewilligen. Subeventualiter sei das Urteil vollumfänglich aufzuheben und das Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, auf die Beschwerde einzutreten. Subsubeventualiter sei durch das Bundesgericht festzustellen, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sowie die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 rechtswidrig sei.

E.

Die WEKO, das Bundesverwaltungsgericht sowie Tamedia sind eingeladen worden, sich zur Beschwerde vernehmen zu lassen. Am 18. Juli und 23. August 2018 hat Tamedia Stellung genommen. Mit Schreiben vom 14. August 2018 hat die WEKO ihre Vernehmlassung eingereicht, mit welcher sie beantragt, auf die Anträge 1 und 2 der Beschwerde sei nicht einzutreten und, soweit darauf eingetreten werde, seien die Anträge 3 und 4 abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 26. Juli 2018 auf eine Vernehmlassung verzichtet.

F.

Am 21. Dezember 2018 hat Ticketcorner Holding eine ergänzende Stellungnahme eingereicht.

Erwägungen:**1.**

1.1. Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (BGE 141 II 113 E. 1 S. 116). Angefochten ist ein Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts in einer öffentlich-rechtlichen Angelegenheit (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG). Ein Ausschlussgrund nach Art. 83 BGG liegt nicht vor.

1.2. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist die Partei, deren Beschwerde von der Vorinstanz für unzulässig erklärt worden ist, im Sinne von Art. 89 BGG beschwerdelegitimiert, wenn sie zur Anfechtung des Entscheids in der Sache berechtigt gewesen wäre, und dies ungeachtet des für den Nichteintretensentscheid als massgeblich erachteten Grundes, der vor dem Bundesgericht strittig ist (BGE 135 II 145 E. 3.1; 140 III 267 E. 1.2.3; Urteile 2C_266/2018 vom 19. September 2018, E. 1.2; 2C_36/2018 vom 27. März 2018 E. 1.2; 2C_500/2016 vom 31. Oktober 2016 E. 1.1). Die Beschwerdeführerin ist deshalb zur Beschwerdeerhebung berechtigt (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf das frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) eingereichte Rechtsmittel ist einzutreten. (Art. 89 Abs. 2 lit. a, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; Urteil 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 1).

1.3. Strittig ist, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf die Beschwerde eingetreten ist. Ist dies der Fall, muss die Beschwerde an die Vorinstanz zur Überprüfung in der Sache zurückgewiesen werden (BGE 135 II 38 E. 1.2).

1.4. Mit der Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgebli-

chen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

Die Beschwerdeführerin macht die rechtswidrige Auslegung von Bundesrecht geltend, insbesondere von Art. 48 Abs. 1 VwVG, Art. 9 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) sowie Art. 34 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251). Sie rügt des Weiteren eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 97 BGG).

2.

Strittig ist vorliegend, ob die Beschwerdeführerin unabhängig von Tamedia ein eigenständiges schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Untersagungsbescheids der WEKO hat und deshalb einzeln zur Einreichung der Beschwerde vor der Vorinstanz legitimiert ist.

3.

3.1. Die Vorinstanz verneint die individuelle Beschwerdelegitimation einer Zusammenschlusspartei insbesondere mit dem Argument, dass mit der gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU vorzunehmenden Meldung durch die Zusammenschlussparteien eine Interessengemeinschaft entstehe, die auch beim Einlegen einer Beschwerde gegen einen Untersagungsbescheid weiterbestehe. Dies begründe auch eine Pflicht zu einem gemeinsamen Vorgehen vor der Rechtsmittelinstanz. Zum gleichen Ergebnis gelange man, wenn man die Zusammenschlussparteien als einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 OR qualifiziere.

3.2. Weder das VwVG noch das KG enthalten eine gesetzliche Vorschrift, welche Zusammenschlussparteien zur gemeinsamen Einreichung einer Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht verpflichten. So begründet insbesondere Art. 48 VwVG keine Pflicht zur gemeinsamen Einreichung einer Beschwerde. Zu prüfen ist, ob allenfalls Art. 9 Abs. 1 lit. b VKU eine solche Pflicht entnommen werden kann.

3.3. Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung ist der Wortlaut. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (BGE 140 III 616 E. 3.3 S. 620 f.).

3.4. Nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. b VKU besteht bei Fusionen eine gemeinsame Meldepflicht. Der Wortlaut dieser Bestimmungen bietet keinen Anhaltspunkt für die Begründung einer Pflicht zur gemeinsamen Einreichung einer Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht.

3.5. Es stellt sich insofern die Frage, ob Sinn und Zweck der fusionskontrollrechtlichen Verfahrensvorschriften eine solche nahelegen. Dies muss verneint werden. Während es bei der gemeinsamen Meldepflicht von Zusammenschlussvorhaben vornehmlich darum geht, im Sinne der Verfahrensvereinfachung möglichst kohärente Entscheidungsunterlagen für die Beurteilung der gemeldeten Fusion zur Verfügung zu stellen, steht die Ge-

währleistung der Rechtsstaatlichkeitskontrolle von Entscheidungen der WEKO im Beschwerdeverfahren im Vordergrund. Die Interessenlage ist nicht vergleichbar, weshalb von einer analogen Anwendung von Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. b VKU abgesehen werden muss.

3.6. Zur gleichen Beurteilung gelangen auch Merkt und Bovet in Bezug auf die Möglichkeit, einen Antrag gestützt auf Art. 36 KG zur Bewilligung einer Fusion an den Bundesrat zu stellen. Gemäss dieser Vorschrift können die an einem Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen bei einem Untersagungsbescheid der WEKO dem Bundesrat den Antrag stellen, die Fusion ausnahmsweise zu genehmigen. Gemäss diesen Autoren kann dieser Antrag sowohl von beiden Zusammenschlussparteien als auch von jeder einzeln gestellt werden (vgl. MERKT/BOVET, in: Commentaire romand, droit de la concurrence, 2012, N 7 zu Art. 36).

3.7. Es besteht kein Grund, die Ausgangslage im Fall einer Anfechtung eines Untersagungsbescheids vor dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich anders zu beurteilen. Zusammengefasst kann insofern festgehalten werden, dass weder Art. 48 VwVG noch Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. b VKU einer individuellen Beschwerdelegitimation einer Zusammenschlusspartei entgegenstehen.

4.

4.1. Die Vorinstanz führt als weiteres zentrales Argument gegen die Anerkennung der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin an, dass durch die Einreichung eines Rechtsmittels die schwebende zivilrechtliche Unwirksamkeit des der Transaktion zugrundeliegenden Vertrages (nachfolgend: Zusammenschlussvertrag) nicht gegen den Willen einer Partei aufrecht werden könne, weil damit eine ihr unzumutbar lange Beschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit verbunden wäre.

4.2. Diese Aussage geht fehl. Sie fusst auf einer unrichtigen Auslegung von Art. 34 KG, welcher festhält, dass die zivilrechtliche Wirksamkeit eines meldepflichtigen Zusammenschlusses unter Vorbehalt des Fristablaufs gemäss Art. 32 Abs. 1 KG und der Bewilligung zum vorläufigen Vollzug aufgeschoben bleibt.

4.3. Der gemäss Art. 34 KG vorgesehene Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit beschlägt nicht das Verpflichtungs-, sondern nur den Abschluss des Verfügungsgeschäfts (vgl. BORER/KOSTKA, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 34, N6 f.). Er hat zur Folge, dass das Zusammenschlussvorhaben erst dann vollzogen werden kann, wenn seitens der Wettbewerbsbehörden keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr dagegen bestehen. Im Gegensatz dazu bleibt es den Zusammenschlussparteien auch im Falle eines Untersagungsbescheids unbenommen, am Verpflichtungsgeschäft festzuhalten, bzw. dieses abzuändern. Im vorliegenden Fall steht nicht fest, dass die Parteien kein Interesse mehr am Zusammenschlussvorhaben haben.

4.4. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nicht von einer gegen den Willen einer Partei aufrecht erhaltenen schwebenden zivilrechtlichen Unwirksamkeit des Zu-

sammenschlussvertrages gesprochen werden kann und dieses Argument der Bejahung einer individuellen Beschwerdelegitimation nicht entgegensteht.

5.

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Zusammenschlussparteien gestützt auf die gemeinsame Einreichung des Fusionsvorhabens eine einfache Gesellschaft bilden, woraus sich eine „notwendige Streitgenossenschaft“ zur Einreichung einer gemeinsamen Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht ergeben könnte.

5.1. Als notwendige Streitgenossenschaften werden solche Parteienmehrheiten bezeichnet, in denen mehrere Personen gemeinsam als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden müssen und nicht bloss dürfen (CHRISTINA VON HOLZEN, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, 2006, S. 71). Die Notwendigkeit einer Streitgenossenschaft ergibt sich entweder aus expliziten Bestimmungen des Bundesprivatrechts oder ausnahmsweise aus der Natur der Sache. Alle beziehen ihr Fundament jedoch aus dem materiellen Recht (CHRISTINA VON HOLZEN, a.a.O., 2006, S. 75).

5.2. Zivilprozessual kann eine einfache Gesellschaft ihre Rechte nur als notwendige Streitgenossenschaft geltend machen (BGE 137 III 455 E. 3.4 und 3.5 S. 458 f.). Da aber die Parteistellung im öffentlichen Recht nicht auf die Ausübung subjektiver Rechte beschränkt ist, sondern auch dem Schutz tatsächlicher Interessen dient, können nach Rechtsprechung und Lehre die Mitglieder einer materiellen Streitgenossenschaft unter Umständen auch einzeln zur Beschwerde legitimiert sein, so wenn ein einzelnes Mitglied seine eigene Rechtsstellung gegen die anderen Mitglieder verteidigt (vgl. Urteile 2C_747/2013 vom 8. September 2014 E. 3.3; 1P.345/1994 vom 14. Dezember 1994 E. 2c, RDAT 1995 II S. 149) oder wenn es um die Abwehr belastender oder pflichtbegründender Anordnungen geht und die Durchsetzung des Rechtsstandpunkts die Interessen der Gemeinschaft oder der übrigen Streitgenossen nicht zu beeinträchtigen vermag (BGE 116 Ib 447 E. 2b S. 450 f.; 119 Ib 56 E. 1a S. 57 f.; Urteile 1C_278/2011 vom 17. April 2012 E. 1.2; 1P.134/1997 vom 23. Juni 1997 E. 5a, ZBI 99/1998 S. 386; A.30/1986 vom 8. Juli 1987 E. 1d, ZBI 89/1988 S. 553; Urteil 2C_1028/2014 vom 20. Juli 2015, E. 3.1).

5.3. Im Einzelnen ist massgebend, was mit der Beschwerde angestrebt wird bzw. angestrebt werden kann (vgl. Urteil 2C_1028/2014 vom 20. Juli 2015, E. 3.2). Bejaht wurde die Legitimation einzelner Mitglieder einer Erbgemeinschaft, um einen das gemeinsame Grundstück belastenden Wanderweg (Urteil 1C_278/2011 vom 17. April 2012 E. 1.2) oder eine Denkmalschutzunterstellung abzuwehren (Urteil 1P.134/1997 vom 23. Juni 1997 E. 5), verneint aber, wenn der einzelne noch eingreifendere Schutzmassnahmen beantragt (a.a.O.). Im öffentlichen Beschaffungsrecht können die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft nur gemeinsam Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid führen und den Zuschlag an sich verlangen, da sie nur gemeinsam die offerierte Arbeit ausführen können (BGE 131 I 153 E. 5.4 S. 160 f.). Ist aber der Vertrag abgeschlossen und der Zuschlag

an die einfache Gesellschaft ohnehin nicht mehr möglich, kann jeder einzelne Gesellschafter die Feststellung der Rechtswidrigkeit beantragen (Urteil 2P.130/2005 vom 21. November 2005 E. 2, RtiD 2006 I S. 130). Einzelne Gesamteigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstücks können nicht gültig ein Gesuch um Ausnahme vom Zerstückerungsverbot (Art. 58 Abs. 2 BGG) stellen, wohl aber eine erteilte Bewilligung anfechten mit der Begründung, sie hätten ihre Zustimmung zum Gesuch nicht erteilt (vgl. Urteil 2C_747/2013 vom 8. September 2014 E. 1.3 und 3.3).

5.4. Gemäss Art. 530 Abs. 1 OR ist eine einfache Gesellschaft eine „vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln“. Mit der Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens könnte eine einfache Gesellschaft zwischen der Beschwerdeführerin und Tamedia zum Vollzug der Fusion entstanden sein. Dies hat jedoch nicht zwingend die Begründung einer notwendigen Streitgenossenschaft im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zur Folge. Entscheidend ist vielmehr, dass rechtliche Interessen nicht erforderlich sind, sondern faktische Interessen der Beschwerdeführerin an einer individuellen Einreichung der Beschwerde ausreichen (E. 5.2 hiavor). Die Beschwerdeführerin hat ein Interesse daran, dass die Fusion vollzogen wird. Ein praktisches und aktuelles Interesse an einer Neuurteilung des Zusammenschlussvorhabens wäre nur dann zu verneinen, wenn feststünde, dass Tamedia nicht mehr am Zusammenschluss interessiert wäre. Dies ist vorliegend nicht der Fall, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist.

5.5. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Mai 2018 ist aufzuheben. Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen. Die Vorinstanz wird angewiesen, auf die Beschwerde einzutreten und einen Entscheid in der Sache zu fällen.

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben (vgl. Art. 66 Abs. 4 BGG). Hingegen hat die WEKO die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (vgl. Art. 68 BGG). Der Tamedia, die als weitere Beteiligte in das Verfahren einbezogen wurde und überdies sich nicht anwaltlich vertreten liess, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die WEKO hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 25'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, der Tamedia AG, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, schriftlich mitgeteilt.

B 7

Kantonale Gerichte
Tribunaux cantonaux
Tribunali cantonali

B 7

1. Jugement du Tribunal d'arrondissement de Lausanne du 18 octobre 2018 dans la cause A. – violation des règles de la circulation routière

Jugement PE18.011694-MEC du Tribunal d'arrondissement de Lausanne du 18 octobre 2018 dans la cause A. – violation des règles de la circulation routière

Statuant immédiatement à huis clos, le Tribunal a retenu ce qui suit

En fait et en droit :

1.

LE PREVENU

De nationalité suisse, le prévenu A. est né [...]. Il est retraité et perçoit une rente LPP de quelque CHF [...] par mois. Dès le mois de décembre prochain, il devrait en outre être mis au bénéfice d'une rente AVS. A. exerce une activité accessoire dans le domaine de la mécanique qui lui procure un revenu oscillant entre CHF [...] et CHF [...]. Détenteur d'une autorisation pour la conduite professionnelle de personnes, le prévenu a également oeuvré accessoirement en qualité de chauffeur via l'application UberPop durant quelques mois jusqu'à la fin de l'année 2015. Depuis lors, il exerce une activité accessoire de chauffeur via l'application UberX.

[...]

Le casier judiciaire de A. ne fait état d'aucune condamnation. Son fichier ADMAS est également vierge de toute inscription.

2.

LES FAITS ET LES QUALIFICATIONS JURIDIQUES

2.1 a) Par ordonnance pénale rendue le 22 juin 2017, la Commission de police de la Municipalité de Lausanne a condamné A. pour contraventions aux articles 27 al. 1 LCR, 18 al. 1 OSR et 15 RIT à une amende de CHF 850.- et aux frais de procédure par CHF 50.-.

Par courrier de son conseil du 4 juillet 2017, A. a formé opposition à dite ordonnance pénale.

b) Par ordonnance pénale rendue le 24 janvier 2018, la Commission de police de la Municipalité de Lausanne a condamné A. pour contravention à l'article 15 RIT à une amende de CHF 1'000.- et aux frais de procédure par CHF 50.-.

Par courrier de son conseil du 6 février 2018, A. a formé opposition à dite ordonnance pénale.

c) Par « ordonnance pénale avec opposition » rendue le 24 avril 2018 et notifiée le 25 avril 2018, la Commission de police de la Municipalité de Lausanne (ci-après la Commission de police) a condamné A. pour contraven-

tions aux articles 27 al. 1 LCR, 18 al. 1 OSR et 15 RIT à une amende de CHF 1000.- convertible en six jours de peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement dans le délai imparti et aux frais de procédure par CHF 100.-.

Par courrier de son conseil du 4 mai 2018, A. a formé opposition à dite ordonnance pénale.

Déposée en temps utile, dite opposition est recevable en la forme.

L'autorité municipale ayant maintenu son ordonnance, le dossier a été transmis au Tribunal de céans par le Ministère public central, en application de l'article 356 al. 1 CPP.

2.2 a) Les faits dénoncés dans l'ordonnance pénale du 22 juin 2017 et retenus dans l'ordonnance pénale du 24 avril 2018 sont les suivants :

Le samedi 18 mars 2017, à 00:30, à l'avenue de Menthon à Lausanne, A. n'était pas en possession d'une autorisation pour effectuer des courses de taxi sur le territoire lausannois. Le prévenu n'a, en outre, pas observé le signal de prescription « Interdiction générale de circuler dans les deux sens ».

b) Les faits dénoncés dans l'ordonnance pénale du 24 janvier 2018 et retenus dans l'ordonnance pénale du 24 avril 2018 sont les suivants :

Le samedi 16 décembre 2017, à 01:55, à la place Chauderon à Lausanne, A. a transporté un ou des passagers par le biais de l'application UberX, alors qu'il n'était pas en possession d'une autorisation pour effectuer des courses de taxi sur le territoire lausannois.

2.3 a) Tant durant la procédure d'opposition qu'aux débats, le prévenu n'a pas contesté les faits qui lui sont reprochés s'agissant de l'inobservation du signal de prescription « Interdiction générale de circuler dans les deux sens », de sorte qu'il doit être reconnu coupable de violation des règles de la circulation routière au sens de l'article 90 al. 1 LCR pour avoir enfreint les articles 27 al. 1 LCR et 18 al. 1 OSR.

b) A. ne conteste pas non plus avoir effectué les courses contre rémunération sur l'arrondissement lausannois qui lui sont reprochées dans l'ordonnance dont est opposition mais plaide qu'il n'a pas, ce faisant, violé l'article 15 RIT.

L'article 15 du Règlement intercommunal sur le service des taxis en vigueur dès le 1^{er} novembre 1964 (ci-après RIT) dispose que nul ne peut exploiter un service de

taxis sur le territoire de l'arrondissement sans en avoir obtenu l'autorisation.

Il y a trois types d'autorisations :

a) l'autorisation A, avec permis de stationnement sur des emplacements désignés d'entente avec le Comité de direction par les communes membres de l'Association (stations officielles de taxis);

b) l'autorisation B, sans permis de stationner sur le domaine public;

c) l'autorisation C, pour voiture de grande remise

Est considérée comme voiture de grande remise celle qui est louée, avec chauffeur, exclusivement:

1) pour une demi-journée au minimum;

2) pour des courses dépassant les limites des districts limitrophes de celui de Lausanne;

3) pour les cérémonies publiques ou privées (enterrements, mariages, etc.)

4) aux hôtels, agences de voyage ou bureaux de tourisme pour le service de leur clientèle.

Nul ne peut détenir simultanément des autorisations A et B.

Aux termes de l'article 2 al. 1 de la loi fédérale sur le marché intérieur (ci-après LMI), toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. L'article 3 al. 1 de cette même loi dispose pour sa part que la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (litt, a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (litt, b) et répondent au principe de la proportionnalité (litt. c).

