



Verfügung

vom 25. Mai 2020

in Sachen

Untersuchung 32-0263 gemäss Art. 27 KG
betreffend

Netzzugang EGZ und ewl

wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG,

gegen

1. **ewl Energie Wasser Luzern Holding AG**, Industriestrasse 6, 6002 Luzern
2. **Erdgas Zentralschweiz AG**, Industriestrasse 6, 6002 Luzern,
beide vertreten durch RA David Mamane, Schellenberg Wittmer AG,
Löwenstrasse 19, 8021 Zürich

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),
Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin), Armin Schmutzler
(Vizepräsident),
Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold, Winand Emons,
Clémence Grisel Rapin, Pranvera Këllezi, Isabel Martínez, Rudolf
Minsch, Martin Rufer, Henrique Schneider.

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	4
A.1	Gegenstand der Untersuchung	4
A.1.1	Verweigerung des Netzzugangs zur Belieferung des Anzeigers.....	4
A.1.2	Verweigerung des Netzzugangs zur Belieferung von [...] in der Stadt Luzern	5
A.1.3	Grundlagen des Netzzugangs	6
A.1.3.1	Grundzüge des Netzzugangs gemäss Verbändevereinbarung.....	6
A.1.3.2	Arbeiten an einem Gasversorgungsgesetz.....	9
A.1.4	Grundlagen im Bereich der Erdgaslieferung.....	10
A.2	Verfahrensgeschichte	11
B	Erwägungen	13
B.1	Geltungsbereich.....	13
B.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	13
B.1.2	Sachlicher Geltungsbereich.....	14
B.1.3	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	14
B.2	Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO	14
B.3	Verfügungsadressatinnen	15
B.4	Vorbehaltene Vorschriften	16
B.4.1	Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG.....	16
B.4.2	Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG.....	18
B.5	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	18
B.5.1	Die relevanten Märkte	19
B.5.1.1	Vorbemerkungen zu den Märkten im Erdgasbereich.....	19
B.5.1.2	Sachlich relevante Märkte.....	20
B.5.1.2.1	Infrastrukturbezogene Märkte.....	20
B.5.1.2.2	Märkte für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden	20
B.5.1.3	Räumlich relevante Märkte	21
B.5.1.3.1	Infrastrukturbezogene Märkte.....	22
B.5.1.3.2	Märkte für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden	22
B.5.1.4	Vorbringen der Parteien zur Marktabgrenzung.....	23
B.5.1.5	Ergebnis relevante Märkte	24
B.5.2	Beurteilung der Marktstellung.....	24
B.5.2.1	Aktueller Wettbewerb in den infrastrukturbezogenen Märkten	25
B.5.2.2	Potentieller Wettbewerb in den infrastrukturbezogenen Märkten.....	25
B.5.2.3	Stellung der Marktgegenseite	26
B.5.2.4	Zwischenfazit.....	26
B.5.3	Unzulässige Verhaltensweisen.....	26
B.5.3.1	Allgemeines	26
B.5.3.2	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)	28
B.5.3.2.1	Voraussetzungen	28
B.5.3.2.2	Geschäftsverweigerung.....	30
B.5.3.2.3	Von der Verweigerung betroffener Input.....	31

B.5.3.2.4	Eignung zur Wettbewerbsbehinderung.....	32
B.5.3.2.5	Sachliche Rechtfertigungsgründe.....	33
B.5.3.3	Zwischenfazit.....	40
B.5.4	Ergebnis.....	40
B.6	Massnahmen.....	40
B.6.1	Einvernehmliche Regelung.....	41
A.	Vorbemerkungen	41
	Vereinbarungen	41
B.6.2	Sanktionierung.....	42
B.6.2.1	Allgemeines.....	42
B.6.2.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG.....	43
B.6.2.2.1	Unternehmen.....	43
B.6.2.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG.....	43
B.6.3	Vorwerfbarkeit.....	43
B.6.4	Bemessung.....	44
B.6.4.1	Maximalsanktion.....	44
B.6.4.2	Konkrete Sanktionsberechnung.....	45
B.6.4.2.1	Basisbetrag.....	46
B.6.4.2.2	Dauer des Verstosses.....	50
B.6.4.2.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	52
B.6.4.3	Verhältnismässigkeitsprüfung.....	53
B.6.5	Ergebnis.....	53
C	Kosten	54
D	Ergebnis	54
E	Dispositiv	56