Dans un arrêt du 4 mai 2017, la Cour constitutionnelle du Tribunal cantonal du Canton de Vaud (ci-après la Cour constitutionnelle) a relevé que, sous l'angle de la LMI, ce sont les prescriptions en vigueur au lieu de provenance de l'offreur qui règlent l'admission au marché. Ainsi, les chauffeurs et exploitants de taxis externes dont l'activité est licite dans le canton ou la commune où ils ont leur siège ou leur établissement pourront offrir leurs services et prestations de travail sur tout le territoire suisse, et ce également dans l'arrondissement intercommunal (cf. art. 2 al. 1 LMI). Partant, tous les chauffeurs privés partenaires de Liber hors arrondissement ne pourront pas nécessairement se voir confier des courses: pour que tel soit le cas, les offreurs externes de sen/ice de taxis doivent en effet être admis à offrir leurs services dans un autre arrondissement de taxis que le leur, à partir du moment où ils sont dûment reconnus comme chauffeurs de taxi et autorisés à offrir leurs services dans leur propre arrondissement (par exemple un chauffeur partenaire de Über dûment autorisé à offrir ses services à Nyon doit être autorisé à offrir ses services à Lausanne). Les restrictions à la liberté d'accès au mar-

ché ne sont autorisées qu'aux conditions de l'article 3 al. 1 LMI. Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle cite par ailleurs un arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 27 mars 2012 dans lequel cette autorité a jugé que le fait de faire obligation à une société dont le siège se situe à Verbier de requérir une autorisation spécifique pour prendre en charge et déposer des clients dans le canton de Genève restreignait indûment le marché et était contraire à la LMI (CCST.2016.0006, consid. 3 et les références cités).

c) Dans une affaire similaire à celle qui nous occupe, dans laquelle le chauffeur était domicilié à Saint-Prex, commune non soumise au RIT et qui ne délivre pas d'autorisation particulière aux chauffeurs de taxi, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a jugé qu'il y avait lieu de considérer que le chauffeur exerçait son activité depuis sa commune de domicile, respectivement que le siège de son activité indépendante se situait dans cette commune. La Cour a considéré que le fait que le chauffeur débute son activité indépendante à la fin de son activité professionnelle à Lausanne n'y changeait rien et ne saurait avoir pour conséquence la fixation du siège de son activité à Lausanne. En conséquence, le Tribunal de police de céans a retenu que le chauffeur devait être admis à offrir ses services dans un autre arrondissement que le sien. La Commune de Saint-Prex n'exigeant aucune autorisation particulière pour l'activité en cause, la Cour a au final jugé que le chauffeur devait être libéré du chef d'accusation de violation de l'article 15 RIT (PE17.016665 : P. 28 p. 10).

d) Ayant eu connaissance du jugement susmentionné avant de juger le prévenu, la Commission de police a estimé que le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne avait fait une interprétation erronée de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 mai 2017 car, dans ce dernier, il n'est pas fait mention d'une quelconque notion de lieu de résidence ou de siège de l'activité professionnelle. Selon elle, « afin de jouir des droits de la Loi fédérale sur le marché intérieur, un offreur doit exercer son activité légalement et effectivement; une activité réelle doit être déployée à son lieu de provenance. A défaut de ces deux prérequis, la LMI n'est pas applicable, respectivement l'offreur est soumis au droit du lieu de destination ». Elle a par ailleurs retenu que, « s'agissant du lieu effectif de l'activité, une absence ou un chiffre d'affaires marginal au lieu de provenance par rapport au lieu de destination peut constituer un indice parmi d'autres de l'existence d'un cas d'abus de droit », cette interprétation trouvant son fondement dans un arrêt du Tribunal fédéral concernant le cas d'un médecin dentiste allemand (TF 2C_848/2009 du 11 mai 2010). La Commission de police a ainsi estimé que pour s'assurer que le dénoncé pouvait se prémunir de la LMI, le Tribunal de police aurait dû établir qu'il exerçait légalement et effectivement son activité de chauffeur de taxi à son lieu de provenance, ce qui n'aurait pas été le cas, la notion d'activité effective ayant été ignorée. Dans le cas d'espèce, elle a retenu que A. avait effectué plus de 83% de son travail sur l'arrondissement lausannois, ce qui démontrerait indubitablement, selon elle, qu'il ne peut en aucun cas se prémunir de la LMI et qu'il aurait dû, au vu de la localisation de son activité principale, obtenir les autorisa-

tions- requises sur l'arrondissement lausannois. Elle a enfin relevé que le prévenu en avait conscience puisqu'il venait d'obtenir le carnet de conducteur de taxi valable pour l'arrondissement lausannois. Au final, la Commission de police a donc rejeté l'opposition du prévenu et constaté qu'il s'était rendu coupable d'une contravention à l'article 15 RIT (P. 29).

e) Entendu aux débats en qualité de témoin, B. a expliqué que les arguments développés dans une précédente affaire ne tenaient pas compte d'une position de la COMCO exprimée en 2015 qui précisait que, pour entrer dans le champ d'application de la LMI, l'offreur devait exercer effectivement et légalement son activité. Selon le témoin, si on suivait les interprétations de la LMI faites jusqu'à présent, cela reviendrait à mettre « à la poubelle » toutes les réglementations administratives mises en place jusque-là et qui ont fait l'objet de procédures jusqu'au Tribunal fédéral, puisqu'il suffirait, en pratique, qu'une personne se domicilie dans une commune qui n'a pas de réglementation en matière de taxi. B. a encore exposé que c'étaient les analyses effectuées qui avaient révélé le lieu de prise en charge dans le cas d'espèce et que, sauf erreur de sa part, la commune de [...] n'apparaissait qu'une dizaine de fois dans le relevé sur plus de 740 courses.

f) A l'audience, le prévenu a pour sa part déclaré qu'il démarrait toujours son activité depuis son domicile, souvent par une course depuis l'EPFL ou l'Université jusqu'à Lausanne. Selon lui, il rentre ensuite toujours à son domicile. En effet, sur l'application Liber, il y a une possibilité d'entrer une adresse en direction de laquelle une dernière course peut être faite et ce lorsque l'on a décidé d'arrêter pour la soirée. Il a encore précisé qu'il travaillait principalement le soir et qu'il n'arpentait pas les rues de Lausanne au volant de son véhicule en attendant des courses. D'après le prévenu, c'est Liber qui a suggéré à ses conducteurs de demander un carnet de conducteur en vue de l'application d'une future loi et c'est pour cette raison qu'il l'a fait.

g) En l'espèce, il est établi que A. est détenteur d'un permis de conduire pour la catégorie B121, lequel l'autorise à conduire des personnes de manière professionnelle dans toute la Suisse depuis [...]. Il n'était par contre, au moment des faits, au bénéfice d'aucune autorisation d'exploiter un service de taxis sur l'arrondissement lausannois.

La procédure probatoire a également permis d'établir que le prévenu est domicilié à [...], commune qui ne dispose pas de règlement communal sur le service des taxis et ne délivre dès lors pas d'autorisation.

La seule question litigieuse est celle de savoir si A. peut se prévaloir de la LMI et être admis à offrir ses services dans un autre arrondissement que le sien et plus particulièrement de savoir s'il développe son activité légalement et effectivement à son lieu de provenance.

Le Tribunal estime à cet égard que le siège de l'activité accessoire du prévenu se situe bel et bien dans la commune où il est domicilié depuis de longues années, bien avant d'entreprendre son activité de chauffeur. Il ne dispose pas de locaux professionnels dans une autre commune et organise son activité depuis son domicile.

C'est d'ailleurs depuis là qu'il part pour l'exercer et où il rentre ensuite. C'est également à son lieu de domicile qu'il se fait notifier toute la correspondance en lien avec cette activité. C'est donc bien à [...] que se situe le siège de son activité. Le fait qu'il soit amené à effectuer des prestations dans les communes voisines, appliquant le RIT, n'y change rien et n'est pas pertinent pour définir le siège de son activité. La problématique serait au reste la même pour un artisan amené à effectuer des prestations dans d'autres agglomérations que celle où se situe ses locaux. Le Tribunal relève pour le surplus que la méthode appliquée par la Commission de police, qui consiste à définir le siège de l'activité de chauffeur en fonction de la commune dans laquelle celui-ci effectue la majorité de ses courses, ne résiste pas à l'examen. L'activité de chauffeur étant par définition itinérante, cela reviendrait en effet à faire varier le siège de l'activité en fonction des demandes des clients et des courses effectuées. Le siège pourrait ainsi changer chaque semaine et on ignore comment il faudrait alors fixer celui-ci en fonction du lieu des courses effectuées dans la semaine, le mois ou l'année. Elle exigerait en outre des chauffeurs qu'ils requièrent une autorisation à tous les lieux où ils exercent leur activité, ce qui est contraire à la LMI. On relèvera d'ailleurs à cet égard que cette question a été réglée de la même façon par la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève dans l'affaire relative à une société de taxis de Verbier citée dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 mai 2017.

Il n'y a par ailleurs aucun abus de droit du prévenu à considérer son lieu de domicile comme siège de son activité et la jurisprudence citée à cet égard par la Commission de police n'y change rien. On ne se trouve en effet en l'espèce absolument pas dans le même cas, puisqu'il s'agissait d'un médecin dentiste qui pratiquait un tourisme d'autorités en tentant de se prévaloir d'une autorisation obtenue dans un canton où il n'avait jamais pratiqué, et où il n'avait aucune intention de pratiquer, dans le seul but de contourner des décisions rendues précédemment. Il n'y disposait d'aucun domicile ou siège, pas plus que d'un cabinet. En l'espèce, on l'a vu, A. dispose d'un domicile à [...] depuis de longues années et organise son activité de chauffeur à partir de là. Il était en outre installé dans cette commune bien avant de débiter son activité accessoire de chauffeur.

Avec la défense il faut pour le surplus admettre que le critère retenu par la Commission de police est discriminatoire. En effet, le RIT étant applicable dans les communes les plus peuplées de la région lausannoise, il est inévitable que la majorité des courses effectuées s'y déroulent, y compris celles faites par des chauffeurs domiciliés sur le territoire de communes voisines. Soumettre au RIT tous les chauffeurs se trouvant dans cette situation revient en réalité à dénier aux offreurs externes le droit d'exercer leur activité en se prévalant du droit applicable à leur lieu de provenance et à les soumettre systématiquement au droit du lieu où la prestation est effectuée, ce qui est contraire à la LMI.

On relèvera en tout dernier lieu qu'il n'existe en l'espèce aucun intérêt public prépondérant qui autoriserait à restreindre la liberté d'accès au marché en application de l'article 3 al. 1 LMI. En effet, le prévenu dispose d'un

permis qui l'autorise à conduire des personnes de manière professionnelle. Les conditions d'obtention de ce permis garantissent largement la sécurité des personnes transportées, ce qui met à faux les déclarations de [...] à cet égard, dans le cas d'espèce du moins.

Enfin, le fait que le prévenu ait aujourd'hui requis l'autorisation litigieuse ne change rien aux développements juridiques qui précèdent.

h) En définitive, au vu de l'ensemble de ce qui précède, le Tribunal considère donc que le prévenu devait être admis à offrir ses services dans un autre arrondissement que le sien en application de l'article 2 al. 1 LMI. Au final, A. doit ainsi être libéré du chef d'accusation de violation du Règlement intercommunal sur le service des taxis.

3.

LA PEINE

La contravention commise par A. impose le prononcé d'une amende dont la quotité sera arrêtée à CHF 200.- pour tenir compte de la culpabilité de A. et de sa situation financière telle qu'exposée ci-avant. La peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement fautif de l'amende sera pour sa part arrêtée à deux jours.

4.

L'INDEMNITE DE L'ARTICLE 429 CPP

Aux termes de l'article 429 CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie a notamment droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (al. 1^{er} litt, a), l'autorité pénale examinant d'office ces prétentions. Interpellé aux débats, A. a conclu au paiement d'une telle indemnité, qu'il a chiffrée à CHF 8'000.-, soit vingt heures de travail à CHF 400.-.

Compte tenu de la nature de l'affaire et de sa complexité juridique, force est de reconnaître que le recours à un avocat était justifié. Au vu de la jurisprudence, le tarif horaire qui peut être retenu s'agissant d'une indemnité au sens de l'article 429 al. 1 litt, a CPP se situe entre CHF 250.- et CHF 350.-. En l'espèce, le Tribunal retiendra le montant de CHF 250.-. Pour le surplus, la Cour estime que le nombre d'heures annoncées par le conseil du prévenu est justifié par les opérations rendues nécessaires par la présente cause.

Dans ces conditions, c'est une indemnité de CHF 5'000., valeur échue, qui doit être allouée à A. à titre d'indemnité de l'article 429 CPP pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure.

5.

LES FRAIS

A. devra s'acquitter des frais de procédure devant la Commission de police s'agissant de l'ordonnance pénale pour laquelle il a été condamné pour violation des règles de la circulation routière. Ces frais sont arrêtés à CHF 50.-.

A. étant par ailleurs libéré du seul chef d'accusation contesté, les frais seront pour le surplus laissés à la charge de l'Etat.

Par ces motifs, le Tribunal :

REND le dispositif figurant en pages 6 et 7 du procès-verbal. Ce jugement est rédigé et signé à huis clos.

B 7	2. Arrêt de la Cour de Justice de la République et Canton de Genève du 22 août 2017 dans la cause M. A. contre Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie
-----	---

Arrêt A/867/2017-PROF de la Cour de Justice, Chambre administrative, de la République et Canton de Genève du 22 août 2017 dans la cause Monsieur A. contre Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie

EN FAIT

Le 30 novembre 2016, Monsieur A _____, titulaire du diplôme d'architecte délivré par l'École polytechnique fédérale de Lausanne (ci-après: EPFL) le _____ 1996, a sollicité du département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (ci-après: DALE ou le département) son inscription permanente au tableau des mandataires professionnellement qualifiés (ci-après: MPQ) du canton de Genève en qualité d'architecte.

Il avait été inscrit plusieurs fois à titre temporaire pour plusieurs affaires qu'il avait eues sur le canton de Genève avec son bureau d'architectes sis à B _____, C _____ (ci-après: C _____).

Il souhaitait néanmoins cette fois-ci obtenir une inscription permanente en raison notamment de son expérience en qualité d'architecte pratiquant dans le canton de Genève depuis 1998 et des nombreuses inscriptions provisoires qu'il avait déjà déposées, démarches qui lui imposaient de produire à chaque fois les mêmes documents probants.

Il habitait de plus dans le canton depuis 1998, était membre de la Fédération des architectes suisses section Genève depuis 2009 et membre et ex-président de D _____ depuis 2009.

Il a joint à sa demande le formulaire de demande d'inscription au tableau des MPQ dûment complété, son diplôme d'architecte EPFL, son curriculum vitae et celui de ses associés, un extrait de son casier judiciaire suisse daté du 2 juin 2015 et l'extrait du registre du commerce vaudois de C _____.

Le 12 janvier 2017, la chambre des architectes et des ingénieurs (ci-après : CAI) a informé M. A _____ que, dans la mesure où il ne remplissait pas la condition du domicile professionnel dans le canton, elle ne pouvait pas préavisser favorablement sa demande.

Le 20 janvier 2017, la CAI a transmis son dossier au DALE afin qu'il rende une décision formelle, précisant qu'elle avait préavisé défavorablement la demande de M. A _____.

Par décision du 10 février 2017, le département a refusé la demande d'inscription permanente au tableau des MPQ dans le canton de Genève de M. A _____.

L'intéressé ne remplissait pas la condition de domicile professionnel dans le canton de Genève exigée pour obtenir l'inscription permanente au tableau des MPQ.

Il lui restait toutefois la possibilité de solliciter une inscription temporaire.

Par acte du 13 mars 2017, M. A _____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après: la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant à ce qu'il soit constaté que la loi sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur du 17 décembre 1982 (LPAI - L 5 40), en particulier son art. 3 al. 1 let. b LPAI, était contraire à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02) et inconstitutionnelle et à ce qu'il soit constaté que la décision attaquée était contraire à la LMI et inconstitutionnelle. Il a également conclu à l'annulation de la décision querellée, à l'admission de sa demande d'inscription permanente au tableau des MPQ en qualité d'architecte et à ce qu'il soit ordonné au département de l'y inscrire sans autres frais, « sous suite de frais et dépens ».

L'art. 3 al. 1 let. b LPAI, en tant qu'il limitait l'accès au registre cantonal permanent aux professionnels qualifiés ayant un domicile professionnel dans le canton de Genève, était inconstitutionnel et illicite, violant l'art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) (Liberté économique) et l'art. 2 LMI (Liberté d'accès au marché) et ne répondait pas aux conditions légales posées à la restriction à la liberté d'accès au marché au sens de l'art. 3 LMI.

Le Tribunal fédéral avait reconnu que la loi neuchâtoise, similaire à celle en vigueur dans le canton de Genève en ce qu'elle conditionnait l'inscription permanente d'un architecte à son registre à un domicile professionnel dans le canton, était inconstitutionnelle. De plus, la commission de la concurrence (ci-après: COMCO), dans ses recommandations émises le 29 janvier 2001 (ci-après: les recommandations), avait considéré que la LPAI ne respectait pas la LMI sur ce point. Ces recommandations avaient été adressées notamment aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral avait considéré cette obligation de domicile comme clairement contraire au principe de la proportionnalité et, partant, à l'art. 27 Cst. Il avait jugé qu'il n'était aucun besoin d'imposer à l'architecte établi à l'extérieur du canton, mais qui désirait y travailler, de choisir entre la constitution d'un domicile professionnel, avec les frais que cela comportait, et la complication de demander de cas en cas des autorisations spéciales qui lui seraient toujours accordées s'il s'était révélé compétent comme cela était réservé dans le présent cas par l'autorisation dite temporaire.

La simple constitution d'un domicile professionnel dans un canton donné n'était pas en soi le garant des qualifications et de l'expérience professionnelle d'un candidat à l'inscription permanente au tableau des MPQ. La domiciliation dans le canton ne permettait pas non plus de

vérifier que l'architecte disposait d'une connaissance particulière de la réglementation en matière de police de construction et de l'aménagement du territoire.

Ainsi, l'interdiction faite à un architecte domicilié hors du canton de Genève, qui remplissait par ailleurs les critères de qualification d'une part et de probité d'autre part au sens de la LPAl, d'obtenir une inscription permanente au tableau des MPQ constituait une mesure qui ne visait à garantir aucun intérêt public et qui s'avérait disproportionnée violant la LMI et les art. 27 et 36 Cst.

L'existence de la possibilité de demander une inscription provisoire n'était pas critiquée. Elle devait être d'ailleurs ouverte à tous les architectes et non seulement à ceux domiciliés hors du canton de Genève.

Enfin, l'obligation d'effectuer des demandes d'inscription provisoire, du fait de la domiciliation professionnelle hors du canton de Genève, constituait une entrave prohibée au marché et un reliquat du protectionnisme qui violait le principe de l'égalité de traitement. Cette mesure avait pour seul effet et but de protéger les architectes établis dans le canton de Genève en compliquant, pour le seul motif de la domiciliation extérieure au canton, l'accès au marché de la construction genevois.

Dans le corps de son écriture, M. A _____ a proposé son audition pour prouver que lui et ses associés de C _____ étaient actifs comme architectes, dans le canton de Genève notamment. De plus et dans le bordereau de pièces joint, il a demandé la production de la liste des demandes d'autorisation de construire de 2000 à fin 2016 qu'il avait déposées, la copie de son dossier relatif à sa demande d'inscription permanente au tableau des MPQ et l'intégralité des décisions d'inscriptions temporaires délivrées en sa faveur entre 1998 et fin 2016.

À l'appui de son recours, l'intéressé a produit notamment les recommandations émises par la COMCO précitées.

Le 18 avril 2017, le département a conclu au rejet du recours, sous suite de frais.

S'agissant des pièces requises par l'intéressé et au-delà d'un travail très important de recherche qu'impliquerait une telle demande, certaines pièces n'étaient plus en mains de l'administration en raison des délais de conservation des archives. De plus, les faits n'étaient pas contestés sur leur principe, de sorte que la production de ces pièces était inutile.

Force était de constater que la condition prévue par l'art. 3 al. 1 let. b LPAl n'était pas remplie, puisque l'intéressé n'avait pas démontré sa domiciliation professionnelle dans le canton de Genève, alors qu'il s'agissait d'une condition prévue par une base légale matérielle (recte: formelle) régissant la profession d'architecte.

La loi prévoyait une alternative permettant néanmoins d'exercer son activité professionnelle par le biais d'une inscription temporaire au tableau des MPQ. M. A _____ avait toutefois choisi de ne pas opter pour cette possibilité, au demeurant administrativement simple et rapide, et avait préféré persister dans la voie de l'inscription permanente.

De plus et indépendamment de la question relative à la domiciliation professionnelle dans le canton de Genève,

l'extrait du casier judiciaire de l'intéressé datait du 2 juin 2015, soit dix-huit mois avant le dépôt de la requête. Même si le règlement d'application de la loi sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur du 9 novembre 1983 (RPAI - L 5 40.01) ne mentionnait pas de durée de validité de l'extrait du casier judiciaire sollicité, une antériorité de dix-huit mois par rapport au dépôt de la requête était manifestement trop importante, si bien que la condition relative à l'absence de condamnation criminelle ou correctionnelle n'était pas non plus d'emblée réalisée.

Il ne remplissait dès lors pas les conditions posées par le législateur genevois pour pouvoir bénéficier d'une inscription permanente au tableau des MPQ du canton.

Enfin, la LPAl respectait les dispositions de la LMI. En effet, la finalité de la LMI était de garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. S'agissant de la LPAl, il était vrai qu'elle posait un certain nombre de conditions à son accès pour un exercice de manière permanente, en particulier la condition relative à la domiciliation professionnelle. Néanmoins, elle permettait également un accès facilité en tout temps pour l'exercice de cette profession de manière temporaire. La procédure était simple et rapide permettant à l'autorité de s'assurer du respect des conditions essentielles à l'exercice de la profession (capacités professionnelles suffisantes et absence de condamnation criminelle et correctionnelle). L'accès au marché genevois pour un architecte domicilié professionnellement hors du canton n'était dès lors et en aucune manière limité.

Le dossier de M. A _____ était joint à l'écriture du département.

Le 19 mai 2017, M. A _____ a répliqué, persistant dans ses conclusions tout en précisant qu'il concluait au constat de l'illicéité et de l'inconstitutionnalité de l'art. 3 al. 1 let. b LPAl et à son annulation.

Les pièces requises visaient à démontrer in concreto les obstacles auxquels était confronté l'architecte, actif professionnellement dans le canton de Genève, mais non domicilié dans celui-ci, soit de déposer chaque fois, pour chaque projet précis, une demande d'inscription provisoire, de s'acquitter à chaque fois d'un émoulement et de justifier, chaque fois, de ses capacités professionnelles suffisantes et de produire un extrait du casier judiciaire. Toutefois, il renonçait à les solliciter.

Force était de constater que le département n'avait pas démontré en quoi la LPAl et la discrimination qu'elle instaurait étaient justifiées par un intérêt public prépondérant et répondaient au principe de la proportionnalité.

S'agissant de la problématique relative à la date d'émission du casier judiciaire, le département n'avait pas établi qu'il disposerait d'éléments permettant de suspecter que son casier judiciaire ne serait plus vierge. Cette réserve apparaissait formaliste et relativement désagréable. En tout état de cause et compte tenu de l'absence de précision quant à la date à laquelle le casier judiciaire devait être établi, le département ou la CAI à l'occasion de son préavis aurait dû solliciter une actuali-

sation du casier, si doute il y avait sur sa probité. Malgré cela il s'engageait à transmettre un nouvel extrait de son casier judiciaire.

Pour illustrer la réalité de l'entrave au libre exercice de la profession à Genève, pour les architectes qui n'y résidaient pas professionnellement, un fait nouveau devait être relaté. Il devait, dans le cadre d'un bâtiment réalisé à Genève, il y moins de cinq ans, procéder à une nouvelle enquête pour une modification. Il avait requis à l'époque et obtenu une inscription provisoire. À l'occasion de cette nouvelle enquête, il avait tout récemment sollicité du département d'être dispensé d'avoir à renouveler une demande d'inscription provisoire. Il attendait la réponse du département.

Le 23 mai 2017, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger. L'extrait du casier judiciaire serait transmis au département dès réception.

Le 8 juin 2017, M. A_____ a produit un extrait vierge de son casier judiciaire daté du 19 mai 2017, ainsi que la réponse de la CAI du 22 mai 2017 confirmant l'exigence par celle-ci d'une nouvelle inscription temporaire et le dépôt d'un nouveau dossier complet pour une intervention dans le cadre d'une procédure d'enquête dans laquelle il était déjà intervenu comme architecte au bénéfice d'une inscription temporaire.

EN DROIT

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Dans le corps de son recours, le recourant propose son audition afin de prouver que lui et ses associés de C_____ sont actifs comme architectes, dans le canton de Genève notamment.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision (ATF 142 II 218 consid. 2.3 p. 222; 142 III 48 consid. 4.1.1 p. 52 s.; 141 V 557 consid. 3.1 p. 564; 135 I 279 consid. 2.3 p. 282; arrêts du Tribunal fédéral 2C_396/2016 et 2C_397/2016 du 14 novembre 2016 consid. 4.1; 2C_998/2015 du 20 septembre 2016 consid. 3.1; 1C_52/2016 du 7 septembre 2016 consid. 3.1) et de participer à l'administration des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 1C_279/2016 du 27 février 2017 consid. 6.1). Toutefois, le droit d'être entendu ne peut être exercé que sur les éléments qui sont déterminants pour décider de l'issue du litige (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282; 132 V 368 consid. 3.1 p. 370). L'autorité de décision peut donc se livrer à une appréciation anticipée de la pertinence du fait à prouver et de l'utilité du moyen de preuve offert et, sur cette base, refuser de l'administrer. Ce refus ne viole le droit d'être entendu que si l'appréciation à laquelle elle a ainsi procédé est entachée d'arbitraire (art. 9 Cst.; ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 p. 376; 136 I 229 consid. 5.3 p. 236; 131 I 153 consid. 3 p. 157). La garantie constitutionnelle précitée n'empêche pas non plus l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant

d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; ATA/1059/2017 du 4 juillet 2017 consid. 2).

Par ailleurs, le droit d'être entendu n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA; ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148; arrêt du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 et les arrêts cités; ATA/465/2017 du 25 avril 2017 consid. 4a).

En l'espèce, le recourant a pu se déterminer dans son recours et dans ses écritures subséquentes, si bien qu'il n'est pas nécessaire de procéder à son audition. Par ailleurs, il n'est pas contesté par le département que le recourant exerce sa profession dans le canton de Genève. Enfin, le département a produit l'entier du dossier relatif à sa demande d'inscription permanente au tableau des MPQ en qualité d'architecte. Le dossier soumis à la chambre administrative est donc complet et lui permet de statuer sur l'objet du litige en toute connaissance de cause, étant précisé que le recourant a renoncé à solliciter les autres pièces requises dans un premier temps.

La requête sera écartée.

L'objet du litige consiste à déterminer si c'est à bon droit que le département a refusé au recourant son inscription permanente au tableau des MPQ en qualité d'architecte dans le canton de Genève.

L'exercice de la profession d'architecte n'étant pas régi par le droit fédéral, il convient d'examiner ce que prévoit le droit cantonal.

La LPAI a pour objet de réglementer l'exercice indépendant de la profession d'architecte ou d'ingénieur civil ou de professions apparentées sur le territoire du canton de Genève. L'exercice de cette profession est restreint, pour les travaux dont l'exécution est soumise à autorisation en vertu de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05), aux MPQ reconnus par l'État (art. 1 LPAI).

Il est dressé un tableau des mandataires qui est tenu à jour et rendu public (art. 2 LPAI).

À teneur de l'art. 3 LPAI, l'inscription au tableau est soumise aux conditions de justifier de capacités professionnelles suffisantes (al. 1 let. a), d'avoir un domicile professionnel dans le canton (al. 1 let. b) et de n'avoir subi aucune condamnation criminelle ou correctionnelle pour des faits portant atteinte à la probité et à l'honneur (al. 1 let. c). L'inscription temporaire peut être accordée à des personnes domiciliées professionnellement hors du canton, mais remplissant les autres conditions prescrites à l'al. 1 (al. 3). L'inscription a lieu selon les modalités fixées par voie réglementaire; elle est prononcée par le département (al. 4).

L'art. 4 al. 1 let. a LPAI dans sa nouvelle teneur du 13 mai 2017 prévoit que justifient de capacités professionnelles suffisantes au sens de la LPAI les professionnels de l'ingénierie, de l'architecture et de l'environnement qui sont titulaires d'un diplôme de master délivré

par une école polytechnique fédérale, par une université ou par une haute école spécialisée suisses ou par une haute école étrangère dont les titres sont estimés équivalents, et justifiant d'une pratique suffisante de trois ans acquise après la fin de la formation professionnelle.

Selon l'art. 1 al. 1 RPAI, le département dresse et tient à jour le tableau des MPQ.

À teneur de l'art. 2 al. 1 RPAI, la demande d'inscription au tableau doit être adressée par écrit au département accompagnée des pièces justificatives utiles, notamment, les diplômes ou certificats attestant que le requérant possède les capacités professionnelles exigées par la loi (let. a), un titre de propriété ou un contrat de bail attestant qu'il dispose de locaux professionnels dans le canton (let. b), un extrait de casier judiciaire (let. c). Le département se prononce après avoir recueilli tous les avis nécessaires et entendu, au besoin, le requérant. La décision est notifiée par écrit (al. 2).

Le recourant soutient que la condition de domiciliation professionnelle dans le canton de Genève pour être inscrit de manière permanente au tableau des MPQ en qualité d'architecte viole la Cst. et la LMI.

a. De jurisprudence constante, la chambre administrative est habilitée à revoir, à titre préjudiciel et à l'occasion de l'examen d'un cas concret, la conformité des normes de droit cantonal au droit fédéral (ATA/614/2017 du 30 mai 2017 consid. 4; ATA/582/2015 du 9 juin 2015 consid. 5a et les arrêts cités; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif, vol. 1, 3ème éd., 2012, p. 345 ss n. 2.7.3). Cette compétence découle du principe de la primauté du droit fédéral sur le droit des cantons, ancré à l'art. 49 al. 1 Cst. (ATF 138 I 410 consid. 3.1 p. 414; ATA/43/2016 du 19 janvier 2016 consid. 4a). D'une manière générale, les lois cantonales ne doivent rien contenir de contraire à la Cst., ainsi qu'aux lois et ordonnances du droit fédéral (ATF 127 I 185 consid. 2 p. 187; ATA/43/2016 précité; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, 3ème éd., 2013, p. 786 n. 2337 ss). Le contrôle préjudiciel permet de déceler et de sanctionner la violation par une loi ou une ordonnance cantonales des droits garantis aux citoyens par le droit supérieur. Toutefois, dans le cadre d'un contrôle concret, seule la décision d'application de la norme viciée peut être annulée (ATA/614/2017 précité consid. 4; ATA/43/2016 précité; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, op. cit., p. 352 ss n. 2.7.4.2).

b. Aux termes de l'art. 27 Cst., la liberté économique est garantie (al. 1). Celle-ci comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (al. 2). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 128 I 19 consid. 4c aa; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 4.1; ATA/1019/2017 du 27 juin 2017 consid. 6a; ATA/554/2014 du 17 juillet 2014 et les références citées).

c. Selon l'art. 36 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale; les restric-

tions graves doivent être prévues par une loi; les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés (al. 1). Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et proportionnée au but visé (al. 3). L'essence des droits fondamentaux est inviolable (al. 4).

d. Les restrictions à la liberté économique peuvent prendre la forme de prescriptions cantonales instaurant des mesures de police proprement dites, mais également d'autres mesures d'intérêt général tendant à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien-être, telles que les mesures sociales ou de politique sociale. Ces restrictions cantonales doivent reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (ATA/1019/2017 précité consid. 6c; ATA/554/2014 précité).

Les restrictions cantonales à la liberté économique ne peuvent toutefois se fonder sur des motifs de politique économique et intervenir dans la libre concurrence pour favoriser certaines formes d'exploitation en dirigeant l'économie selon un certain plan, à moins que cela ne soit prévu par une disposition constitutionnelle spéciale (ATF 128 I 3 consid. 3a et b; ATF 125 I 209 consid. 10a et la jurisprudence citée; arrêt du Tribunal fédéral 1C_253/2013 du 1^{er} novembre 2013 consid. 3.2; ATA/1019/2017 précité consid. 6c; ATA/554/2014 précité et les références citées).

e. La LMI a pour but et objet de garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Selon l'art. 1 al. 2 LMI, cette loi vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse (let. a), à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché (let. b), à accroître la compétitivité de l'économie suisse (let. c) et à renforcer la cohésion économique de la Suisse (let. d). Par activité lucrative au sens de la présente loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI).

Selon l'art. 2 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement (al. 1). La Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques veillent à ce que leurs prescriptions et décisions concernant l'exercice d'activités lucratives garantissent les droits conférés par l'al. 1 (al. 2).

À teneur de l'art. 3 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (al. 1 let. a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (al. 1 let. b), répondent au principe de la propor-

tionnalité (al. 1 let. c). Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative (al. 2 let. c). Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (al. 3).

f. Selon les travaux préparatoires de la LPAI, la commission chargée d'examiner le projet de loi sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur avait maintenu, non sans quelques hésitations, l'exigence d'un domicile professionnel dans le canton (art. 3 al. 1 let. b) – sous réserve de l'inscription temporaire (al. 3) – combattue par l'Union patronale genevoise des architectes, ingénieurs et techniciens de la construction, qui avait produit une consultation juridique concluant à l'incompatibilité de cette condition avec l'art. 5 des Dispositions transitoires de l'ancienne Constitution fédérale.

Sans méconnaître qu'il s'agissait là d'une question de droit délicate, le conseiller d'État de l'époque chargé du département avait demandé le maintien de cette disposition, contenue pareillement d'ailleurs dans les lois vaudoises « (art. 3) » et neuchâteloise « (art. 130) » pour le triple motif que le département devait pouvoir aisément communiquer avec un mandataire qui n'était pas éloigné, le cas échéant, de plusieurs centaines de kilomètres et qui connaissait la législation genevoise, déjà fort complexe, que les prestations « direction générale des travaux » et « conduite du chantier » impliquaient une présence quasi permanente sur les lieux de l'ouvrage en construction et que le mandataire qui exerçait une activité régulièrement dans le canton de Genève pouvait aisément créer un domicile professionnel secondaire dans le canton.

La commission s'était ralliée à ce point de vue (MGC 1982/IV p.5209).

g. Dans sa jurisprudence (ATF 116 la 355 consid. 3), le Tribunal fédéral a considéré que l'obligation faite aux architectes de se constituer un domicile professionnel dans le canton de Neuchâtel (art. 130 de la loi neuchâteloise sur les constructions du 12 février 1957, dans sa version du 22 novembre 1978 - RSN LC) était inconstitutionnelle, et cela même si une autorisation particulière pouvait être obtenue de l'autorité en application de l'art. 133 de ladite loi.

Soumettre l'inscription dans le registre neuchâtelois des architectes reconnus, et, partant, le libre exercice de la profession dans ce canton, à la condition de s'y être créé un domicile professionnel, ne respectait pas le principe de la proportionnalité. Une pareille restriction à la liberté du commerce et de l'industrie n'était pas apte à atteindre le but visé par la loi cantonale qui était de garantir de la part des architectes reconnus un minimum d'expérience pratique des exigences légales et réglementaires du canton.

h. En l'espèce, force est de constater que l'art. 3 al. 1 let. b LPAI est en tout point similaire à la disposition du canton de Neuchâtel déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal fédéral.

Il en découle que les motifs de l'arrêt précité peuvent être repris dans la présente cause.

Bien que dans sa réponse du 18 avril 2017 le département n'ait pas indiqué d'intérêt public à ce que l'architecte souhaitant être inscrit de façon permanente au tableau des MPQ soit domicilié professionnellement dans le canton de Genève, la chambre de céans fera les remarques suivantes.

Comme dans la cause neuchâteloise, l'exigence d'un domicile professionnel sur le territoire genevois n'est pas un moyen qui permettrait de garantir que l'architecte dispose des connaissances pratiques nécessaires. Tout architecte, domicilié professionnellement dans le canton de Genève ou en dehors du canton, ne peut acquérir des connaissances pratiques que par l'exécution des mandats qui lui sont confiés. De même, le fait d'être domicilié professionnellement dans un canton tiers n'empêche pas un architecte bien organisé d'assumer efficacement la surveillance des chantiers qui lui sont confiés, à plus forte raison lorsqu'il réside à quelques kilomètres du lieu où s'exerce cette surveillance et de connaître parfaitement les réglementations en vigueur. Cela est d'autant plus vrai que s'agissant du recourant, celui-ci a son domicile professionnel à Lausanne et son domicile civil dans le canton de Genève. Ainsi, l'exigence d'un domicile professionnel ne donne pas l'assurance en tant que telle que l'architecte reconnu est un professionnel ayant une expérience pratique des exigences légales et réglementaires du canton.

Par ailleurs, si l'architecte en cause est jugé incapable, la CAI peut ordonner la radiation provisoire du tableau pour une durée maximum de deux ans (art. 13 al. 1 let. c LPAI). Quant au Conseil d'État, celui-ci peut ordonner la radiation provisoire pour une durée supérieure à deux ans ou la radiation définitive (art. 13 al. 2 LPAI cum art. 5 al. 2 let. b LPAI).

Dans ces conditions il n'est pas besoin d'imposer en plus à l'architecte qui est établi à l'extérieur du canton de Genève mais qui désire y travailler, de choisir entre la constitution d'un domicile professionnel dans le canton (art. 3 al. 1 let. b LPAI), avec les frais que cela comporte et la complication de demander de cas en cas des autorisations temporaires (art. 3 al. 3 LPAI) qui lui seront toujours accordées, s'il s'est révélé compétent et s'il n'a subi aucune condamnation criminelle ou correctionnelle pour des faits portant atteinte à la probité et à l'honneur.

Quant au fait de devoir pouvoir aisément communiquer avec un architecte qui ne soit pas éloigné, ce problème peut être résolu grâce aux moyens modernes de communication.

Il sied aussi de relever que le canton de Vaud a abrogé l'art. 3 de la loi sur la profession d'architecte du 13 décembre 1966 (LPrA - VD 705.41), dont il est question dans le MGC 1982/IV p.5209, le 7 avril 1998 et que le canton de Neuchâtel n'a pas repris l'obligation faite aux architectes de se constituer un domicile professionnel dans le canton dans la loi sur le registre neuchâtelois des architectes, des ingénieurs civils, des urbanistes et des aménagistes du 25 mars 1996 (Loi sur le registre - RSN 721.0).

Il en découle que l'obligation d'avoir un domicile professionnel dans le canton de Genève pour un architecte souhaitant être inscrit de manière permanente au tableau des MPQ du canton contrevient au principe de la proportionnalité et, partant, à l'art. 27 Cst.

Compte tenu de cette conclusion, la question de savoir si la restriction viole aussi le principe de l'égalité de traitement peut demeurer ouverte.

En outre, force est de constater que l'exigence d'un domicile professionnel dans le canton est contraire à l'art. 3 al. 2 let. c LMI. La possibilité d'obtenir une inscription temporaire n'y change rien, ce qu'a d'ailleurs pertinemment relevé la COMCO dans ses recommandations.

Les griefs seront admis.

Comme vu supra, le requérant doit transmettre au département un extrait de son casier judiciaire avec sa demande d'inscription (art. 2 al. 1 let. c RPAI).

Il est vrai que le RPAI ne précise pas la durée de validité de l'extrait du casier judiciaire sollicité; toutefois cette problématique peut souffrir de rester indéfinie.

En effet, force est de constater que le recourant a produit un extrait de son casier judiciaire actualisé datant du 19 mai 2017.

Son casier étant vierge, le recourant remplit la condition prévue par l'art. 3 al. 1 let. c LPAI. Quant aux capacités professionnelles suffisantes, celles-ci n'ont jamais été remises en cause par le département, de sorte qu'on peut partir du principe que la condition de l'art. 3 al. 1 let. a LPAI est également réalisée.

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis.

Dans la mesure où l'on se trouve dans le cadre d'un contrôle concret d'une norme de droit cantonal, seule la décision du département du 10 février 2017 sera annulée. Il sera ordonné au département d'inscrire le recourant, de manière permanente, au tableau des MPQ du canton de Genève en qualité d'architecte.

Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'État de

Genève, sera allouée au recourant qui y a conclu et qui s'est fait assister d'un mandataire (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme:

déclare recevable le recours interjeté le 13 mars 2017 par Monsieur A_____ contre la décision du département de l'aménagement, du logement et de l'énergie du 10 février 2017;

au fond:

l'admet;

annule la décision du 10 février 2017 du département de l'aménagement, du logement et de l'énergie;

ordonne au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie d'inscrire, de manière permanente, Monsieur A_____ au tableau des mandataires professionnellement qualifiés du canton de Genève en qualité d'architecte;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Monsieur A_____, à la charge de l'État de Genève;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi;

communique le présent arrêt à Me [...], avocat du recourant, au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

B 7

3. Decisione del 27 febbraio 2018 del Tribunale cantonale amministrativo

Decisione 52.2016.592 del 27 febbraio 2018 del Tribunale cantonale amministrativo statuendo sul ricorso 22 novembre 2016 della Commissione della concorrenza (COMCO) contro la decisione 13 settembre 2016 della commissione di vigilanza sulle imprese artigianali la ditta [...], [...] per la categoria professionale "opere da falegname".

ritenuto

In fatto

A. La [...] è una ditta con sede a [...] nel Canton Lucerna, attive principalmente nei settori della fabbricazione di finestre, gelosie, porte, nonché della realizzazione di opere di falegnameria in generale.

Il 16 giugno 2016 essa ha inoltrato alla commissione di vigilanza sulle imprese artigianali (nel seguito: CV-LIA), una domanda d'iscrizione all'albo delle imprese istituito della legge sulle imprese artigianali del 24 marzo 2015 (LIA, RL 7.1.5.4), per la categoria professionale "opere da falegname".

Mediante decisione del 13 settembre 2016, la CV-LIA ha accolto la domanda, ponendo a carico della ditta istante le relative tasse e spese di procedura.

B. Il 12 ottobre 2016, la Segreteria della COMCO ha interpellato la CV-LIA, invitandola a fornirle informazioni in merito allo stato e all'esito delle procedure di autorizzazione riguardanti le domande di iscrizione all'albo delle imprese artigianali presentate da ditte con sede in Svizzera, al di fuori del Cantone Ticino.

In risposta a questo scritto, il 20 ottobre 2016 la CV-LIA ha trasmesso alla Segreteria della COMCO copia delle decisioni riguardanti 16 domande di iscrizione di imprese extracantonali, tra cui anche quelle concernente la [...].

C. Preso atto di ciò, il 22 novembre 2016 la COMCO è insorta davanti al Tribunale cantonale amministrativo avverso quest'ultima risoluzione per chiedere che sia accertato che la medesima limita in modo illecito l'accesso al mercato della ditta in questione. La ricorrente si duole in sostanza della violazione della legge federale sul mercato interno del 6 ottobre 1995 (LMI, RS 943.02) da parte della CV-LIA. Innanzitutto sostiene che l'obbligo previsto dalla LIA di iscriversi ad un albo professionale per poter esercitare in Ticino un'attività nel settore artigianale costituisce, ad essa sola, una restrizione del libero accesso al mercato. Oltretutto la procedura e i requisiti materiali previste dalla LIA per poter ottenere l'iscrizione all'albo delle imprese impongono un carico amministrativo oneroso ed elevato, che ritarda e rende più complessa e dispendiosa l'offerta di servizi e prestazioni di lavoro da parte delle ditte artigianali con sede fuori Cantone. Afferma quindi che nel Canton Lucerna, dove ha sede, la [...] non è tenuta ad ottenere alcuna autorizzazione per poter offrire le proprie prestazioni e men che meno il suo titolare deve dimostrare di disporre di specifici titoli di studio o di una particolare

esperienza professionale minima. In base al principio del luogo di origine, sancito dall'art. 2 cpv. 1 e 3 LMI, la [...] ha dunque il diritto di svolgere temporaneamente la propria attività in Ticino in base alle prescrizioni vigenti nel Canton Lucerna, senza dover dimostrare, come ha fatto, di adempiere i requisiti professionali di cui agli art. 6 cpv. 1 LIA e 5 cpv. 1 del regolamento di applicazione della legge sulle imprese artigianali del 20 gennaio 2016 (RLIA; RL 7.1.5.4.1). Anche il fatto di esigere che essa adempia i requisiti personali di cui all'art. 7 LIA e disponga di una copertura assicurativa violerebbe il suddetto principio, visto che nel suo Cantone d'origine la [...] non soggiace all'adempimento di simili condizioni. Alla stessa stregua, la COMCO sostiene che la ditta in questione è tenuta soltanto al rispetto di quei contratti collettivi di lavoro che dovessero sussistere nei suoi settori di attività nel Canton Lucerna, sempre che ne sia firmataria o che gli stessi abbiano carattere obbligatorio generale. La ricorrente si duole poi anche della tassa di iscrizione che è stata posta a carico della [...] e di quella annuale di tenuta a giorno dell'albo che le sarà richiesta in avvenire, le quali costituirebbero a loro volta una restrizione del libero accesso al mercato. Secondo la COMCO, inoltre, la CV-LIA non avrebbe sovvertito la presunzione legale di equivalenza delle normative cantonali in gioco, sancita dall'art. 2 cpv. 5 LMI. L'insorgente contesta pure che in concreto siano date le condizioni previste dall'art. 3 cpv. 1 e 2 LMI per poter ammettere una restrizione del principio del libero accesso al mercato. A questo proposito rileva come i motivi di politica economica perseguiti della LIA non costituiscano un interesse pubblico preponderante e, quand'anche lo fossero, le condizioni imposte da questa legge per poter svolgere un'attività artigianale in Ticino sarebbero in ogni caso del tutto sproporzionate. Infine la ricorrente si duole anche della violazione dell'art. 3 cpv. 4 LMI, non avendo potuto la [...] beneficiare di una procedura d'autorizzazione semplice, rapida e gratuita.