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit dem Zugang zur Netzinfrastruktur im Bereich der Erdgaslieferung. Im Rahmen der Untersuchung soll geprüft werden, ob die Verweigerung des Netzzugangs durch die ewl Energie Wasser Luzern Holding AG (nachfolgend: ewl) und die Erdgas Zentralschweiz AG (nachfolgend: EGZ) zur Belieferung von Endkundinnen und Endkunden durch einen Dritten über ihre Rohrleitungsnetze eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG¹ darstellt.

2. Die ewl ist ein lokales Gasversorgungsunternehmen (nachfolgend: GVU), welches primär die Endkundinnen und Endkunden in der Stadt Luzern über sein Rohrleitungsnetz mit Erdgas beliefert. Die ewl ist eine Aktiengesellschaft, die sich zu 100 Prozent im Eigentum der Stadt Luzern befindet. Im Jahr 2019 hatte die ewl einen Erdgasabsatz von 2521,4 GWh. Der Erdgasabsatz an Endkundinnen und Endkunden betrug 1373,7 GWh, der Absatz an Dritte 1147,2 GWh.²

3. Bei der EGZ handelt es sich um ein regionales GVU. Die EGZ ist für die Beschaffung, den Transport und die Speicherung von Erdgas sowie die Belieferung der nachgelagerten lokalen GVU in der Zentralschweiz zuständig. Mehrheitsaktionärin der EGZ ist die ewl mit einem Anteil von 64,95 %.³

A.1.1 Verweigerung des Netzzugangs zur Belieferung des Anzeigers

4. [...] (nachfolgend: Anzeiger) ist ein an das lokale Verteilnetz der ewl angeschlossener Haushaltskunde, der Erdgas zum Kochen und Heizen verwendet.

5. Anfang März 2017 schloss der Anzeiger mit der Drittlieferantin Enerprice Service AG (nachfolgend: Enerprice) einen drei Jahre laufenden Gasliefervertrag für den Zeitraum vom 1. Januar 2018, 6.00 Uhr bis 1. Januar 2021, 6.00 Uhr ab.⁴ Anschliessend stellte der Anzeiger bei der Koordinationsstelle Durchleitung (nachfolgend: KSDL) ein Netzzugangsgesuch, um Enerprice den Transport von Erdgas über das Hochdruckrohrleitungsnetz der EGZ und das Niederdruckrohrleitungsnetz der ewl bis zu seinem Hausanschlusspunkt zu ermöglichen. Beim Netzzugangsgesuch des Anzeigers handelt es sich um einen einzelnen Transport für eine Transportkapazität von 4,5 Nm³/h.⁵

6. Die KSDL leitete das Gesuch praxismässig an die ewl und die EGZ als betroffene Netzbetreiber weiter. Die EGZ lehnte das Gesuch mit Schreiben vom 7. April 2017 ab, da die Durchführung dieses Transportes technisch nicht möglich und wirtschaftlich nicht zumutbar

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

² Vgl. Geschäftsbericht ewl 2019, 8 und 17; https://gb.ew-luzern.ch/fileadmin/user_upload/redakteure/gb2019/pdf/ewl-GB2019_Jahresbericht.pdf (25.5.2020).

³ Vgl. Geschäftsbericht ewl 2019 (Fn 2), 22.

⁴ Verbindliches Angebot Erdgaslieferung (act. 11), Ziff. 2.