D. All'accoglimento del gravame si è opposta la CV-LIA, adducendo una serie di argomentazioni di cui si dirà, per quanto necessario, in seguito.

Dal canto suo la [...], seppur invitata ad esprimersi, è rimasta silente.

E. In sede di replica e di duplice le parti hanno ribadito e sviluppato le loro opposte tesi riconfermandosi nelle rispettive conclusioni e domande di giudizio.

Considerato,

in diritto**1.**

1.1. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data e discende dall'art. 23 LIA.

1.2. La legittimazione della COMCO a ricorrere è pacifica. A questo proposito occorre infatti rilevare che, giusta l'art. 89 cpv. 2 lett. d della legge sul Tribunale federale

del 17 giugno 2005 (LTF; RS 173.110), hanno diritto di interporre ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale le persone, le organizzazioni e le autorità legittimate in virtù di un'altra legge federale. Un simile diritto spetta alla COMCO in virtù dell'art. 9 cpv. 2^{bis} LMI. Essa può in effetti inoltrare ricorso per far constatare che una decisione limita in modo inammissibile l'accesso al mercato. Nella misura in cui detta autorità è legittimata a ricorrere davanti al Tribunale federale, essa può anche avvalersi dei rimedi di diritto previsti dal diritto cantonale e, in quanto ne faccia richiesta, partecipare ai procedimenti davanti alle autorità cantonali (art. 111 cpv. 2 LTF).

1.3 Ne discende che il gravame, tempestivo poiché inoltrato entro trenta giorni dalla notifica alla COMCO della decisione impugnata (art. 68 cpv. 1 legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAmM; RL 3.3.1.1), è ricevibile in ordine e può essere evaso sulla base degli atti, senza istruttoria (art. 25 LPAmM).

2.

2.1. La LMI garantisce ad ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). Essa ha, tra le altre cose, lo scopo di facilitare la mobilità professionale e gli scambi economici in Svizzera (art. 1 cpv. 2 lett. a LMI). Sebbene i concetti di "domicilio" e di "sede" non siano specificati dalla legge, la giurisprudenza ha già avuto modo da tempo di chiarire che con i medesimi vanno intesi il domicilio e la sede commerciali (DTF 125 I 276 consid. 4b).

2.2. La [...] è una ditta con sede sociale a [...] dove si trovano pure i suoi uffici e il suo stabilimento di produzione. Da oltre 70 anni essa esercita dunque nel Canton Lucerna la propria attività nei settori della fabbricazione di finestre, gelosie, porte, nonché della realizzazione di opere di falegnameria in generale. In questo Cantone dispone pertanto di un domicilio, rispettivamente di una sede, ai sensi della LMI. Pacifica appare quindi l'applicabilità di questa legge alla presente fattispecie, la quale denota una chiara connotazione intercantonale, considerato come la [...] offra i propri servizi anche nel Cantone Ticino.

3.

3.1. L'art. 2 LMI sancisce il principio del libero accesso al mercato, giusta il quale ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione, se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel Cantone o nel comune di domicilio o di sede (cpv. 1). L'offerta di merci, servizi e prestazioni di lavoro, soggiunge la norma (cpv. 3), è retta dalle prescrizioni del Cantone o del comune di domicilio o di sede dell'offerente. Inoltre, che esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e, fatto salvo l'art. 3 LMI, di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio, anche in caso di cessazione dell'attività nel luogo del primo domicilio (cpv. 4). Nell'applicazione dei principi appena esposti le normative cantonali o co-

munali concernenti l'accesso al mercato sono considerate equivalenti (cpv. 5).

La libertà d'accesso al mercato costituisce un diritto individuale o soggettivo, che può essere invocato da ogni persona fisica o giuridica che esercita un'attività lucrativa, a condizione naturalmente che, come già visto sopra (consid. 2.1), abbia il proprio domicilio o la propria sede in Svizzera (MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier [a cura di], Droit de la concurrence, 2° ed., Basilea 2013, no 12 e segg. Ad art. 2 I-VI LMI).

3.2. Alla luce delle norme che precedono e dei principi che ne scaturiscono, la [...], alla stessa stregua di qualsiasi altra impresa artigianale con sede in Svizzera, dispone dunque in linea di principio del diritto, conferitole dall'ordinamento federale, di offrire i suoi servizi e le sue prestazioni di lavoro al di fuori del suo Cantone di origine, nonché, se lo volesse, di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio nazionale con delle proprie rappresentanze e di operare attraverso le medesime, in base alle prescrizioni vigenti nel luogo in cui si trova la sua sede principale, vale a dire il Canton Lucerna. In questo senso essa dovrebbe dunque poter essere attiva in Ticino, secondo le regole che disciplinano la sua attività nel suo Cantone di sede, dove, alla stessa stregua di quanto avviene nel resto della Confederazione Svizzera, per quanto attiene al settore artigianale qui in discussione, non vige alcun regime autorizzativo, né sono previste particolari condizioni o restrizioni legali per poter svolgere questo genere di professione. Pertanto, nella misura in cui nel Canton Lucerna la [...] può esercitare liberamente la sua attività aziendale, la stessa cosa dovrebbe in linea di principio valere automaticamente anche in Ticino. Contrariamente a quanto rilevato dalla CV-LIA nei suoi allegati, il semplice fatto che nel Canton Lucerna il settore artigianale in cui è attiva la [...] non sia assoggettato ad alcuna specifica regolamentazione non influisce in nessun modo sul suo diritto di offrire le proprie prestazioni anche in Ticino e di esercitare tale attività in base alle condizioni vigenti nel luogo d'origine (THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch [a cura di], Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2a ed., Basilea 2007, pag. 423, n. 48; NICOLAS F. DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, Zurigo/San Gallo 2016, n. 1231 con riferimenti; BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n. 83 ad art. 2 I-VI LMI; STF 2C_844/2008 del 15 maggio 2009 consid. 3.1 e segg., la quale conferma la STA 52.2008.175-185 del 10 ottobre 2008 pubblicata in R DAT II-2000 n. 45). La libertà d'accesso al mercato è infatti sottoposta alla sola condizione che l'attività svolta dall'offerente esterno nel suo Cantone d'origine sia lecita per rapporto all'ordinamento in vigore (BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n. 25 ad art 2 I-VI LMI).

Le differenti condizioni poste dai regimi normativi vigenti nei Cantoni di Lucerna e del Ticino per quanto attiene all'esercizio di un'attività artigianale nel settore delle opere da falegname vanno prese in considerazione unicamente per verificare se nel caso specifico sia valida o meno la presunzione di equivalenza - sancita dall'art. 2 cpv. 5 LMI - tra le legislazioni cantonali in parola, in modo tale da stabilire se alla ditta interessata possano eventualmente essere imposte delle restrizioni al princi-

pio del libero accesso al mercato sotto forma di oneri o di condizioni, così come previsto dall'art. 3 LMI (vedi in seguito consid. 4.2).

Il richiamo della resistente alla DTF 125 1 322 consid. 4 per cercare di sostenere il contrario non è pertinente, in quanto omette di considerare che tale giudizio è stato emanato allorché non era ancora stata adottata la profonda revisione a cui è stata sottoposta il 16 dicembre 2005 la LMI, la quale ha per l'appunto comportato l'estensione al domicilio professionale del principio - sancito dal suo art. 2 cpv. 1 - del libero accesso al mercato secondo le disposizioni del luogo d'origine. In ogni caso nella presente fattispecie non è in discussione la libertà di stabilimento sancita dall'art. 2 cpv. 4 LMI, bensì la libertà di prestare i propri servizi sancita dai combinati cpv. 1 e 3 della medesima norma. Nemmeno dalla DTF 128 I 92, pure citata dalla CV-LIA, può essere dedotto alcunché a sostegno delle tesi avanzate da quest'ultima. Tale decisione riguarda infatti una fattispecie, sprovvista di qualsiasi connotazione intercantonale, in materia di controllo astratto di una normativa cantonale, che non affronta assolutamente la questione dell'accesso al mercato di un offerente esterno, limitandosi unicamente a rilevare come dalla LMI non possa essere dedotto alcun obbligo per il legislatore cantonale di tener conto delle regolamentazioni previste dagli altri Cantoni quando si tratta di definire le condizioni per il rilascio di una prima autorizzazione all'esercizio di una determinata professione. Secondo l'Alta Corte federale, non spetta infatti al diritto interno cantonale, ma alla LMI, disciplinare le questioni relative alla libera circolazione all'interno della Svizzera. Da questa sentenza, contrariamente a quanto sostenuto dalla CV-LIA, non può quindi affatto essere dedotta, nemmeno indirettamente, la regola - peraltro contraria allo spirito della LMI - seconde cui, se nel Cantone d'origine è assente ogni regolamentazione, allora di conseguenza nel Cantone di destinazione gli offerenti esterni sono assoggettabili alle norme professionali qui vigenti.

Infine si deve rilevare che è vero che, come mostra anche il caso in esame, la legge sul mercato interno potrebbe portare un allentamento dei requisiti necessari per esercitare talune professioni, imponendo o comunque favorendo un allineamento alle condizioni richieste dai Cantoni meno rigorosi (cfr. BU 2005 CN 874 [intervento Nordmann]). Questi effetti sono tuttavia inevitabilmente conseguenti all'espressa volontà del legislatore di favorire l'accesso libero e non discriminato al mercato su tutto il territorio della Confederazione (art. 1 cpv. 1 LMI), tenendo conto delle esigenze poste dai singoli Cantoni soltanto - come si vedrà meglio in seguito (considerando 4) - entro i limiti dell'art. 3 LMI ed impedendo così restrizioni che costituiscono barriere dissimulate all'accesso al mercato, ai sensi dell'art. 3 cpv. 3 LMI, volte a favorire interessi economici locali (STF 2C_844/2008 del 15 maggio 2009 consid. 4.5).

3.3.

3.3.1. A differenza di quanto avviene nel Canton Lucerna, in Ticino l'esercizio di talune attività artigianali, tra le quali rientra pure quella svolta dalla [...] (cfr. cifra 2 dell'allegato RLIA), è disciplinato dalla LIA. Questa legge è stata adottata a larga maggioranza dal Gran Consiglio

della Repubblica e Cantone Ticino il 24 marzo 2015, il quale ha così dato seguito ad un'iniziativa parlamentare che era stata presentata il 5 novembre 2012 nella forma elaborata dal deputato Paolo Pagnamenta e cofirmatari, ed è poi entrata in vigore il 1° febbraio 2016. Dai materiali legislativi emerge in particolare che tale normativa è stata introdotta con l'obiettivo di *"aumentare il controllo dello Stato nel settore dell'artigianato e migliorare in tal modo la qualità dei lavori e la prevenzione degli abusi"* (Messaggio n. 6999 dell'11 novembre 2014 sull'iniziativa parlamentare 5 novembre 2012 presentata in forma elaborata da Paolo Pagnamenta e cofirmatari per una nuova legge sull'esercizio della professione di imprenditore nel settore artigianale, pag. 1). Il legislatore cantonale ha quindi in questo modo inteso rispondere *"alla necessità di tutelare la qualità dei lavori delle imprese artigianali che operano sul nostro territorio nonché al manifesta bisogno di assicurare maggiori controlli in un settore, come quello delle imprese artigianali, che a tutt'oggi soffre in modo particolare il massiccio afflusso di lavoratori frontalieri, fornitori di prestazioni indipendenti esteri e lavoratori distaccati"* (Messaggio cit., pag. 2), sottolineando al contempo che *"la necessità di avere nell'ambito delle imprese artigianali una chiara regolamentazione è mirata ad assicurare un adeguato controllo pubblico in un settore ove sono sempre più richiesti elevati standard di sicurezza e qualità del lavoro"* (Rapporto n. 6999R del 4 marzo 2015 della Commissione della legislazione, pag. 2).

3.3.2. Per quanto d'interesse ai fini della presente vertenza, va rilevato che, giusta l'art. 1 LIA, la legge in parola si prefigge di favorire la qualità dei lavori delle imprese artigianali che operano sul territorio cantonale, di migliorare la sicurezza dei lavoratori e di prevenire gli abusi nell'esercizio della concorrenza. A garanzia di questi scopi, la stessa istituisce un albo delle imprese artigianali (art. 3 LIA). Giusta l'art. 4 cpv. 1 LIA, le imprese artigianali hanno diritto a essere iscritte a tale albo se dispongono dei requisiti professionali e personali stabiliti dagli art. 6 e 7 LIA. I requisiti professionali per l'iscrizione delle imprese artigianali sono definiti dal Consiglio di Stato in base ai vigenti percorsi formativi federali e cantonali (art. 6 cpv. 1 LIA). Il Consiglio di Stato può sostituire l'esigenza di determinati titoli di studio con una sufficiente esperienza lavorativa come pure richiedere, in aggiunta, un'adeguata pratica professionale quale dirigente di cantiere (art. 6 cpv. 2 LIA). Al fine di concretizzare quanto disposto da quest'ultima norma, l'art. 5 RLIA stabilisce che i requisiti professionali (titoli di studio e pratica professionale) richiesti per l'iscrizione all'albo ai sensi dell'art. 6 della legge nonché i titoli di studio minimi per la partecipazione alle procedure libere o selettive previste dalla legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 7.1.4.1) sono stabiliti in un allegato allo stesso regolamento (cpv. 1). Ai fini dell'iscrizione, soggiunge il cpv. 2 della norma, può essere considerato titolare o membro dirigente effettivo soltanto colui che partecipa effettivamente alla gestione della società mediante una presenza di almeno il 50% della normale durata del lavoro, la rappresenta e ne garantisce l'adempimento degli obblighi di cui all'art. 9 LIA. Per la pratica professionale sono computati gli anni di lavoro effettivamente svolti nella categoria professionale interessata a far tempo dal conseguimento del titolo di stu-

dio richiesto; in casi particolari possono essere ammesse delle deroghe, segnatamente quando un detentore del titolo di studio richiesto dimostri adeguate conoscenze imprenditoriali e del contesto economico cantonale (cpv. 3). I titolari dei requisiti di cui all'art. 6 LIA devono inoltre adempiere le condizioni personali stabilite dall'art. 7 LIA, ovvero avere l'esercizio dei diritti civili (lett. a), non avere subito, in Svizzera o all'estero, condanne penali per atti contrari alla dignità professionale (lett. b), godere di ottima reputazione (lett. c), non essere gravati da attestati di carenza beni e non essere stati, negli ultimi cinque anni, dichiarati in fallimento (lett. d) e non essere stati oggetto, negli ultimi cinque anni, di decisioni di revoca dell'autorizzazione a esercitare la professione da parte delle competenti autorità (lett. e).

A titolo di norma transitoria, l'art. 24 cpv. 1 LIA prevede che il diritto all'iscrizione di cui all'art. 4 LIA è pure conferito alle imprese artigianali attive all'entrata in vigore di questa legge che dimostrano di ossequiare i requisiti previsti dall'art. 7 LIA e di esercitare in Svizzera la medesima attività da almeno cinque anni.

In caso di violazione di tali disposizioni sono comminati l'ammonimento, la sanzione pecuniaria sino a fr. 30'000.- oppure la sospensione o la radiazione dall'albo, rispettivamente, in caso di esercizio abusivo della professione senza preventiva iscrizione all'albo delle imprese, la multa sino a un importo massimo di fr. 50'000.- (art. 20 e 22 LIA).

Il regolamento di applicazione stabilisce poi che unicamente le imprese che svolgono lavori artigianali nei settori professionali indicati nel suo allegato sono assoggettate alla LIA (art. 1 RLIA). La richiesta d'iscrizione dev'essere corredata da una serie di documenti e certificati meglio specificati agli art. 4 e 5 RLIA. Infine, ogni impresa iscritta all'albo è tenuta a presentare annualmente alla CV-LIA un ulteriore articolato documento a comprova segnatamente del pagamento degli oneri sociali, del rispetto del contratto collettivo di lavoro certificato dalla competente commissione paritetica e delle coperture assicurative per le conseguenze della responsabilità civile professionale dell'impresa (art. 9 RLIA).

L'art. 19 cpv. 1 LIA prevede quindi che le iscrizioni, le modifiche e la tenuta a giorno dell'albo sono soggette a una tassa secondo le modalità stabilite nel regolamento. Per le iscrizioni e le modifiche la tassa può ammontare al massimo a fr. 2'000.-, per la tenuta a giorno a fr. 500.- all'anno. L'art. 11 RLIA stabilisce quindi che dette tasse ammontano per l'iscrizione a fr. 600.- e per la tenuta a giorno a fr. 400.- all'anno per categoria professionale (cpv.1), ritenuto che, per le imprese che chiedono di essere iscritte all'albo in più categorie, la tassa di iscrizione corrisponde all'importo di base di fr. 600.- più fr. 300.- per categoria (cpv.2).

Rimangono riservati, soggiunge il cpv. 2bis della medesima norma, i disposti della LMI, nel senso che è possibile prescindere dal prelievo delle tasse di iscrizione e di tenuta a giorno per i richiedenti aventi sede o domicilio in un altro Cantone, nella misura in cui gli stessi sono abilitati ad operare nel loro Cantone di origine e rispettano i requisiti degli art. 6 e 7 LIA.

3.4. Ora, da quanto precede emerge in modo del tutto evidente che la LIA contempla una serie di restrizioni al principio del libero accesso al mercato, alle quali la [...], in quanto ditta con sede nel Canton Lucerna, ha dovuto assoggettarsi al fine di ottenere la qui avversata decisione di iscrizione all'albo delle imprese artigianali, così da poter svolgere la sua attività imprenditoriale in quest'ultimo Cantone (art. 2 cpv. 3 LMI), senza incorrere in sanzioni. A questo proposito occorre in effetti convenire con la commissione ricorrente sul fatto che già il semplice obbligo, previsto dall'art. 4 cpv. 1 LIA, di iscriversi con effetto costitutivo e non semplicemente dichiarativo (cfr. art. 7 RLIA) ad un albo al fine di ottenere l'autorizzazione ad esercitare una determinata professione in ambito artigianale, pena in caso contrario l'avvio di un procedimento penale (art. 22 LIA), ha certamente ostacolato la [...] nella sua libertà di circolazione. Limitazione che appare poi ancor più evidente se si considera che tale iscrizione ha potuto avere luogo solo previa presentazione su apposito modulo di un'istanza alla quale la richiedente ha dovuto allegare i numerosi documenti esattissimi dall'art. 4 RLIA. Se raffrontati alle condizioni di assoluta libertà con cui la [...] è legittimata ad operare nel suo Cantone d'origine, anche i severi requisiti professionali e personali imposti dagli art. 6 LIA e 5 RLIA nonché dall'art. 7 LIA, che essa ha dovuto dimostrare di ossequiare, costituiscono, a non averne dubbio, delle restrizioni d'accesso al mercato ticinese per questa ditta (NICOLAS F. DIEBOLD, *Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit*, in: *Recht* 2015, pag. 209 e segg. e in particolare pag. 212 e segg.). Analoghe conclusioni si impongono anche per quanto attiene all'obbligo previsto dall'art. 9 lett. c LIA di rispettare le disposizioni dei CCL vigenti nel Cantone Ticino, ritenuto che, in base al principio del luogo d'origine, la [...] dovrebbe di massima tener conto per la propria attività sull'intero territorio svizzero unicamente di eventuali CCL che dovessero vigere nel Canton Lucerna, sempre che ne sia firmataria o che agli stessi sia stato conferito carattere obbligatorio generale, ai sensi della relativa legge federale del 28 settembre 1956 (RS 221.215.311). Nella misura in cui la [...] esercita poi la propria attività nel suo Cantone di sede senza dover versare alcuna tassa d'autorizzazione, anche il fatto che essa abbia dovuto versare alla CV-LIA un importo di fr. 3'400.- (recte: fr. 600.-) soltanto per ottenere la propria iscrizione all'albo delle imprese artigianali e poter quindi fornire i propri servizi in Ticino costituisce un chiaro ostacolo alle libertà sopra menzionate, scaturenti dalla LMI. Sempre in quest'ottica la ricorrente rileva anche il carattere limitativo dell'obbligo di disporre di una sufficiente copertura assicurativa. Senonché nel caso di specie la questione appare superata dalle circostanze, poiché sotto questo profilo non si pone in concreto alcun problema. A prescindere dal fatto che il requisito in questione desta non pochi interrogativi dal punto di vista del rispetto del principio della legalità, visto che è contemplato unicamente a livello di regolamento (art. 4 cpv. 2 lett. d e 9 cpv. 2 lett. c RLIA) senza che nessuna norma nella LIA vi faccia il minimo accenno, si deve infatti considerare come la [...], sebbene non sia obbligata da nessuna disposizione vigente nel suo Cantone d'origine, disponga comunque su base volontaria di una assicurazione responsabilità civile per le imprese con una copertura di fr. 10'000'000.-.

4.

4.1. Il principio del libero accesso al mercato, sancito dall'art. 2 LMI, non è assoluto. Come sopra accennato, l'art. 3 LMI prevede infatti la possibilità di eccezionalmente limitare il medesimo, sempre che naturalmente la presunzione di cui all'art. 2 cpv. 5 LMI, secondo cui le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato sono equivalenti, sia stata confutata. In questi casi agli offerenti esterni non può comunque semplicemente venir negato il diritto di accedere liberamente al mercato. Eventuali limitazioni devono essere adottate sotto forma di condizioni e oneri a patto che si applichino nella stessa misura anche agli offerenti locali, risultino indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti e siano conformi al principio di proporzionalità (cpv. 1). Quest'ultimo, soggiunge il cpv. 2 dell'art. 3 LMI, è da ritenere violato se le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti (lett. a), se i certificati e gli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine sono sufficienti (lett. b), se il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione (lett. c) e se la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti (lett. d).

Le restrizioni ammissibili secondo il capoverso 1 non devono in alcun caso costituire una barriera dissimulata all'accesso al mercato, volta a favorire interessi economici locali (art. 3 cpv. 3 LMI).

4.2. In concreto non può sussistere alcuna ombra di dubbio sul fatto che non vi sia equivalenza, ai sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI, tra le normative dei Cantoni di Lucerna e del Ticino per quanta attiene alle disposizioni relative all'accesso al mercato nel settore artigianale qui in discussione. È vero che nella decisione con cui è stata accolta la domanda di iscrizione all'albo della [...] la CV-LIA non si è minimamente chinata sulla questione. Laddove però, come nel caso di specie, si è in presenza da un lato di un Cantone d'origine che per l'esercizio di una determinata professione non prevede particolari regole o condizioni e dall'altro di un Cantone di destinazione dove invece vige per il medesimo ambito un regime autorizzativo piuttosto restrittivo, come quello previsto dalla LIA, il sovvertimento della suddetta presunzione di equivalenza non necessita di particolari argomenti (STA 52.2008.175-185 del 10 ottobre 2008 confermata dal Tribunale federale mediante giudizio 2C_844/2008 del 15 marzo 2009 consid. 4.2; in questo senso si veda anche: NICOLAS F. DIEBOLD, *Freizügigkeit*, n. 1318). Il divario esistente tra i due sistemi normativi a confronto è infatti manifesto. Questa circostanza da sola non permette comunque ancora di affermare, come fa la CV-LIA, che nel Canton Lucerna non vi sia alcuna protezione degli interessi pubblici in gioco per il semplice fatto non è previsto un regime autorizzativo come quello instaurato dalla LIA.

4.3. Chiarito questo aspetto, si tratta a questo punto di esaminare se siano adempite le condizioni di cui all'art. 3 LMI per poter ritenere che le varie restrizioni al mercato previste dalla LIA, e di cui si è detto sopra (cfr. consid. 3.3), siano comunque legittime.

4.3.1. A questo proposito occorre innanzitutto rilevare che le restrizioni in questione si applicano sia agli offerenti locali, che agli offerenti esterni, per cui tra queste due categorie di amministrati non viene a crearsi alcuna disparità di trattamento, lesiva di quanto prescritto dall'art. 3 cpv. 1 lett. a LMI.

4.3.2. Assai più delicata risulta per contro la questione di sapere se tali restrizioni siano pure indispensabili al fine di tutelare interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 1 lett. b LMI) e se, oltre a ciò, rispettino il principio della proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI). A questo proposito occorre rilevare come entrambe queste condizioni siano strettamente legate alle nozioni di interesse pubblico e di proporzionalità sancite dall'art. 36 cpv. 2 e 3 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101), ritenuto comunque che i termini "*preponderante*" e "*indispensabile*" impiegati dal legislatore federale all'art. 3 cpv. 1 lett. b LMI impongono un'interpretazione più restrittiva del concetto di interesse pubblico rispetto a quando si tratta di valutare la legittimità di una limitazione della libertà economica ex art. 27 Cost. (DIEBOLD, *Freizügigkeit*, n. 194). Inoltre, occorre rammentare che il principio della proporzionalità impone in particolare che la misura restrittiva scelta sia idonea a raggiungere la scopo d'interesse pubblico ricercato (regola dell'idoneità) e che quest'ultimo non possa essere raggiunto scegliendo una misura meno incisiva (regola della necessità). Inoltre, esso vieta qualsiasi limitazione che ecceda lo scopo perseguito ed esige un rapporto ragionevole tra detto interesse e gli interessi pubblici o privati compromessi (principio della proporzionalità in senso stretto; DTF 141 I 20 consid. 6.2.1; STF 2C_121/2015 dell'11 dicembre 2015 consid. 9.1; BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n. 41 ad art. 3 LMI).

4.3.2.1. Innanzitutto, si deve escludere che la garanzia della "*qualità dei favori artigianali*", a cui si richiama l'art. 1 LIA, possa giustificare l'istituzione di un regime autorizzativo, sul modello di quello previsto da quest'ultima legge, che impone in modo indistinto il rispetto di tutta una serie di requisiti personali e professionali a numerose categorie d'attività assai diverse tra loro e peraltro definite solo a livello di regolamento e non in una legge in senso formale. In genere, si deve infatti considerare che i prodotti e i servizi offerti in ambito artigianale non implicano, a differenza di quanto avviene ad esempio per le professioni in ambito sanitario, legale o eventualmente finanziario, la necessità di tutelare in modo particolarmente accresciuto quegli ambiti - quali segnatamente la salute, la sicurezza, l'ordine, la quiete o la moralità pubblici, oppure la buona fede nei rapporti commerciali - che, secondo il Tribunale federale, potrebbero giustificare una restrizione della libertà economica da parte del legislatore cantonale al punto da legittimare l'introduzione di un obbligo autorizzativo improntato sul rispetto delle severe condizioni sopra esposte (in questo senso si veda anche STA 52.2016.569 del 20 novembre 2017 consid. 5.4 riferita per l'appunto al settore delle opere da falegnami qui in esame).

Si deve inoltre considerare che di norma le attività di natura artigianale non sono minimamente paragonabili, per quanto attiene soprattutto alle esigenze di tutela del pubblico dai rischi da esse generati, ai lavori di edilizia e genio civile assoggettati alla legge sull'esercizio della

professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione del 1° dicembre 1997 (LEPICOSC; RL 7.1.5.3), per i quali il Tribunale federale ha ammesso la possibilità di introdurre delle restrizioni alla libertà economica attraverso l'istituzione di un sistema autorizzativo a protezione del pubblico e dei committenti (cfr. STF 2C_81/2014 dell'11 agosto 2014 consid. 4.2).

Ben diverse rispetto a quello qui in discussione è inoltre il settore professionale disciplinato dalla legge cantonale sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto del 24 marzo 2004 (LEPIA; RL 7.1.5.1), a cui la resistente fa impropriamente riferimento. In quest'ultimo caso trattasi infatti di due professioni liberali che presuppongono l'acquisizione di conoscenze tecniche e scientifiche presso una scuola universitaria o di rango equivalente, per cui, seconde la giurisprudenza del Tribunale federale, si giustifica disciplinare l'accesso a tali professioni già per motivi di sicurezza legati all'esercizio delle medesime (STF 2C_41/2010 del 17 maggio 2010 consid. 6; DTF 116 la 355 consid. 3a con riferimenti).

Nemmeno la tutela dei consumatori di fronte alla difettosa esecuzione dei lavori commissionati ad un artigiano costituisce un interesse sufficientemente preponderante e indispensabile a giustificare le limitazioni imposte dalla LIA. In questi casi i committenti di opere artigianali non si trovano infatti confrontati con dei pregiudizi irreparabili e hanno comunque sempre la possibilità di fare valere, anche in sede giudiziaria, le pretese di garanzia che spettano loro in virtù del diritto contrattuale (NICOLAS F. DIEBOLD/FRÉDÉRIC BERTHOUD, *Das Tessiner Handwerksgesetz im Lichte des Freizügigkeitsrechts*, in: *Zeitschrift für Europarecht (EUZ)*, n. 6/2017, pag. 142 e segg. e in particolare pag. 145).

Dal profilo poi del principio della proporzionalità, si deve rilevare come i requisiti personali previsti dall'art. 7 LIA non siano nemmeno adeguati a garantire la qualità dei lavori. Non è in effetti dato di vedere come il fatto che il titolare di una ditta disponga dell'esercizio dei diritti civili, goda di buona reputazione o sia solvibile possa avere un qualsiasi influsso, anche solo indiretto, su tale aspetto. Diverse potrebbe essere il discorso per quanto attiene ai requisiti professionali previsti dagli art. 6 LIA e 5 RLIA (di parere contrario: DIEBOLD/BERTHOUD, op. cit., pag. 145), i quali però, come rettamente evidenziato dalla ricorrente, non possono essere ancora considerati indispensabili e necessari per il raggiungimento dello scopo perseguito.

4.3.2.2. Per quanto riguarda l'altro obiettivo a cui fa riferimento l'art. 1 LIA, vale a dire "*la sicurezza dei lavoratori*", si deve considerare che a questo proposito è dato in linea di principio un interesse pubblico che potrebbe giustificare delle limitazioni d'accesso al mercato. Senonché, a tale proposito occorre rilevare come la LIA non contenga nessuna norma materiale autonoma in questo ambito, limitandosi semplicemente a rinviare a quanto già previsto in materia di diritto del lavoro dall'ordinamento federale vigente. La LIA prevede comunque in caso di infrazioni alla legge stessa delle sanzioni disciplinari che possono arrivare sino al divieto di lavorare per un periodo imprecisato (art. 20 cpv. 1 lett. c). Siccome però nel nostro Paese la messa in atto del diritto del

lavoro è disciplinata in modo esaustivo dalle relative leggi esistenti a livello federale, tra cui in particolare la legge federale sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio del 13 marzo 1964 (LL; RS 822.11) con le relative ordinanze, nonché dalla legge federale concernente le misure collaterali per i lavoratori distaccati e il controllo dei salari minimi previsti nei contratti normali di lavoro dell'8 ottobre 1999 (legge sui lavoratori distaccati; LDist; RS 823.20), ai Cantoni non rimane in pratica più alcuno spazio per poter prevedere ulteriori misure sanzionatorie o d'esecuzione in questo specifico ambito (cfr. DIEBOLD/BERTHOUD, op. cit., pag. 145; DTF 143 I 403 consid. 7.5.2 con numerosi riferimenti giurisprudenziali).

A prescindere da questo aspetto, si deve poi aggiungere che, dal profilo della sicurezza dei lavoratori, le restrizioni imposte dalla LIA, pur contribuendo ad aumentare il controllo in questo settore, non appaiono ancora indispensabili, così come preteso dall'art. 3 cpv. 1 lett. b LMI. Come giustamente evidenziato dall'insorgente nei suoi allegati di causa, il diritto federale - e in particolare la LL, la LDist, la legge federale concernente i provvedimenti in materia di lotta contro il lavoro nero del 17 giugno 2005 (LLN; 822.41) - prevede già tutta una serie di strumenti e di istituti destinati sia alla tutela dei lavoratori, sia a combattere i fenomeni del dumping salariale e del lavoro nero. Spetta quindi in primo luogo alle autorità preposte all'applicazione di tali normative, e segnatamente in Ticino all'Ufficio dell'ispettorato del lavoro (UIL), all'Ufficio per la sorveglianza del mercato del lavoro e alla Commissione tripartita in materia di libera circolazione delle persone, fare uso di questi mezzi al fine di reprimere le situazioni irregolari senza che si renda necessario erigere degli ostacoli volti a preventivamente limitare le possibilità d'accesso al mercato delle ditte provenienti da fuori Cantone.

Certo, nella misura in cui, come visto sopra (cfr. consid. 3.4), in base al principio del luogo d'origine, la [...] dovrebbe di massima tener conto per la propria attività sull'intero territorio svizzero unicamente degli eventuali CCL in vigore nel Canton Lucerna, vi è il rischio che, in quanto offerente esterna, possa magari risultare favorita per rapporto agli offerenti locali, qualora il costo sociale delle merci o dei servizi da essa proposti dovesse risultare inferiore per effetto delle diverse prescrizioni in materia di protezione dei lavoratori vigenti nel Cantone di sede. Atteso come la LMI non debba avere per scopo di incoraggiare il dumping salariale, resta però il fatto che l'imposizione agli offerenti esterni delle prescrizioni sociali vigenti nel luogo di destinazione della prestazione non si giustifica in modo sistematico. In questo senso, l'obbligo fatto anche agli offerenti esterni dall'art. 9 lett. c LIA di rispettare i CCL in vigore in Ticino non può avere una portata generale (cfr. DTF 124 I 107). L'applicazione agli offerenti esterni delle disposizioni in materia di condizioni di lavoro vigenti nel luogo di destinazione potrebbe entrare in linea di conto soltanto se dovesse essere dimostrato che le prescrizioni del luogo d'origine sono tali da generare un indebito vantaggio in ragione di una minor protezione sociale dei lavoratori. Evenienza, questa, che comunque all'interno del mercato svizzero dovrebbe risultare molto rara (cfr. BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n. 26 ad art. 3 LMI).

4.3.2.3. Sempre in base al suo art. 1, la LIA dovrebbe inoltre servire "a prevenire gli abusi nell'esercizio della concorrenza". La protezione della buona fede nelle relazioni commerciali costituisce a sua volta un interesse pubblico, suscettibile di giustificare delle restrizioni alla libertà economica e alla libertà di accesso ai mercati (DTF 125 I 335 consid. 2a con riferimenti). Sennonché, come già per le norme a tutela dei lavoratori, anche a questo proposito la LIA non contiene nessuna disposizione autonoma, limitandosi ad enunciare all'art. 9 lett. f un generico divieto di praticare una concorrenza sleale. Ancora una volta non ci si può dunque esimere dal rilevare come le sanzioni applicabili in questo ambito siano esaustivamente previste dagli art. 23 e segg. della legge federale contro la concorrenza sleale del 19 dicembre 1986 (LCSI; RS 241), di modo che pure in questo ambito ai Cantoni non è data alcuna competenza di prevedere delle ulteriori misure, come, ad esempio, vietare ad una ditta di svolgere la propria attività, secondo quanto sancito dall'art. 20 cpv. 1 lett. c LIA, in aggiunta a quelle esaustivamente contemplate dagli art. 23 e segg. LCSI (cfr. DIEBOLD/BERTHOUD, op. cit., pag. 145). Secondo la resistente, il sistema instaurato dalla LIA servirebbe ad esercitare un controllo effettivo sul pagamento dei contributi sociali e paritetici da parte delle ditte attive nel settore artigianale, ciò che impedirebbe alle imprese morose di operare sul mercato in un regime di concorrenza sleale, contribuendo nel contempo a meglio tutelare i lavoratori. Sennonché, in linea con quanto appena esposto, il Tribunale federale in una sua sentenza del 13 marzo 2000 (pubblicata in RDAT II 2000 n. 45), statuendo su di una vertenza in materia di LEPICOSC, ha chiaramente indicato che lo stralcio dall'albo delle imprese di costruzione di una ditta in mora con il pagamento dei contributi sociali, dei premi assicurativi obbligatori e degli oneri fiscali, con il conseguente divieto per la stessa di continuare a svolgere la propria attività, costituiva un provvedimento lesivo del principio della forza derogatoria del diritto federale, che regola in modo esaustivo queste materie e priva così i Cantoni di qualsiasi competenza per quanto attiene all'emanazione di ulteriori disposizioni volte ad assicurare il versamento di questo genere di oneri da parte dei datori di lavoro. I principi enunciati in questa sentenza - la quale, tra l'altro, non è stata minimamente recepita dal legislatore cantonale che ha sino ad ora tralasciato di apportare i necessari correttivi alla normativa sulle imprese edili - valgono per analogia anche nel presente ambito, visto come la LIA e la LEPICOSC prevedano a questo proposito delle disposizioni praticamente identiche (art. 9 lett. e, 18 e 20 cpv. 1 LIA, art. 6 lett. e, 13 e 16 cpv. 1 LEPICOSC). Ne consegue pertanto che per essere rispettosa del diritto di rango superiore l'attività di controllo che la CV-LIA si prefigge di esercitare in questo ambito non potrebbe dar luogo a nessun provvedimento sanzionatorio o inibitorio, fondato sul diritto cantonale, nei confronti di quelle ditte che non dovessero risultare in regola con il pagamento degli oneri sociali e tributari. Circostanza, questa, che fa apparire le limitazioni contemplate da questa stessa legge non adeguate al raggiungimento degli scopi prefissati dalla LIA in materia di lotta contro la concorrenza sleale.

4.3.2.4. Si deve pertanto ritenere che a sostegno delle restrizioni al libero accesso al mercato previste dalla LIA

restano unicamente dei motivi intesi a proteggere le imprese locali da una concorrenza, soprattutto estera, ritenuta sconveniente, figurando questa tra le ragioni che il legislatore cantonale ha esplicitamente indicato nei materiali legislativi per giustificare l'adozione di questa normativa (cfr. supra consid. 3.3). Ciò costituisce tuttavia un'illecita interferenza nella libera concorrenza tra imprese che non può essere ammessa. Si tratta, in effetti, di un fine avente carattere marcatamente dirigista, volto a favorire certe imprese a discapito di altre (cfr. DIEBOLD/BERTHOUD, op. cit., pag. 145 e 146; STA 52.2016.569 del 20 novembre 2017 consid. 5.4, pag. 12) e, in quanto tale, chiaramente contrario sia alla libertà economica, garantita dall'art. 27 Cost., sia alla libertà di circolazione all'interno della Svizzera, sancita dall'art. 95 cpv. 2 Cost., la quale costituisce un vero e proprio diritto di rango costituzionale (cfr. DTF 119 la 35 consid. 1), volto ad assicurare non solo la reciproca riconoscenza dei diplomi, ma in modo più generale l'accesso indiscriminato ad una professione, come pure a vietare un aggravio eccessivo e non giustificato da ragioni obiettive dell'esercizio di una professione, così come potrebbe risultare dalle diverse regolamentazioni cantonali (DTF 130 I 26 consid. 7.1; 125 II 56 consid. 3a; 123 I 259 consid. 2b; 122 I 109 consid. 4b).

Ne discende pertanto che, alla luce dello scopo sostanzialmente protezionistico perseguito dalla LIA, le restrizioni previste da questa legge, oltre a non adempiere i criteri previsti dall'art. 3 cpv. 1 lett. b e c LMI, si rivelano pure lesive dell'art. 3 cpv. 3 LMI in quanto costituiscono per le ditte aventi sede al di fuori del Cantone Ticino delle barriere dissimulate per quanto attiene all'accesso al mercato nei settori artigianali regolati dalla suddetta legge.

5.

5.1. Giusta l'art. 3 cpv. 4 LMI, le decisioni in materia di restrizioni del libero accesso al mercato devono essere prese con una procedura semplice, rapida e gratuita.

Secondo la ricorrente, anche questa norma sarebbe stata nell'occasione disattesa dalla CV-LIA.

5.2. La critica è sicuramente fondata. La procedura che la [...] ha dovuto seguire per ottenere l'iscrizione all'albo delle imprese artigianali non può essere considerata semplice nel senso inteso dalla suddetta norma. La ditta ha dovuto riempire due moduli d'iscrizione, allegando ai medesimi numerosi documenti, parte dei quali ottenibili presso terzi solo previo pagamento dei relativi emolumenti. Il dispendio di tempo e l'onere amministrativo che ne sono derivati non possono assolutamente essere considerati trascurabili.

Non permette di sovvertire questa conclusione la semplice circostanza che, come sostenuto dalla CV-LIA, la quasi totalità della documentazione che la [...] ha dovuto produrre per potersi iscrivere all'albo delle imprese artigianali è costituita dalla documentazione standard che le ditte devono regolarmente produrre per poter partecipare alle procedure di concorso in ambito di commesse pubbliche. Anche su questo punto occorre in effetti convenire con la ricorrente sul fatto che, se un offerente esterno vuole accedere al mercato ticinese per esercitare la propria attività in ambito artigianale, questo non

significa ancora che quest'ultimo intenda automaticamente partecipare alle procedure in materia di commesse pubbliche indette in questo Cantone. Per cui non è perché il diritto delle commesse pubbliche esige l'adempimento di determinati requisiti professionali e personali al fine di attestare l'idoneità di una ditta artigianale a partecipare ad una procedura di concorso, che allora la stessa casa si giustifica anche per poter semplicemente offrire delle prestazioni professionali al di fuori di questo specifico settore in un Cantone diverso da quello di sede.

Dal profilo dei tempi di evasione della domanda, occorre poi rilevare che tra il momento in cui la [...] ha presentato la sua istanza e quello in cui le è stata rilasciata l'autorizzazione richiesta sono trascorsi tre mesi. Il che disattende il principio di celerità prescritto dall'art. 3 cpv. 4 LMI. È pur vero comunque che sui tempi di evasione della pratica ha verosimilmente influito la grande mole di richieste di iscrizione che la CV-LIA ha dovuto esaminare in concomitanza con l'entrata in vigore della LIA.

Infine si deve rilevare che il fatto che la [...] abbia dovuto versare fr. 600.- (e non fr. 3'400.- come erroneamente indicato dalla ricorrente) a titolo di tasse d'iscrizione è chiaramente lesivo del principio di gratuità della procedura, sancito dalla medesima norma (cfr. DIEBOLD/BERTHOUD, op. cit., pag. 146).

Il fatto che nel Canton Lucerna la [...] non debba pagare alcun emolumento per poter esercitare la propria attività aziendale è del tutto irrilevante e non giustifica affatto l'imposizione nei suoi confronti di un simile obbligo in Ticino. Valesse il contrario, come sostenuto dalla CV-LIA, il principio di gratuità verrebbe svuotato di qualsiasi contenuto.