⁵ Vgl. Anzeige (act. 1), Rz 2. Nm³ ist die Einheit für das Gasvolumen im Normzustand (d. h. bei einem bestimmten Standarddruck und einer bestimmten Standardtemperatur). Dieses Volumen multipliziert mit dem Brennwert (in kWh pro m³ bezogen auf den Normzustand) ergibt die Energie eines bestimmten Gasvolumens in kWh. Dividiert man die Energie durch die Zeiteinheit (h für Stunde), so resultiert daraus die Leistung in kW. Die Einheit Nm³/h misst daher die Leistung bzw. Kapazität einer Leitung für den Durchfluss von Gas.

sei.⁶ Die ewl verwies nach mehrmaligem Nachfragen des Anzeigers mit Schreiben vom 12. Juni 2017 darauf, dass sich die Frage des Netzzugangs nicht stelle, da bereits die EGZ als vorgelagerte Gasnetzbetreiberin diesen verweigere.⁷ Auf Aufforderung des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat), die Frage des Zugangs zum lokalen Netz unabhängig von der Möglichkeit des Transports auf dem Netz der EGZ zu beurteilen, legte die ewl dar, dass sie die Frage, ob sie dem Gesuchsteller Netzzugang gewähren kann, nicht beantworten könne, da noch viel zu viele Fragen offen seien, die durch den Gesetzgeber geklärt werden müssten.⁸

7. Mit Schreiben vom 19. Juni 2017 (nachfolgend: Anzeige) reichte der Anzeiger bei der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Anzeige ein. Darin beanstandete er, dass die ewl und die EGZ sein Netzzugangsgesuch betreffend Durchleitung von drittbeschafftem Erdgas abgelehnt bzw. sich nicht dazu geäußert hätten. Dies stelle einen Verstoß gegen Art. 7 KG dar.⁹

A.1.2 Verweigerung des Netzzugangs zur Belieferung von [...] in der Stadt Luzern

8. Im Herbst 2017 sowie im Frühjahr 2018 stellte die Enerprice Gesuche um Netzzugang zur Belieferung von Liegenschaften der [...] (nachfolgend: [...]) in verschiedenen Schweizer Städten. Unter anderem reichte Enerprice auch in Bezug auf drei [...] im Netzgebiet der ewl in der Stadt Luzern Netzzugangsgesuche ein. Betroffen sind folgende Liegenschaften, die über eine mit Erdgas betriebene Wärmezentrale verfügen:

- [...], für die Lieferperiode von 1. Januar 2019 bis 1. Januar 2020 (Netzzugangsgesuch vom 8. September 2017 mit Ergänzungen vom 23. November 2017¹⁰) für eine Transportkapazität von 27 Nm³/h;
- [...], für die Lieferperiode von 1. Januar 2020 bis 1. Januar 2021 (Netzzugangsgesuch vom 8. September 2017 mit Ergänzungen vom 23. November 2017¹¹) für eine Transportkapazität von 44 Nm³/h;
- [...], für die Lieferperiode von 1. Januar 2019 bis 31. Dezember 2019 (Netzzugangsgesuch vom 18. Mai 2018) für eine Transportkapazität von 30 Nm³/h.¹²

9. Diese Netzzugangsgesuche wurden von der EGZ mit Schreiben vom 6. Dezember 2017 betreffend die Liegenschaften an der Seefeldstrasse sowie mit Schreiben vom 26. Juli 2018 betreffend die Liegenschaft an der Pilatusstrasse abgelehnt. Begründet wurden diese Ablehnungen einerseits damit, dass der angefragte Transport zur Drittbelieferung von Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl mit Erdgas der Verbändevereinbarung (vgl. unten Rz 13 ff.) widerspreche und technisch nicht möglich und wirtschaftlich nicht zumutbar sei.¹³ Andererseits brachte EGZ vor, die angefragten Transporte seien ohne eine minimale spezialgesetzliche Grundlage, welche deren Durchführung regle, und ohne zusätzliche technische Vorkehrungen technisch nicht möglich und wirtschaftlich nicht zumutbar.¹⁴

⁶ Vgl. Anzeige (act. 1), Beilage 3.

⁷ Vgl. Anzeige (act. 1), Beilagen 4 und 5.