Così come pure non è assolutamente dirimente qualificare dal profilo giuridico l'onere finanziario che è stato addebitato nell'occasione alla [...] dall'autorità di prime cure. La giurisprudenza ha infatti già avuto modo di sottolineare che i Cantoni non hanno il diritto di prelevare nessun genere di tributo in questo ambito. In un caso concernente un avvocato zurighese al quale era stata rilasciata l'autorizzazione per poter esercitare la sua professione nel Cantone di Appenzello Interno, il Tribunale federale ha considerato lesivo del principio della gratuità della procedura il fatto che le autorità di quest'ultimo Cantone avessero messo a carico del richiedente una tassa di cancelleria pari a fr. 50.- (DTF 123 I 313 consid. 5). In questo modo è stato chiarito che la gratuità della procedura sancita dalla LMI dev'essere assoluta, nel senso che i Cantoni non hanno neppure il diritto di recuperare i costi generati dal procedimento d'ammissione stesso. Una deroga a questa regola può entrare in linea di conta soltanto in situazioni eccezionali, qualora dovesse risultare che l'istante ha agito in maniera contraria al principio della buona fede oppure è venuto meno al suo dovere di collaborazione, cagionando in questo modo dei costi inutili alle autorità. Da notare che il principio della gratuità non concerne soltanto i casi in cui

la procedura verte sul riconoscimento di un certificato di capacità in senso stretto, ma anche quelli in cui la validità di una simile attestazione non è in discussione, ma si tratta di valutare se sussistano altri motivi per limitare l'accesso al mercato di un offerente esterno (DTF 123 I 313 consid. 5; 125 I 276 consid. 6 non pubblicata; sull'argomento cfr. anche: MATTEO CASSINA, Legge federale sul mercato interno: principi fondamentali e note in merito alla giurisprudenza del Tribunale federale, in: RDAT 1-2000, pag. 99 e segg. e in particolare pagg. 106 e 107).

In quest'ottica, quanto previsto dall'art. 11 cpv. 2bis RLIA in materia di emolumenti a carico delle ditte aventi sede o domicilio in un altro Cantone non è pertanto rispettoso dei principi della LMI appena esposti, nella misura in cui fa dipendere la gratuità dell'iscrizione dal fatto che le stesse siano abilitate ad operare nel loro Cantone di origine e che rispettino i requisiti posti dagli art. 6 e 7 LMI.

6.

6.1. Alla luce di tutto quanta precede, si deve pertanto concludere che il ricorso della COMCO deve essere accolto nel senso che è accertato che la decisione 13 settembre 2016 della CV, con la quale la [...] è stata iscritta all'albo delle imprese artigianali per la categoria professionale "*opere da falegname*" limita l'accesso al mercato di tale ditta in modo lesivo dei principi scaturenti dalla LMI.

6.2. Dato l'esito, si prescinde dal prelievo di tasse e spese (art. 47 LPAm) e non si assegnano ripetibili (art. 49 LPAm).

Per questi motivi,

dichiara e pronuncia:

1. Il ricorso è accolto.
 - §. Di conseguenza è accertato che la decisione 13 settembre 2016 della commissione di vigilanza sulle imprese artigianali, con la quale la [...] è stata iscritta all'albo delle imprese artigianali per la categoria professionale "*opere da falegname*" limita l'accesso al mercato di tale ditta in modo lesivo dei principi scaturenti dalla LMI.
2. Non si prelevano né tasse, né spese.
3. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. legge sui Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110).
4. Intimazione a: Commissione della concorrenza (COMCO), 3003 Bern
[...]

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 11. Juli 2019 in Sachen A. AG gegen B. AG betreffend vorsorgliche Massnahmen
-----	--

Urteil HE190163-O vom 11. Juli 2019 des Handelsgerichts des Kantons Zürich in Sachen A. AG, Klägerin vertreten durch [...] gegen B. AG, Beklagte, vertreten durch [...] betreffend vorsorgliche Massnahmen

Massnahmegesuch:

(act. 1 S. 2)

„1. Es sei der Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO zu befehlen,

a. der Gesuchstellerin den bisher durch die C. gewährten und am 27.3.2019 durch diese gesperrten Zugang zu den elektronischen Hyundai-Systemen unverändert und unverzüglich wieder freizuschalten, insbesondere zu folgenden Systemen:

- dealerportal (Deal-Net)
- Citrix
- Extranet
- Customer Care Center
- Microcat
- GDS-M

b. die durch die Gesuchstellerin über diese Hyundai-Systeme inskünftig abgerufenen Bestellungen, Informationen und Dienstleistungen in der bisher üblichen Weise zu liefern.

2. Es sei dieser Befehl bereits superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerinnen gemäss Art. 265 Abs. 1 ZPO anzuordnen.

3. Für den Fall der Nichtbeachtung des Befehls sei

- a. der Gesuchsgegnerin Ordnungsbusse von CHF 1'000.- für jeden Tag der Nichterfüllung (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO), mindestens aber CHF 5'000.- (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO) anzudrohen, sowie
- b. den Organen der Gesuchsgegnerin Bestrafung nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.-) Ordnungsbussen und Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Gesuchsgegnerin. “

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 7. Mai 2019 (Poststempel) ein Gesuch um (superprovisorischen) Erlass vorsorglicher Massnahmen mit vorstehend erwähntem Begehren samt Beilagen hierorts ein (act. 1; act. 3/2-29). Mit Verfügung vom 9. Mai 2019 wurde das Gesuch um superprovisorische Anordnung vorsorglicher Massnahmen gutgeheissen, der Klägerin jeweils eine Frist zur Leistung der Sicherheit i.S.v. Art. 265 Abs. 3 ZPO im Betrag von CHF 25'000.- und des Gerichtskostenvorschusses in der Höhe von CHF 6'600.- sowie der Beklagten eine Frist zur Erstattung der Gesuchantwort angesetzt (act. 4). In der Folge wurden der Gerichtskostenvorschuss und die Sicherheit fristgerecht geleistet (act. 6A+B). Sodann ersuchte die Beklagte mit Eingabe vom 15. Mai 2019 um eine Erläuterung der Dispositiv- Ziffer 1 der Verfügung vom 9. Mai 2019 (act. 7), welche mit Verfügung vom 16. Mai 2019 erfolgte (act. 9). Mit Eingabe vom 28. Mai 2019 samt Beilagen erstattete die Beklagte fristgerecht Gesuchantwort (act. 11; act. 13/2-9). Eine Erklärung, aus welcher ersichtlich ist, wer für die Beklagte die Anwaltsvollmacht unterzeichnet hat, wurde innert mit Verfügung vom 31. Mai 2019 angesetzter Nachfrist nachgereicht (act. 16; act. 17/1-3; vgl. act. 14). Mit derselben Verfügung wurde der Klägerin die Eingabe der Beklagten zugestellt und ihr Frist für eine freiwillige Stellungnahme angesetzt. Mit Eingabe vom 24. Juni 2019 reichte die Klägerin eine solche Stellungnahme samt Beilagen ein (act. 19; act. 20/1-3).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Entscheid zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

2. Sachverhaltsübersicht

2.1. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Bachenbülach und bezweckt den Handel sowie die Reparaturen von Automobilen, einschliesslich den Handel von Bestand- und Ersatzteilen. Selber bezeichnet sich die Klägerin als eine mittelständische Autogarage mit Handelsbetrieb und Service- Reparatur-

werkstätte (act. 1 Rz. 9). was unbestritten geblieben ist (vgl. act. 11 Rz. 36).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Dietlikon, welche den Handel mit und den Import von Automobilen, Motoren, Automobilersatzteilen sowie Fahrzeugzugehör aller Art, vorab in der Schweiz, bezweckt. Sie ist Unbestrittenermassen die derzeitige Hyundai- Importeurin für die Schweiz (act. 1 Rz. 8; act. 11 Rz. 8).

2.2. Prozessgegenstand / unbestrittener Sachverhalt

C. mit Zweigniederlassung in Dietlikon (nachfolgend „C.“) war bisher die Hyundai-Importeurin für die Schweiz (act. 1 Rz. 8; act. 11 Rz. 7). Die Klägerin hat mit C. verschiedene Verträge abgeschlossen (nachfolgend „Verträge“; dazu gehört insbesondere ein Service-Partner-Vertrag vom 31. Mai 2011) (act. 1 Rz. 9; act. 11 Rz. 7). Neu, seit 27. März 2019, ist die Beklagte in Folge Übernahme von einzelnen Aktiven und Passiven von C. (Personal, Geschäftsräumlichkeiten, Vereinbarungen, etc.) Hyundai-Importeurin für die Schweiz (act. 1 Rz. 11 f.; act. 11 Rz. 8, 37). Am 27. März 2019 wurden der Klägerin die elektronischen Zugangskanäle zu den Hyundai-Systemen abgestellt (act. 1 Rz. 16; act. 11 Rz. 41).

2.3. Parteivorbringen

Die Klägerin verlangt primär gestützt auf kartellrechtliche Bestimmungen, dass der Beklagten zu befehlen sei, ihr den gesperrten Zugang zu den elektronischen Hyundai-Systemen (insbesondere dealerportal [Del-Net], Citrix, Extranet, Customer Care Center, Microcat, GDS-M) unverändert und unverzüglich freizuschalten und ihr die inskünftig abgerufenen Bestellungen, Informationen und Dienstleistungen in der bisher üblichen Weise zu liefern (vgl. Rechtsbegehren). Als weitere Anspruchsgrundlagen nennt sie eine Stellung der Beklagten bzw. ihrer Organe als faktische Organe von C., Doppelorganschaft sowie ein faktisches Vertragsverhältnis und nimmt Bezug auf die Verträge (act. 1). Sie erachtet die ausserordentliche Kündigung (per 28. März 2019) der davor bereits per Ende März 2020 ordentlich gekündigten Verträge durch C. als nichtig (act. 1 Rz. 17). Die Beklagte bestreitet die klägerischen Vorbringen und beantragt die vollumfängliche Abweisung des Massnahmegesuchs (act. 11). Eventualtief sei die Klägerin zu einer zusätzlichen Sicherheitsleistung in der Höhe von CHF 35'000.- zu verpflichten (act. IIS. 2). Die Klägerin beantragt wiederum die Abweisung des beklaglichen Antrags auf zusätzliche Sicherheitsleistung (act. 19 S. 2).

2.4. Hintergrund

Die Klägerin hat am hiesigen Handelsgericht auch ein Verfahren gegen C. hängig (HG190027). In jenem Verfahren wurden ebenfalls superprovisorische und vorsorgliche Massnahmen beantragt, auch gegen die vorliegende Beklagte. Soweit das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen die vorliegende Beklagte betraf, wurde mit Verfügung vom 10. April 2019 darauf nicht eingetreten (act. 1 Rz. 21; act. 3/25 Dispositiv-Ziffer 1). Soweit das Gesuch C. betraf, wurde es trotz anfänglicher Gutheissung des Superprovisoriums mit Beschluss vom 20. Mai 2019 abgewiesen (act. 11 Rz. 16, 33; act. 13/2 Dispositiv-Ziffer 1; vgl. act. 19 Rz. 20 ff.).

3. Prozessvoraussetzungen

Für das vorliegende Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen ergibt sich die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich aus Art. 13, 31 und 36 ZPO sowie Art. 5 und 6 ZPO i.V.m. § 44 GOG ZH (für die Zuständigkeit der Zivilgerichte für die Durchsetzung von auf öffentlichem Recht gründenden, allfälligen Kontrahierungszwang vgl. BGer Urteil 2C_966/2018, 2C_967/2018 vom 29. Januar 2019 E. 3.6). Im Übrigen ist die Zuständigkeit ausdrücklich anerkannt worden (act. 11 Rz. 3). Die übrigen Prozessvoraussetzungen erweisen sich vorliegend ebenfalls als erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass (Art. 59 Abs. 2 i.V.m. Art. 60 ZPO).

4. Noven / Parteivorbringen nach Aktenschluss

Im summarischen Massnahmeverfahren findet grundsätzlich nur ein einfacher Schriftenwechsel statt, womit der Aktenschluss nach der schriftlichen Gesuchsantwort eintritt (vgl. WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 229 N 58). Diese wurde der Klägerin vorliegend zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt und ihr mit Verfügung vom 31. Mai 2019 eine Frist zur freiwilligen Stellungnahme angesetzt. Gleichzeitig wurde sie darauf hingewiesen, dass neue Tatsachen und Beweismittel nur noch insoweit berücksichtigt werden können, als dass diese die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen (act. 14). Eine Stellungnahme nach Aktenschluss darf nicht der blossen Nachbesserung des Massnahmegesuchs dienen. Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen / Beweismittel stützen, hat für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 ff. E. 3; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 229 N 10). Dem ist die Klägerin in ihrer freiwilligen Stellungnahme trotz neuer Vorbringen bis auf die vorliegend nicht entscheidrelevanten Ausführungen betreffend Sicherheitsleistung (act. 19 Rz. 63; act. 20/3; siehe Ziffer 9) jedoch nicht nachgekommen. In act. 19 Rz. 33 ff. versucht die Klägerin zwar Noven in das Verfahren einzuführen und begründet diese damit, dass die beklaglichen Behauptungen neu seien, weshalb sie diesen neuen Tatsachen und Beweismittel nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO entgegen halten dürfe. Dabei verkennt sie aber, dass für die Zulässigkeit von Noven entweder die Tatsachen (a) erst nach Abschluss der letzten Äusserungsgelegenheit entstanden sein dürfen, was die Klägerin nicht vorbringt und auch nicht der Fall zu sein scheint, oder (b) zwar schon vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten und die Verspätung mithin entschuldbar ist. Auch Letzteres trifft nicht zu, wäre es der Klägerin im Rahmen ihres Gesuchs durchaus zumutbar gewesen, Ausführungen zu den Nachteilen einer freien gegenüber einer zugelassenen Werkstatt und zu den Garantearbeiten/vom Importeur vergüteten Serviceleistungen zu machen. Sie sprach diese Themen darin bereits pauschal an und musste entsprechend mit Bestreitungen rechnen. Bestreitungen der Gegenseite in der Gesuchsantwort sind in einem Verfahren überdies

immer neu, da sie die erste Äusserung dieser Partei darstellt. Daraus aber ein grundsätzliches Recht auf Vorbringen von Noven aufgrund in der Gesuchantwort enthaltenen Äusserungen abzuleiten, liefe dem Sinn und Zweck von Art. 229 ZPO klar zuwider (vgl. WILLISEGGER, a.a.O., Art. 229 N 31 ff.; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-ZPO Kommentar, Art. 197-408, 2. A., 2016, Art. 229 N 1 f.). Die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO sind demnach nicht erfüllt.

Folglich bleiben die seitens der Klägerin nach Aktenschluss vorgetragene(n) Tatsachen und Beweismittel vorliegend unberücksichtigt. Rechtliche Überlegungen werden - soweit relevant - im Rahmen von iura novit curia (Art. 57 ZPO) adressiert.

5. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO setzt einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund voraus. Als Verfügungsanspruch gilt ein materiell-rechtlicher Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten. In diesem Zusammenhang hat das Gericht eine sog. Hauptsacheprognose hinsichtlich die rechtliche Begründetheit des Verfügungsanspruchs zu erstellen (KOFMEL EHRENZELLER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., 2014, Art. 261 N4f). Als Verfügungsgrund hat die Gefahr eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils aufgrund einer zu befürchtenden oder bereits vorliegenden Verletzung des Verfügungsanspruches zu bestehen. Gleichzeitig wird vorausgesetzt, dass eine zeitliche Dringlichkeit vorliegt, d.h. dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewendet und ein Entscheid in der Hauptsache nicht abgewartet werden kann (KOFMEL EHRENZELLER, a.a.O., Art. 261 N 7 ff.). Sodann müssen vorsorgliche Massnahmen verhältnismässig sein (SPRECHER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 261 N 10 m.H.). Demgemäss haben die Gerichte vor der Anordnung von Massnahmen eine Interessenabwägung vorzunehmen (ZR 111/2012 Nr. 67 S. 189 ff. E. 5; ZÜRCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-ZPO Kommentar, Art. 197-408, 2. A., 2016, Art. 261 N 3 und N 33 m.H.). Eine weitere Voraussetzung ist die Leistung einer allenfalls angeordneten Sicherheit (SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 10).

Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden (KOFMEL EHRENZELLER, a.a.O., Art. 262 N 2). Leistungsmassnahmen greifen in schwerwiegender Weise in die Rechtspositionen der Gegenpartei ein. Deshalb sind sie nur zurückhaltend anzuordnen und für die Hauptsacheprognose ist bei der rechtlichen Vorprüfung erforderlich, dass der geltend gemachte Anspruch nicht nur nicht aussichtslos, sondern unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen und bei summarischer Prüfung als rechtlich begründet erscheint (HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 3. A., 2016, Art. 262 N 15 m.H.; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N 9;

BGE 131 III 473 = Pra 95 Nr. 32 E. 2.3; CAN 2012 Nr. 51 S. 149 ff. E. 6.1.1; ZR 80/1981 Nr. 43 S. 135 ff. E. 7). Auch die Voraussetzungen der Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit sowie der Unersetzbarkeit des Nachteils unterliegen bei der Anordnung von Leistungsmassnahmen verschärften Anforderungen (HUBER, a.a.O., Art. 262 N 15; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N 33; BGE 108 II 228 E. 2c).

Für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme müssen alle vorgenannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 10). Die Klägerin hat sie glaubhaft zu machen. Das Gericht ist dabei gehalten, summarisch zu prüfen, ob sich der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweisen ergibt bzw. ob für das Vorhandensein der Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (HUBER, a.a.O., Art. 261 N 25 m.H. u.a. auf BGE 130 III 321 E. 3.3). Dem ist im Folgenden nachzukommen.

6. Verfügungsanspruch: Nicht-kartellrechtliche Grundlagen

6.1. Verträge / Übertragung

Soweit die Klägerin - trotz widersprüchlichen Vorbringen - mit ihren Ausführungen zu den nichtigen ausserordentlichen Kündigungen und zum Thema Vertragsübertragung ihre Ansprüche auf die ursprünglich zwischen ihr und C. abgeschlossenen Verträge stützen möchte (vgl. act. 1 Rz. 9, 17, 25, 37; act. 11 Rz. 55 ff., 71; act. 19 Rz. 2, 10, wenn auch verspätet), ist Folgendes festzuhalten:

Unbestrittenermassen fragte C. die Klägerin um Erteilung ihrer Zustimmung bis zum 15. März 2019 zur Übertragung der Verträge von der C. auf die Beklagte an (act. 1 Rz. 12; act. 11 Rz. 21; act. 3/12). Gemäss der Beklagten hatte sie ihre Zustimmung bis dahin befristet (act. 11 Rz. 12, 21, 38). Laut Klägerin habe sie dies mit Fug bezweifeln dürfen, allerdings erfolgt dieser Hinweis nach Aktenschluss, und eine eigentliche Bestreitung sucht man vergebens (siehe Ziffer 4; act. 19 Rz. 11 f). Ebenfalls Unbestrittenermassen erklärte sich die Klägerin mit Schreiben vom 12. März 2019 unter der Bedingung, dass ihre hängigen Klageforderungen (CHF 250'00 bis CHF 300'000) vorgängig anerkannt oder durch einvernehmliche Einigung gelöst würden, mit der Übertragung der Verträge einverstanden (act. 1 Rz. 13; act. 11 Rz. 22, 39; act. 3/13). Wiederum Unbestrittenermassen erklärte daraufhin C. mit Schreiben vom 15. März 2019, dass diese Forderungen unbegründet seien, sie diese bestreite und es deshalb keinen Raum für eine vergleichsweise Einigung gebe. Entsprechend nehme sie Vormerk davon, dass die Klägerin mit der Übertragung der Verträge nicht einverstanden sei (act. 1 Rz. 14; act. 11 Rz. 23, 39; act. 3/14).

Mit der Anfrage von C. liegt eine genügende (befristete) Offerte bezüglich Vertragsübertragung vor. Die Vertragsübertragung als solche ist im Schweizer Recht nicht vorgesehen. Die Lehre und Praxis sind sich allerdings einig, dass Vertragsübertragungen mit Zustimmung der Gegenpartei des zu übertragenden Vertrags möglich sind (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, M&A Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. A., 2013, 3. Kapitel N 86;

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., 2014, Rz. 3548). In der Praxis wird bei einem Asset Deal die Übertragung von Verträgen zwischen Verkäuferin und Käuferin im Kaufvertrag vereinbart und üblicherweise verpflichtet sich die Verkäuferin in diesem Kaufvertrag gleichzeitig auch zur Einholung der Zustimmung der Gegenpartei vor dem Vollzug (vgl. HÄUSERMANN, «Wo das Gesetz nicht hilft ...», GesKR 2018, S. 163 ff., S. 170; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 3548). Eine Kontaktaufnahme der Käuferin mit der Gegenpartei erfolgt normalerweise erst nach der Erteilung deren Zustimmung gegenüber der Verkäuferin (GABERTHÜEL, Auswirkungen der Finanzkrise auf M&A-Transaktionen im Bankensektor, S. 187-226, S. 209, in: Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions XVII, 2015). Obwohl bei der Vertragsübertragung letztlich drei Parteien involviert sind, ist es also nicht zwingend, dass alle drei Parteien in einem Dokument, d.h. einem eigentlichen Übertragungsvertrag, ihre Zustimmung erklären (vgl. allgemein für Verträge: SCHWENZER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. A., 2015, Art. 13 N 10). Die fehlende Unterzeichnung der Anfrage der C. seitens der Beklagten macht die Offerte demnach nicht ungenügend oder ungültig.

Was hingegen nicht vorliegt, ist die wirksame Zustimmung der Klägerin zur Vertragsübertragung. Betrachtet man nämlich, wie die Parteien, die Äusserung der Klägerin hinsichtlich vorgängiger Anerkennung der hängigen Klageforderung oder Lösung durch einvernehmliche Einigung als aufschiebende Bedingung, so wurde diese Bedingung in der Folge nicht erfüllt und fiel damit aus. C. lehnte die Erfüllung der Bedingungen mit Schreiben vom 15. März 2019 ausdrücklich ab (act. 1 Rz. 14; act. 11 Rz. 9, 23; act. 3/14). Folglich liegt aufgrund des Ausfalls der aufschiebenden Bedingung keine wirksame klägerische Zustimmung zur und somit keine Vertragsübertragung vor (vgl. Art. 151 OR; BGE 129 III 264 E. 3.2.2; HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., 2014, Rz. 1316). Art. 156 OR, welcher besagt, dass eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von der einen Partei wider Treu und Glauben verhindert worden ist, kommt vorliegend nicht zur Anwendung. Denn wenn die Partei zum Schutz eigener überwiegender Interessen bzw. als stichhaltigen und triftigen Gründen den Eintritt einer Bedingung verhindert bzw. diese ausfallen lässt, liegt kein Verstoß gegen Treu und Glauben vor (EHRAT/WIDMER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., 2015, Art. 156 N5f. m.H.; ZR 102/2003 Nr. 5 S. 21 ff. E. 4.2.2). Die Ablehnung seitens C., die klägerische Forderung von CHF 250'00.- bis CHF 300'000 anzuerkennen bzw. sich darüber zu einigen (act. 11 Rz. 39; act. 1 Rz. 13 f.; act. 3/13-14), da sie sie für nicht gerechtfertigt hält, ist ein stichhaltiger Grund. Sie ging daher nicht wider Treu und Glauben. Dass die Klägerin die Bedingung überhaupt stellte, ist hingegen verwunderlich. Wusste sie doch, dass C. die Forderung bestreitet (vgl. act. 1 Rz. 9; act. 11 Rz. 41) und musste sie entsprechend mit dem Ausfall der Bedingung rechnen. Eine andere Betrachtungsweise erwähnter Äusserung der Klägerin im Schreiben vom 12. März 2019 ist, dass die Klägerin damit ein Gegenangebot machte, wel-

ches C. mit Schreiben vom 15. März 2019 ablehnte. Ein Konsens wäre damit ebenfalls nicht zustande gekommen (vgl. Art. 1 OR). Unabhängig von der Betrachtungsweise sind folglich die Verträge mit der Klägerin nicht von der C. auf die Beklagte übertragen worden; daran ändert auch act. 13/3 nichts. Entsprechend kann aus diesen Verträgen keine Verpflichtung der Beklagten und damit kein Verfügungsanspruch abgeleitet werden.

6.2. Superprovisorium / Doppelorganschaft / faktische Organschaft

Als Verfügungsanspruch macht die Klägerin weiter geltend, dass C. gerichtlich befohlen worden sei, die Hyundai-Systeme freizuschalten, und damit auch die Beklagte aufgrund ihrer Stellung und derjenigen ihrer Organe als faktische Organe von C. zur Wiederaufschaltung verpflichtet sei. Zudem sei ihr dies als Herrin über die übernommenen, streitgegenständlichen Hyundai-Systeme auch möglich. Als Indizien für die Stellung als faktisches Organ führt sie an, dass die Beklagte dieselben Geschäftsräumlichkeiten, Büroeinrichtungen und -Systeme wie C. nutze und im Wesentlichen dieselben Personen für die Geschäftsführung verantwortlich seien. Auch Schreiben der beiden Gesellschaften ähnelten sich stark. Weiter habe zwischen C. und der Beklagten bis zum 7. Mai 2019, als Löschungen kollektiv zeichnungsberechtigter Personen im SHAB publiziert worden seien (Ivo Berz, Daniel Kaiser, Reto Stemmler, Veijko Belamaric, Frederik Axnhorn), eine weitgehende Doppelorganschaft bestanden. Die Berufung auf die rechtliche Unabhängigkeit der Beklagten sei rechtsmissbräuchlich, entsprechend sei ein Durchgriff vorzunehmen (act. 1 Rz. 21, 26 ff., 37). Die Beklagte erklärt das Konstrukt der Doppelorganschaft bzw. der faktischen Organschaft der Beklagten und der beklagten Organe bei C. als haltlos. Aufgrund der Übertragung der Aktiven und Passiven von C. auf die Beklagte seien Auftritt, Infrastruktur und das Personal gleich. Organe der Beklagten seien deren fünf Verwaltungsräte, die vor der Übernahme noch nie mit dem heute von der Beklagten betriebenen Geschäft zu tun gehabt hätten. Die von der Klägerin genannten Personen (Ivo Berz, Daniel Kaiser, Reto Stemmler, Frederik Axnhorn, Veijko Belamaric) seien nicht Organe der Beklagten (act. 11 Rz. 46, 73). Sie seien als Zeichnungsberechtigte der Beklagten im Handelsregister eingetragen, aber nicht Mitglieder des Verwaltungsrates der Beklagten (act. 11 Rz. 73). Die Beklagte habe keinen einzigen Hinweis aufgeführt, welcher darauf schliessen lassen könnte, dass die Beklagte und/oder ihre handelnden Organe die Willensbildung der C. massgeblich beeinflussen. Das Übergehen von fünf Arbeitnehmer der C. auf die Beklagte, die als Zeichnungsberechtigte im Handelsregister der Beklagten eingetragen seien, reiche nicht aus, um eine faktische Organschaft der Organe der Beklagten bei C. zu begründen (act. 11 Rz. 75).

Die erwähnte superprovisorische Anordnung gegen C. (HGer Verfügung HG190027 vom 10. April 2019) fiel mit Beschluss vom 20. Mai 2019 dahin (act. 11 Rz. 16, 33; act. 13/2 Dispositiv-Ziffer 1; siehe Ziffer 2.4). Entsprechend kann daraus über das Konstrukt der Doppelorganschaft oder der faktischen Organstellung sowie des Durchgriffs keine indirekte Verpflichtung der Beklagten abgeleitet werden. Aber auch gestützt auf eine allfällig vertragliche Verpflichtung von C. gegenüber der Klägerin

(vgl. act. 19 Rz. 3) - deren Bestehen vorliegend offen gelassen werden kann -, wäre die Beklagte nicht aufgrund der behaupteten Doppelorganschaft oder Stellung als faktisches Organ zu deren Einhaltung verpflichtet. Denn eine Doppelorganschaft ist anhand der Handelsregisterauszüge von C. und der Beklagten schlicht nicht ersichtlich. Kollektiv zeichnungsberechtigte Personen müssen nicht zwingend zugleich Organe sein (vgl. FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 30 Rz. 118) und zumindest aus dem Handelsregister ist für die von der Klägerin angeführten Personen keine Organstellung ersichtlich. Auch aus dem Vorbringen, dass das übernommene Personal, welches als eigentliches „Asset“ das operative Geschäft des Hyundai-Imports abwickelt bzw. ermöglicht, lässt sich nicht ableiten, dass von der Beklagten Geschäftsführungskompetenzen an das übernommene Personal delegiert wurden und dieses Personal gleichzeitig immer noch Organfunktion bei C. hat (act. 11 Rz. 46). Die Übernahme von Personal ist bei Asset Deals zudem typisch, ohne dass damit zugleich eine Doppelorganschaft angestrebt wird. Weiter ist auch eine faktische Organschaft nicht glaubhaft gemacht worden. Dafür hätte glaubhaft gemacht werden müssen, dass die Beklagte bzw. die beklagten Organe die den tatsächlichen Organen von C. vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der C. massgebend beeinflussen (anstatt vieler BGE117II432 E. 2b). Dies ist nicht erfolgt. Die vorgetragenen Indizien (übernommene Assets, Personal, ähnliche Schreiben, etc.) reichen weder zur Glaubhaftmachung einer Doppelorganschaft noch einer faktischen Organstellung aus, weshalb auch kein Durchgriff vorzunehmen ist.

Folglich ist auch das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs aufgrund eines Konstrukts aus superprovisorischer Anordnung oder Vertrag kombiniert mit Doppelorganschaft oder faktischer Organschaft und Durchgriff zu verneinen.

6.3. Faktisches Vertragsverhältnis

Das (Nicht-/)Vorliegen eines faktischen Vertragsverhältnisses wird von den Parteien thematisiert (act. 11 Rz. 66 ff.; vgl. act. 19) und es wurde in der Verfügung vom 9. Mai 2019 als möglicher Verfügungsanspruch genannt (act. 4; vgl. act. 19 Rz. 40, 45). Diese sich auf eine sehr summarische Prüfung stützende erste Einschätzung bindet das Gericht aber in seinem vorliegenden Entscheid nicht. Es darf nur nicht grundlos von den Feststellungen der superprovisorischen Anordnung abweichen (SPRECHER, a.a.O., Art. 265 Rz. 44 m.FI.).

Ein faktisches Vertragsverhältnis ist ein Rechtsverhältnis mit vertragsgleichem oder -ähnlichem Inhalt, das nicht auf einem zwischen den Parteien gültig zustande gekommenen Vertrag beruht. Dazu gehören beispielsweise Dauerschuldverhältnisse aufgrund unwirksamer Verträge oder vertragslose Inanspruchnahme entgeltlicher Leistungen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 1185 ff. m.FI.). Es ist jeweils zu prüfen, ob ein Einzelfall vorliegt, in dem die Übernahme von Vertragsrecht auf ein nichtvertragliches Rechtsverhältnis nach den Grundsätzen der Analogie geboten erscheint und begründet ist (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMEN-

EGGER, a.a.O., Rz. 1193). Vorliegend ist ein solcher Einzelfall nicht gegeben. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wieso selbst wenn die Verträge zwischen der Klägerin und C. aufgrund der behaupteten Nichtigkeit der ausserordentlichen Kündigungen noch bis Ende März 2020 bestünden, dies zu einem faktischen Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten führen sollte. Die Verträge bestünden, wenn überhaupt, weiterhin zwischen C. und der Klägerin, nicht der Beklagten (siehe Ziffer 6.1). Die Verträge enthalten zudem zwar eine Art. 19 KFZ-Bek konforme zweijährige ordentliche Kündigungsfrist. Diese Schutzbestimmung ersetzt aber weder die Übertragung noch führt sie automatisch zu einem faktischen Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten, noch (ohne die Zulässigkeit der Kündigungen beurteilen zu wollen) schliesst sie ausserordentliche Kündigungsmöglichkeiten per se aus. Die Zulässigkeit dieser Schutzbestimmung und damit ihre Verbindlichkeit ist ohnehin umstritten (vgl. NEFF, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Ziff. 17 Kfz-BM NI). Weiter lässt sich auch daraus, dass die Beklagte ursprünglich zur Übernahme der Verträge bereit gewesen war, kein faktisches Vertragsverhältnis erstellen, war diese Bereitschaft doch zeitlich befristet (act. 11 Rz. 12, 21; act. 3/12; vgl. act. 19; siehe Ziffer 6.1). Zudem wurde - trotz dieser ursprünglichen einseitigen Bereitschaft - vor der superprovisorischen Anordnung zwischen den Parteien kein vertragliches/vertragsähnliches Verhältnis gelebt. Entsprechend ist auch daraus kein faktisches Vertragsverhältnis ableitbar. Ein anderer Grund für das Vorliegen eines faktischen Vertragsverhältnisses wurde weder geltend gemacht noch ist ein solcher ersichtlich. Folglich ist - gestützt auf eine verglichen zum Superprovisorium umfassendere rechtliche Analyse und eine bessere Informationslage - auch das Vorliegen eines faktischen Vertragsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten und damit dieses behaupteten Verfügungsanspruchs zu verneinen. Damit bleibt zu prüfen, ob aus kartellrechtlichen Gründen ein Verfügungsanspruch besteht, insbesondere ein Kontrahierungszwang betreffend Abschluss eines neuen Vertrags.

7. Verfügungsanspruch: Kartellrecht / Kontrahierungszwang

7.1. Zusammengefasste Parteivorbringen

Die Klägerin macht geltend, die angebehrten Massnahmen stützten sich primär auf ihren Anspruch gegen die Beklagte auf Aufnahme als zugelassene Werkstatt im Hyundai Service- und Reparaturnetz i.S.v. Art. 4 KFZ-Bek (WEKO) (act. 1 Rz. 4). Den im Hyundai-Servicenetzen zugelassenen Werkstätten sei die Erbringung von importeur- bzw. herstellervergüteten Garantie- und Servicearbeiten vorbehalten (act. 1 Rz. 30). Die Aufnahme gemäss Ziffer 22 der Erläuterungen KFZ-Bek stehe ihr aufgrund der jahrelangen Erfüllung der einschlägigen Kriterien zu (act. 1 Rz. 19). Das entsprechende Ersuchen habe sie C. bereits am 23. Mai 2018 unterbreitet und wiederholt bekräftigt (act. 1 Rz. 25, 37). Die Beklagte unterhalte mit dem Hyundai-Vertriebs- und Servicenetzen ein selektives Vertriebssystem mit vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor, weshalb die KFZ-Bek und die dazu gehörenden WEKO-Erläuterungen anwendbar seien (act. 1 Rz. 31). Weiter ist die Klägerin der Ansicht,

dass die Beklagten den relevanten Markt abschotte, ihn monopolistisch kontrolliere und der Klägerin die diesbezügliche Geschäftsbeziehung verweigere. Da keine sachlichen Gründe vorlägen, welche die Verweigerung der Geschäftsbeziehung rechtfertigen würden, missbrauche die Beklagte unzulässigerweise ihre marktbeherrschende Stellung (Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a KG). Gleichzeitig stelle dies eine unzulässige Wettbewerbsabrede dar (Art. 5 Abs. 1 KG) (act. 1 Rz. 30 ff.). Die Klägerin habe Anspruch auf Beseitigung der Behinderung (Art. 12 Abs. 1 lit. a KG) und auf gerichtliche Anordnung, dass die Beklagte mit der Klägerin einen marktgerechten/branchenüblichen Vertrag abschliesse (Art. 13 lit. b KG) (act. 1 Rz. 36).

Die Beklagte führt aus, dass die von der Klägerin angeführten kartellrechtlichen Anspruchsgrundlagen, wenn überhaupt, einen Verfügungsanspruch auf Vollzug eines bestehenden oder auf Abschluss eines neuen marktgerechten oder branchenüblichen Vertrags begründen. Es bestehe jedoch weder ein (faktisches) Vertragsverhältnis zwischen den Parteien noch habe die Klägerin die Beklagte je um den Abschluss eines neuen Service-Partner-Vertrags ersucht (act. 11 Rz. 14, 27, 53, 78). Die Klägerin versuche nun den Zugang und die Belieferung ohne vertragliche Grundlage zu erzwingen. Das Kartellrecht biete jedoch keine Anspruchsgrundlage für die geltend gemachten Massnahmebegehren. Bereits aufgrund dieses fehlenden Verfügungsanspruchs könne den Anträgen nicht stattgegeben werden (act. 11 Rz. 79). Weiter sei der relevante Markt anders zu definieren, zudem lägen keine marktbeherrschende Stellung der Beklagten und in jedem Fall nicht deren Missbrauch vor (act. 11 Rz. 80 ff., 89 ff.). Eventualiter bestreitet die Beklagte eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG (act. 11 Rz. 93).

7.2. Rechtliches im Überblick

Ein Kontrahierungszwang ist in den Erläuterungen zu der KFZ-Bek der WEKO vorgesehen. Bekanntmachungen der WEKO wie die KFZ-Bek und die dazugehörigen Erläuterungen sind für Zivilgerichte aber nicht verbindlich (NEFF, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar. Kartellgesetz, 2010, Art. 6 N 27; REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, 2007, Art. 6 N 4). Folglich kann daraus kein Verfügungsanspruch abgeleitet werden.

Als Verfügungsansprüche grundsätzlich in Frage kommen hingegen direkt auf dem Kartellgesetz gründende zivilrechtliche Ansprüche (VETTER, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], DIKE-KG-Kommentar, 2018, Vor Art. 12-15 N71). Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, kann in zivilrechtlichen Verfahren gestützt auf Art. 12 KG u.a. Beseitigung der Behinderung verlangen. Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht gestützt auf Art. 13 lit. b KG auf Antrag der Klägerin hin zudem anordnen, dass der Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit ihr marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen habe. Voraussetzung für diesen Kontrahierungszwang ist, dass der Klägerin den Abschluss eines marktgerechten bzw. branchenüblichen Vertrags ohne sachliche Gründe kar-

tellrechtswidrig verweigert wird (ARNET, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], DIKE-KG-Kommentar, 2018, Art. 13 N 34 ff.). Für die Anwendung beider Bestimmungen, Art. 12 und 13 KG, ist das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung (Art. 5 oder 7 KG) notwendig. Gemäss Art. 7 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen, ohne dass für solche Verhaltensweisen sachliche Gründe gegeben sind. Zu den verpönten Verhaltensweisen zählt auch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 KG lit. a). Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen.

In Bezug auf Massnahmeverfahren ist anzumerken, dass im Bereich des Kartellrechts Rechts- und (mit dem Beweismass des Glaubhaftmachens behaftete) Tatfragen besonders verzahnt sind, insbesondere bei der Ermittlung des relevanten Marktes und bei der Prüfung der Erheblichkeit, was deren Prüfung erschwert. Eine vorsorgliche Massnahme ist jedenfalls nur dann auszusprechen, wenn in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mehr für als gegen ihre Begründetheit spricht (vgl. HGer Urteil HE140256 vom 17. Dezember 2014 E. 2.5). Weiter ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass im Massnahmeverfahren kein WE- KO-Gutachten über die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung (Art. 15 Abs. 1 KG) einzuholen ist (HGer Urteil HE140256 vom 17. Dezember 2014 E. 2.5; JACOBS/GIGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 15N9m.H.).

7.3. Würdigung

7.3.1. Vorbemerkung

Da, wie sich nachfolgend zeigen wird, keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen glaubhaft gemacht worden sind, kann offen gelassen werden, ob die im Rechtsbegehren beantragten Massnahmen überhaupt gestützt auf Art. 13 lit. b KG (Kontrahierungszwang) angeordnet werden könnten. Nach herrschender Lehre hat eine Klage nach Art. 13 lit. b KG nämlich auf Zwang zur Erfüllung eines bestehenden oder zum Abschluss eines neuen Vertrags bzw. Abgabe einer Willenserklärung, nicht auf Belieferung, zu lauten (ARNET, a.a.O., Art. 13 N 45; JACOBS/GIGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 13 N8ff.; WALTER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Art. 13 N 20; DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A., Rz. 2003; vgl. Rechtsbegehren ZR 114/2015 Nr. 20 S. 86 ff. und RPW 2018/2 S. 482 ff.). Angemerkt werden kann an dieser Stelle aber immerhin, dass das Rechtsbegehren mit den konkret aufgeführten Leistungen eher auf den Vollzug eines bisherigen Vertrags gerichtet zu sein scheint (vgl. auch act. 19 Rz. 13; vgl. Rechtsbegehren Ziffer 1 b „in der bisher üblichen Weise“, act. 11 Rz. 47),

auch wenn ein solcher zwischen den Parteien nicht besteht (siehe Ziffer 6.1). Jedenfalls wird darin nicht explizit ein Vertragsabschluss verlangt.

7.3.2. Zum relevanten Markt

Unabhängig von der Anspruchsgrundlage - Art. 5 oder Art. 7 KG (i.V.m. Art. 12 oder 13 KG) - ist zunächst der relevante Markt zu ermitteln. Beiden Bestimmungen ist nämlich gemeinsam, dass sich die darin normierten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen jeweils auf einen relevanten Markt beziehen (DUCREY, a.a.O., Rz. 1455). Nach der üblichen Definition umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite aufgrund ihrer Eigenschaften (Preis, Qualität) oder ihres Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU).

Zur grundsätzlichen Streitfrage der Definition des relevanten Marktes im KFZ- After-Sales-Bereich hat sich das Handelsgericht des Kantons Zürich bereits im Urteil HE140256 vom 17. Dezember 2014 (ZR 114/2015 Nr. 20 S. 86 ff.) und im Beschluss HG140228 vom 6. März 2015 (RPW 2015/3 S. 724 ff.) geäußert. Dieser Rechtsprechung gefolgt ist das Handelsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 26. März 2018 (RPW 2018/2 S. 482 ff.). In allen drei Entscheiden schlussfolgerten die Gerichte, dass im KFZ-Bereich von einem Sekundärmarkt (After-Sales-Markt / Reparaturmarkt) auszugehen ist, der markenübergreifend abzugrenzen ist. Für die theoretischen Ansätze sei auf die in diesen Entscheiden enthaltenen Erwägungen verwiesen.

Während die Beklagte auf die vorgenannte Rechtsprechung abstellt und erklärt, in casu sei der relevante Markt der markenübergreifende Fahrzeug-Reparaturmarkt an sich und nicht der markenspezifische (act. 11 Rz. 86), definiert ihn die Klägerin anders. Sie führt aus, „der relevante Markt ist der nationale Markt für die Erbringung von Serviceleistungen für die von der Beklagten vertriebenen Marken des Hyundai-Konzerns“. Analog zur Konstellation in der WEKO-Vorabklärung zum AMAG-Vertriebsnetz sei vorliegend von einem separaten Sekundärmarkt für Servicedienstleistungen auszugehen, der markenspezifisch und national abzugrenzen sei (act. 1 Rz. 32). Im Rahmen der Hauptsachenprognose führt sie weiter aus, die Beklagte beherrsche „den Markt der vom Importeur bzw. Hersteller vergüteten Serviceleistungen für Hyundai-Fahrzeuge“ (act. 1 Rz. 34), wozu Garantieleistungen gehören (act. 1 Rz. 33). Damit ist die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes umstritten.