⁸ Vgl. Stellungnahme ewl vom 25.9.2017 (act. 12), 11.

⁹ Vgl. Anzeige (act. 1), 1.

¹⁰ Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Rz 1.

¹¹ Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Rz 1.

¹² Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Sammelbeilagen 1 und 2.

¹³ Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Beilage 5.

¹⁴ Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Beilage 10.

10. Die Enerprice reichte am 26. September 2018 im Kontext mit diversen Netzzugangsverweigerungen zur Drittbelieferung von [...] eine Anzeige bei der WEKO gegen die EGZ sowie weitere regionale Gasnetzbetreiber ein.¹⁵ Von dieser Anzeige mitumfasst waren die Netzzugangsverweigerungen hinsichtlich der [...] in der Stadt Luzern im Netzgebiet der ewl. Enerprice ist der Auffassung, dass die Verweigerungen des Netzzugangs zu Unrecht erfolgten und einen Verstoss gegen Art. 7 KG darstellen.¹⁶

A.1.3 Grundlagen des Netzzugangs

11. Bei der Lieferung von Erdgas gilt es im Wesentlichen zwischen dem (weiträumigen) Transport über Hochdruckrohrleitungen und der (kleinräumigen) Verteilung über Niederdruckrohrleitungen zu unterscheiden.¹⁷ Die Endkundinnen und Endkunden sind in aller Regel am Niederdruckrohrleitungsnetz eines lokalen Gasnetzbetreibers angeschlossen. Damit ein dritter Verkäufer Endkundinnen und Endkunden mit Erdgas beliefern kann, ist er zwingend auf den Transport über das lokale Niederdruckrohrleitungsnetz sowie das vorgelagerte regionale Hochdruckrohrleitungsnetz angewiesen. Die Tätigkeiten des Transports und der Verteilung von Erdgas («Netznutzung») über die Rohrleitungen der angestammten Gasnetzbetreiber stellen in aller Regel natürliche Monopole dar, da es für Drittlieferanten zu kostenintensiv wäre, parallele Rohrleitungsnetze aufzubauen. Dies impliziert, dass aufgrund des Monopolcharakters des Rohrleitungsnetzes grundsätzlich nur ungenügend Wettbewerb beim Transport und der Verteilung von Erdgas stattfinden kann (vgl. Abschnitt B.5.2.2 und Abschnitt B.5.3.2.3).¹⁸

12. Bei den rund 100 Gasnetzbetreibern in der Schweiz handelt es sich grösstenteils um vertikal integrierte GVU, welche sowohl im Bereich der Erdgaslieferung als auch im Bereich des Netzbetriebs tätig sind. Da Drittlieferanten zur Belieferung von Endkundinnen und Endkunden, die an einem bestimmten Rohrleitungsnetz angeschlossen sind, auf die Durchleitung über dieses Netz sowie über die vorgelagerten Rohrleitungsnetze angewiesen sind, werden diese im Falle der Ablehnung eines Netzzugangsgesuchs durch die involvierten GVU davon abgehalten, die betroffene Endkundin resp. den betreffenden Endkunden mit Erdgas zu beliefern. In diesem Fall erfolgt die Versorgung wie bislang durch die involvierten GVU im Rahmen eines faktischen Versorgungsmonopols. Im Falle solcher Netzzugangsverweigerungen werden Drittlieferanten von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Bereich der Erdgaslieferung durch vertikal integrierte GVU abgehalten.

A.1.3.1 Grundzüge des Netzzugangs gemäss Verbändevereinbarung

13. Der Zugang Dritter zum Erdgasnetz in der Schweiz ist nur marginal gesetzlich geregelt: Einerseits in Art. 13 RLG¹⁹ und andererseits durch die allgemeinen Normen des Kartellgesetzes. Eine umfassende spezialgesetzliche Regelung – wie sie etwa im Bereich der Stromversorgungsgesetzgebung besteht – existiert für den Gasbereich bis heute nicht. Art. 13 Abs. 1 RLG hält lediglich fest, dass die Schweizer Gasnetzbetreiber verpflichtet sind, gegen eine angemessene Gegenleistung Erdgastransporte für Dritte zu übernehmen, sofern dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist.

¹⁵ Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38).

¹⁶ Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Rz 10 und 12.

¹⁷ Hochdruckrohrleitungen sind Rohrleitungen mit einem Druck grösser als 5 bar; vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 26.6.2019 (Rohrleitungsverordnung, RLV; SR 746.11) i. V. m. Art. 1 Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 4.10.1963 (Rohrleitungsgesetz, RLG; SR 746.1).

¹⁸ Vgl. RPW 2014/1, 115 Rz 43 ff., *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁹ Rohrleitungsgesetz (Fn 17).

14. Seit dem 1. Oktober 2012 wird der Zugang zum Erdgasnetz ausserdem durch die «Ver- einbarung zum Netzzugang beim Erdgas» (nachfolgend: Verbändevereinbarung)²⁰ geregelt. Bei der Verbändevereinbarung handelt es sich um ein privatrechtliches Regelwerk, in welchem die Bedingungen für den Dritttransport zu industriellen Grosskunden festgelegt sind. Die Ver- einbarung hat die Form eines Vertrags zwischen der Genossenschaft VSG ASIG (nachfol- gend: VSG), welche die Position der Netzbetreiber vertritt, und der Interessensgemeinschaft Erdgas sowie der Interessensgemeinschaft Energieintensiver Branchen, welche die Position der industriellen Erdgasbezüger bzw. der Netzkunden vertreten.²¹

15. Ziel der Verbändevereinbarung ist die Sicherstellung eines reibungslosen Gasnetzzu- gangs für die Belieferung von industriellen Grossverbrauchern in der Schweiz.²² Gemäss der Verbändevereinbarung ist netzzugangsberechtigt, wer pro Verbrauchsstelle *kumulativ* fol- gende Voraussetzungen erfüllt:

- Die vertragliche Transportkapazität des Netznutzers beträgt mindestens 150 Nm³/h. Auf dem Betriebsareal eines Unternehmens mit einem Bezugsvertrag können ver- schiedene Anschlussstellen kumuliert werden;
- Der Netznutzer setzt Erdgas primär als Prozessgas ein;
- Der Netznutzer verfügt über eine Lastgangmessung und Datenfernübertragung ge- mäss ANB.²³

16. Aufgrund eines seitens des VSG eingeleiteten Widerspruchsverfahrens im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG führte das Sekretariat im Jahr 2013 eine Vorabklärung durch, in welcher verschiedene Regelungen der Verbändevereinbarung einer (nicht abschliessenden) kartellrechtlichen Beurteilung unterzogen wurden.²⁴ Die Vorabklärung wurde mit Schlussber- icht vom 16. Dezember 2013 – mit diversen Vorbehalten und ausdrücklich weiterhin beste- hender Sanktionsdrohung – eingestellt.²⁵ Der Schlussbericht hielt dabei unter anderem fest, dass die Anwendung der Netzzugangskriterien, wonach der Netzkunde eine vertragliche Transportkapazität von mindestens 200 Nm³/h (aktuell: 150 Nm³/h) nachfragen und das trans- portierte Erdgas primär als Prozessgas genutzt werden muss, unter gewissen Umständen eine Verweigerung einer Geschäftsbeziehung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG und eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könne.²⁶

17. Die zentrale Instanz für die Abwicklung von Netzzugangsgesuchen im Anwendungsbe- reich der Verbändevereinbarung ist die bei der Swissgas AG (nachfolgend: Swissgas) ange- siedelte KSDL. Sie koordiniert im Auftrag der Netzbetreiber den Netzzugang über sämtliche Netzebenen hinweg und stellt Standardverträge sowie andere netzzugangsrelevante Informa-

²⁰ www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Verbändevereinbarung; http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Verbaendevereinbarung.pdf (25.5.2020).

²¹ Vgl. RPW 2014/1, 110 Rz 1, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

²² Vgl. RPW 2014/1, 116 Rz 54, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

²³ Allgemeine Netznutzungsbedingungen; www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Allgemeine Netznutzungsbedingungen (ANB), http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/ANB_V_1.5a.pdf (25.5.2020).

²⁴ Vgl. RPW 2014/1, 111 Rz 8 ff., *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

²⁵ Vgl. RPW 2014/1, 146 Ziff. 17, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

²⁶ Vgl. RPW 2014/1, 146 Ziff. 15 und 16, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

tionen zur Verfügung. Die KSDL gibt interessierten Netzkunden Auskunft über freie Transportkapazitäten auf dem schweizerischen Hochdrucknetz und publiziert auf ihrer Internetplattform²⁷ die Netznutzungsentgelte der Netzbetreiber (pro Netzebene).²⁸

18. Um Erdgas von einer Einspeisestelle in das schweizerische Erdgasnetz zur Ausspeisestelle bei der Endkundin oder beim Endkunden transportieren zu lassen, nimmt der Netzkunde – dies kann ein Erdgaslieferant, ein Dienstleister oder die Endkundin resp. der Endkunde selbst sein – eine oder mehrere dieser Netzebenen in Anspruch. Für jede in Anspruch genommene Netzebene wird ein separates Netznutzungsentgelt in Rechnung gestellt. Für die lokale Netzebene erfolgt die Ermittlung des Netznutzungsentgelts gemäss dem Branchenstandard «Nemo»²⁹, für die regionale und überregionale Netzebene gemäss dem Branchenstandard «Entgelte für regionale und überregionale Zonen».³⁰ Der Netzkunde schliesst lediglich einen Netznutzungsvertrag mit jenem Netzbetreiber ab, an dessen Netz die zu beliefernde Endkundin resp. der zu beliefernde Endkunde angeschlossen ist. Mit diesem Netznutzungsvertrag erhält er auch automatischen Zugang zu den entsprechenden Vorliegernetzen in der Schweiz.³¹

19. Der Ablauf im Falle einer Drittbelieferung kann in die Phasen *Anbahnung* und *Abwicklung* unterteilt werden.³² Die *Anbahnung* der Netznutzung gestaltet sich wie folgt:

- Der interessierte Netzkunde sendet seinen Antrag auf Netzzugang an die KSDL, welche verifiziert, ob die Voraussetzungen für Netzzugang gemäss Verbändevereinbarung erfüllt sind. Für die Behandlung von Gesuchen um Netzzugang wird von der KSDL eine Bearbeitungsgebühr erhoben. Die Bearbeitungsgebühr beträgt bei erstmaligen Gesuchen 1200 Franken sowie bei erneuten Gesuchen 430 Franken pro vom Gesuch betroffenen Netzbetreiber. Mit der Bezahlung der Bearbeitungsgebühr sind sämtliche Tätigkeiten der KSDL bis und mit Abschluss eines Netzbeneutzungsvertrages abgegolten.³³
- Die KSDL informiert die betroffenen Netzbetreiber, welche prüfen, ob der beantragte Netzzugang im Sinne von Art. 13 RLG durchführbar ist. Bei positiver Prüfung sendet der vertragsschliessende Netzbetreiber einen Netznutzungsvertrag an die KSDL. Die KSDL prüft den Netznutzungsvertrag und sendet ihn dem Gesuchsteller zur Unterzeichnung. Sie koordiniert und berät bei Bedarf die Parteien.
- Mit Unterzeichnung des Vertrages erhält der Netzkunde das Recht, vom definierten Einspeisepunkt zum definierten Ausspeisepunkt Erdgas innerhalb der vereinbarten Kapazität zu transportieren.

²⁷ <http://www.ksdl-erdgas.ch>.

²⁸ Vgl. RPW 2014/1, 117 Rz 55, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

²⁹ Vgl. <http://www.ksdl-erdgas.ch> > Downloads > Nemo Handbuch; http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Nemo_Basisdokument_2016.pdf (25.5.2020).

³⁰ Vgl. www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Grundsätze zu Entgelte regionale und überregionale Zone; http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