Der relevante Markt ist zwar jeweils im Einzelfall zu bestimmen und als Rechtsfrage vom Gericht frei zu prüfen, doch hat dies jeweils auf Grundlage der von den Parteien vorgebrachten Tatsachen zu erfolgen (vgl. BGE 139 II 316 E. 5.3). Vorliegend wäre es an der Klägerin gelegen, einen markenspezifischen After-Sales-Markt für Serviceleistungen bzw. einen Teilmarkt innerhalb des markenspezifisch abgegrenzten After-Sales-Markt für vom Importeur bzw. Hersteller vergütete Service- und Garantieleistungen glaubhaft zu machen. Die Klägerin macht zwar Vorbringen zum relevanten Markt, behauptet aber die soeben genannten zwei verschiedenen Markt-abgrenzungen und untermauert beide nicht mit Tatsa-

chenbehauptungen (act. 11 Rz. 81 ff.). Zur Begründung ihrer Markt-abgrenzung(en) verweist sie einzig auf die WEKO Vorabklärung betreffend AMAG, ohne zu erklären, wieso die darin enthaltenen Erwägungen auch vorliegend gelten sollten. Dies ist ungenügend, zumal solche Vorabklärungen der WEKO - und auch die darin enthaltenen Verweise auf europäisches Wettbewerbsrecht - für Schweizer Zivilgerichte nicht verbindlich sind (siehe Ziffer 7.2). Hinzu kommt, dass die Vorabklärung eine völlig andere Partei betrifft und die Markt-abgrenzung nur für die Zwecke der Vorabklärung provisorisch getroffen wurde (WEKO Vorabklärung zum AMAG-Vertriebsnetz Rz. 198). Die WEKO selber hat mit Hinweis auf diese Vorabklärung erklärt, dass in gewissen Fällen eine markenspezifische Markt-abgrenzung denkbar sei (GRABER CARDINAUX/BEURET, Neueste Praxis der WEKO: Eine Tour d'Horizon, S. 7; abrufbar auf <https://www.zhaw.ch/storage/sml/institutezentren/zwh/atelier-de-la-concurrence/xxx-adc-presentation-graber-beuret.pdf>): damit erachtet sie sie aber keineswegs als immer zwingend. Wieso hier ein ebensolcher Fall vorliegen sollte, führt die Klägerin nicht aus. Zudem erkennt sie auch nicht die Unterschiede der Sachverhalte. Die Marken des Hyundai-Konzerns lassen sich nicht mit den von der AMAG vertriebenen Marken des Volkswagenkonzerns gleichsetzen: Zu den Marken des Volkswagenkonzerns gehören neben VW mindestens auch Seat, Skoda, Audi und VW Nutzfahrzeuge (vgl. WEKO Vorabklärung zum AMAG-Vertriebsnetz Rz. 2), während zu den Marken des Hyundai Konzerns wohl Hyundai und KIA zu zählen sind. Ein die Marken des Volkswagenkonzerns betreffender Markt wäre demnach breiter als ein auf Marken des Hyundai Konzerns begrenzter Markt. Die Klägerin hat die Marken des Hyundai Konzerns zudem nicht einmal definiert. Damit hat sie also nicht nur zwei verschiedene Markt-abgrenzungen vorgebracht, sondern sie hat diese auch noch unklar formuliert. Diese Argumente für eine markenspezifische Abgrenzung des Marktes und die Abgrenzung selbst überzeugen folglich nicht. Letztlich ist die Marke lediglich der Name eines Produktes oder eine Dienstleistung. Sie ändert aber objektiv nichts an der Substituierbarkeit der Ware oder Dienstleistung, hier der Service- und Reparaturarbeiten. Weiter überzeugt auch das Vorliegen eines markenspezifisch abgegrenzten After-Sales-Marktes für vom Importeur bzw. Hersteller vergütete Service- und Garantieleistungen nicht, auch wenn importeur- bzw. herstellervergütete Garantiarbeiten nur von zugelassenen Werkstätten ausgeführt werden können (act. 1 Rz. 33; act. 11 Rz. 42). Diese Markt-abgrenzung wäre äusserst ergebnisorientiert - je enger der Markt, desto eher wird er beherrscht - und nicht sachlich begründbar, sind die Dienstleistungen selber (unabhängig von der Vergütung) doch substituierbar. Auch geht diese Markt-abgrenzung weit über diejenige in der WEKO Vorabklärung hinaus. Gestützt auf die Ausführungen der Beklagten scheint es ausserdem glaubhaft, dass freie Werkstätten Service- und Reparaturarbeiten an Hyundai-Autos sinnvoll durchführen können. Die Beklagte legt überzeugend dar, dass Informationen auch über die kostenpflichtige Website Hyundai erhältlich sind, mit markenübergreifenden Diagnosegeräte Service- und Reparaturarbeiten vorgenommen werden und dass Ersatzteile und Werkzeuge von Dritten bezogen werden können (act. 11 Rz. 42).

Im Rahmen der im vorliegenden Massnahmeverfahren summarisch erfolgenden Abgrenzung des relevanten Marktes (vgl. BGE 131 III 473 = Pra 95 Nr. 32 E. 2.3) ist angesichts der pauschal gebliebenen klägerischen Ausführungen und gestützt auf das vorstehend Gesagte kein Grund ersichtlich, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Jedenfalls scheint der vorliegende Einzelfall den bisherigen Urteilen des hiesigen Gerichts mehr zu ähneln als der der WEKO- Vorabklärung zugrundeliegende Sachverhalt. Folglich ist vorliegend der relevante Markt als markenübergreifender KFZ-After-Sales-Markt (KFZ-Service- und Reparaturmarkt) zu definieren und nicht von einem markenspezifisch abgegrenzten After-Sales-Markt für Serviceleistungen und schon gar nicht von einem markenspezifisch abgegrenzten After-Sales-Markt für vom Importeur bzw. Hersteller vergütete Service- und Garantieleistungen auszugehen.

7.3.3. Zu Art. 7 KG

Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber 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).

Die Klägerin behauptet pauschal die marktbeherrschende Stellung der Beklagten auf dem markenspezifischen Markt für Serviceleistungen an Hyundai-Fahrzeugen in der Schweiz (act. 1 Rz. 33) und auf dem Markt der vom Importeur bzw. Hersteller vergüteten Serviceleistungen (act. 1 Rz. 34). Die marktbeherrschende Stellung wird seitens der Beklagten bestritten (act. 11 Rz. 82).

Dass der relevante Markt vorliegend nicht markenspezifisch und nicht auf vom Importeur bzw. Hersteller vergüteten Serviceleistungen (Garantieleistungen) abgegrenzt wird, schlägt auch auf die Beurteilung der Marktbeherrschung durch. Der Anteil der Marken des Hyundai-Konzerns - welche von der Klägerin nicht spezifiziert werden - auf dem markenübergreifenden KFZ-After-Sales-Markt ist, wie die Beklagte korrekt bemerkt (act. 11 Rz. 84 ff.), nicht einmal behauptet. Wie die Beklagte ebenfalls zutreffend festhält (act. 11 Rz. 88), ist deshalb praxismässig zulasten der Klägerin anzunehmen, dass er die Schwelle von 20% nicht erreicht, was zur Verneinung der Marktbeherrschung führt (DUCREY, a.a.O., Rz. 1627; RPW 2018/2 S. 482 ff E. 12.5.3). Gründe, weshalb es sich hier anders verhalten sollte, sind nicht ersichtlich und wurden nicht vorgebracht. Unabhängig von der Marktabgrenzung fehlten substantiierte Schilderungen zu den tatsächlichen konkreten Verhältnissen auf dem relevanten Markt im Gesuch ohnehin. Die Vorbringen der Klägerin in der Stellungnahme, welche sich allenfalls auf eine relative Marktmacht der Beklagten beziehen könnten, sind verspätet (vgl. act. 19 Rz. 33 ff.; siehe Ziffer 4). Zudem hat die Beklagte glaub-

haft dargelegt, dass Alternativen für u.a. den Bezug von Informationen und Ersatzteilen verfügbar sind, weshalb auch nicht von einer derartigen Abhängigkeit auszugehen ist (act. 11 Rz. 42; vgl. HÖCHLI/REICH, in: Baker & McKenzie, Kartellgesetz, 2007, Art. 4 N 36).

Nach dem Gesagten ist bereits die Marktbeherrschung nicht glaubhaft gemacht. Die weiteren Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG brauchen deshalb nicht mehr geprüft zu werden. Ob die Klägerin die Beklagte um den Abschluss eines neuen Vertrags ersucht (und diese abgelehnt) hat, kann folglich offen gelassen werden (vgl. act. 1 Rz. 19; act. 11 Rz. 14, 27, 53; vgl. act. 19). Erwähnt werden kann aber, dass das Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit der angedachten Übertragung der Verträge zwischen C. und der Klägerin selbst sicherlich nicht als missbräuchlich ausgelegt werden kann. Hatte die Beklagte sich doch (befristet) zur Übertragung einverstanden erklärt (siehe Ziffer 6.1; act. 11 Rz. 90).

Zusammengefasst hat die Klägerin kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 7 KG glaubhaft gemacht.

7.3.4. Zu Art. 5 KG

Bezüglich Art. 5 KG ist weiter festzuhalten, dass die Klägerin - worauf die Beklagte korrekt hinweist (act. 11 Rz. 93) - lediglich pauschal geltend macht, dass die Beklagte den Markt der importeur- bzw. herstellervergüteten Garantie- und Servicearbeiten in den Reihen immer weniger auserwählter zugelassener Werkstätten behalten wolle, der Klägerin aber die Aufnahme als solche ohne sachliche Gründe verweigert würde. Dies stelle eine Marktabrede i.S.v. Art. 5 KG innerhalb des Hyundai-Netztes dar, indem die Klägerin in ihrem Servicenetz den Markt für vom Importeur bzw. Hersteller vergüteten Serviceleistungen für Hyundai-Fahrzeuge ohne Gründe der wirtschaftlichen Effizienz erheblich beeinträchtigt (abschotte) und wirksamen Wettbewerb beseitigt (act. 1 Rz. 30, 33, 35). Die Klägerin sei auch kein Einzelfall (act. 1 Rz. 30). Zur Glaubhaftmachung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung hätte die Klägerin aber eine Abrede zu behaupten, die entweder (i) eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder (ii) den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede setzt Vereinbarungen oder zumindest aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, voraus (Art. 4 Abs. 1 KG). Die Klägerin führt aber nicht aus, mit wem die Beklagte exakt was vereinbart und wieso dies zu erheblichen Beeinträchtigungen oder Beseitigung des Wettbewerbs führt (vgl. act. 11 Rz. 93). Weiter hat sie auch keine Verträge oder sonstige Dokumente der Beklagten mit Dritten eingereicht, aus denen solche Abreden ersichtlich sein könnten. Folglich hat die Klägerin keine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG glaubhaft gemacht.

7.3.5. Zwischenfazit

Nachdem Art. 4 KFZ-Bek als Verfügungsanspruch von vornherein nicht in Frage kommt (siehe Ziffer 7.2), hat

die Klägerin mit ihren zu pauschal gebliebenen Ausführungen (unabhängig von der Abgrenzung des relevanten Marktes) auch keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 5 oder 7 KG glaubhaft gemacht. Folglich sind keine zivilrechtlichen Ansprüche nach Art. 12 und/oder Art. 13 KG (i.V.m. Art. 5 oder Art. 7 KG) und somit kein kartellrechtlich begründeter Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht.

8. Fazit

Aus dem Gesagten erhellt sich, dass es der Klägerin nicht gelingt, einen Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen. Damit sind die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen (siehe Ziffer 5) nicht erfüllt. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist abzuweisen. Die mit Verfügung vom 9. Mai 2019 superprovisorisch angeordneten Massnahmen fallen mit sofortiger Wirkung dahin.

Nachdem bereits der Verfügungsanspruch verneint wurde, brauchen die weiteren Voraussetzungen nicht geprüft zu werden. Der Vollständigkeit halber sei trotzdem angemerkt, dass die beantragten Leistungsmassnahmen angesichts der vorliegenden Parteiinteressen auch nicht verhältnismässig scheinen. Zum einen wurde deren Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit nicht dargelegt, ist doch nicht ersichtlich für was welche Massnahme (z.B. welches System) genau benötigt wird. Zum anderen scheint das Interesse der Klägerin an dem Zugang und den Informationen nicht sonderlich hoch zu sein. Hatte sie ihre Zustimmung zur Vertragsübertragung bereits nur unter einer Bedingung, deren Erfüllung von vornherein bereits unwahrscheinlich erschien (siehe Ziffer 6), erteilt. Damit hat sie jedenfalls damals die Vertragsübertragung als nicht zwingend notwendig erachtet, auch wenn sie dies heute in Abrede stellt (act. 1 Rz. 25) (für die klägerischen Äusserungen nach Aktenschluss siehe Ziffer 4). Im Gegensatz dazu scheint die Erbringung von nicht rückgängig machbarer Leistungen für die Beklagte einen vergleichsweise grossen Eingriff darzustellen (Leistungsmassnahmen; siehe Ziffer 5).

9. Sicherheit

Gemäss Art. 265 Abs. 3 ZPO kann das Gericht bei Gesuchen um vorsorgliche Massnahmen die gesuchstellende Partei von Amtes wegen zu einer vorgängigen Sicherheitsleistung verpflichten. Die Anordnung liegt im richterlichen Ermessen und drängt sich dann auf, wenn die realistische Gefahr der Schädigung der Gegenpartei besteht (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 265 N 20; vgl. HUBER, a.a.O., Art. 265 N 22; Botschaft ZPO, S. 7356). Vorliegend wurde die Klägerin mit Verfügung vom 9. Mai 2019 verpflichtet, eine Sicherheit von CHF 25'000.- zu leisten (act. 4). Dieser Verpflichtung kam sie fristgerecht nach (act. 6A).

Mit der Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen ist vorliegend auch über den Verbleib dieser geleisteten Sicherheit zu entscheiden. Da die Sicherheit dazu dient, allfällige, aufgrund der superprovisorisch angeordneten Massnahmen entstandenen Schäden der Beklagten zu decken, fällt eine sofortige Anordnung der Auszahlung ausser Betracht, wenn nicht ausgeschlossen ist, dass eine Schadenersatzklage erhoben wird (Art. 264 Abs. 3 ZPO; ZÜRCHER, in: Brunner/Gasser/

Schwander, DIKE-ZPO-Kommentar, Art. 197-408, 2. A., 2016, Art. 264 N 21; HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 264 N 37). Gleichzeitig kann die Sicherheit aber auch nicht unbefristet einbehalten werden. Entsprechend sieht Art. 264 Abs. 3 ZPO vor, dass eine geleistete Sicherheit freizugeben ist, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird; bei Ungewissheit setzt das Gericht eine Frist zur Klage an. Vorliegend ist eine Schadenersatzklage ungewiss. Folglich ist zum einen die Obergerichtskasse darauf hinzuweisen, dass diese Sicherheit nur aufgrund einer ausdrücklichen gerichtlichen Anordnung hin ausbezahlt werden darf (vgl. § 17 Verordnung des Obergerichts über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten). Zum anderen ist der Beklagten eine Frist anzusetzen, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf Ersatz des durch die superprovisorisch angeordneten vorsorglichen Massnahmen erlittenen Schadens (Schadenersatzklage) anzuheben; unter der Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf die Sicherheit angenommen wird und die Klägerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Herausgabe der Sicherheit verlangen kann. Eine Frist von 60 Tagen scheint angesichts des Entfallens eines Schlichtungsverfahrens (Art. 198 lit. h ZPO), des Aufwands für die Erarbeitung einer entsprechenden Klageschrift sowie unter Berücksichtigung der Rechtsmittelfrist verhältnismässig (vgl. zum Ermessen SPRECHER, a.a.O., Art. 264 N 65). Allfällige Gerichtsferien sind nicht zu berücksichtigen (vgl. Art. 145 Abs. 2 ZPO). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuchs (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden, nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

Sollte die Beklagte die Schadenersatzklage nachgewiesenermassen nicht innert (allenfalls erstreckter) Frist einreichen, wird Verzicht auf die Sicherheit angenommen und die Klägerin kann beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Auszahlung der Sicherheit verlangen (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 264 N 21). Vor Auszahlung der Sicherheit wäre der Beklagten das rechtliche Gehör zu gewähren. Das Recht auf Einreichung einer Schadenersatzklage zu einem späteren Zeitpunkt wird durch den ungenutzten Ablauf der Frist nicht verwirkt (HUBER, a.a.O., Art. 264 N 37; SPRECHER, a.a.O., Art. 264 N 65).

Letztlich braucht der Eventualantrag der Beklagten bezüglich Verpflichtung der Klägerin zur Leistung einer zusätzlichen Sicherheit aufgrund der Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahme nicht behandelt zu werden.

10. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend bezif-

fert die Klägerin den Streitwert auf CHF 100'000.- (act. 1 Rz. 5). Die Beklagte hat diesen Streitwert nicht bestritten (vgl. act. 11 Rz. 35 ff.) und erscheint auch nicht offensichtlich unrichtig zu sein (vgl. Art. 91 Abs. 2 ZPO). Ausgehend vom genannten Streitwert ist die Gerichtsgebühr - unter Berücksichtigung des entstandenen Aufwands des Gerichts - auf CHF 6'600.- festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG) und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Sodann hat die Klägerin als unterliegende Partei der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Höhe der Entschädigung für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In Anwendung von §§ 4, 9 und 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 7'250.- festzusetzen.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei aufgrund aussergewöhnlicher Umstände nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Nachdem die Beklagte keine solchen aussergewöhnlichen Umstände behauptet und belegt, ist ihr die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (BGer Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104/2005 Nr. 76 S. 291 ff. E. III.2.).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Damit fallen die mit Verfügung vom 9. Mai 2019 angeordneten Massnahmen ersatzlos dahin.

3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die von der Klägerin geleistete Sicherheit nur auf ausdrückliche gerichtliche Anordnung hin auszubezahlen.
4. Der Beklagten wird eine Frist bis 13. September 2019 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Schadenersatzklage im Sinne von Ziffer 9 der Erwägungen anzuheben, unter der Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf die Sicherheit angenommen wird und die Klägerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Herausgabe der Sicherheit verlangen kann.
5. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 6'600.- festgesetzt.
6. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss gedeckt.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'250.- zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 19 sowie act. 20/1-3, sowie an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich und die Wettbewerbskommission, Sekretariat, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern.
9. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 100'000.-.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
BB Bundesbeschluss
BBI Bundesblatt
BG Bundesgesetz
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer Bundesgericht
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN Bulletin officiel du Conseil national
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR Bundesrat
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV Bundesverfassung
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
CE Communauté Européenne
CE Conseil des Etats
CF Conseil fédéral
FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO Code des obligations
Cost. Costituzione federale
CPC Code (cantonal) de procédure civile
CPS Code pénal suisse
cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
KMU Kleine und mittlere Unternehmen
KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF Loi fédérale / Legge federale
LL Legge federale sul lavoro
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPR Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

and Trade
Verordnung über
Gebrauchsgegenstände
Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht
Gemeinschaftsunternehmen

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Q		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 928, 949 ff.
- abgestimmte Verhaltensweise 947 ff., 951, 954, 956, 961, 1108
- Abrede 927 ff., 935 f., 938, 941, 947 ff., 952 ff., 956 ff., 997, 1000 ff., 1004 ff., 1011 f., 1015 f., 1018 ff., 1026, 1074 ff., 1078, 1105 ff.
- Acquiring -
- Anhörung 1101
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) 950 f., 1026
- B**
- Banken 1018 f., 1104
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 950, 952
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 929, 965 f., 981, 984
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung 1019
- einvernehmliche Regelung 1074 ff.
- Erheblichkeit 928 f., 965, 969, 971, 973, 975, 979 f., 1006, 1106
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 950 f.
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 949 f.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 944 ff., 966, 1001, 1021 f., 1027, 1032, 1038, 1080
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 1022 ff., 1027, 1031, 1033 f., 1037 ff., 1106, 1108
- Marktgegenseite 966 f., 981, 1022, 1027 f., 1033, 1035, 1037, 1039, 1106 f.
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 948, 1037, 1108
- Marktzutrittsschranken -
- Meldepflicht 935 f., 1022, 1026 f., 1032 f., 1038 f., 1048, 1075, 1080
- Missbrauch 988, 997, 1030 f., 1106, 1108
- N**
- Netzwerk 963
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 949 f.
- potenzieller Wettbewerb -
- Preisabrede 928, 931, 957 ff., 968 ff., 975, 977 ff., 985, 988, 1005 f., 1008, 1012, 1015
- Preisbindung zweiter Hand 936
- Q**
- Quersubventionierung 982
- R**
- Rabatte 930 ff., 943, 955 ff., 967 ff., 981 ff., 986, 989 f., 993, 995, 1014 ff.
- Reduktion der Sanktion 1009 f.
- S**
- Sanktionen 982 f., 986 ff., 995, 998, 1001, 1011, 1055, 1074, 1076 f.
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -

Submissionskartell -

T

Tarife 949, 951, 1043, 1045, 1054

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen 950 f.

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 927, 930, 933 ff., 939, 950 f., 963, 966, 983 f.,
986 f., 990 f., 993 ff., 1002, 1005 ff., 015 ff., 1041, 1046,
1074 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede 928, 931 f., 947, 982, 990,
1019 f., 1076, 1106, 1108

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung -

Verschulden 988, 998 ff., 1004 ff., 1013

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 928, 947, 1019, 1027

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -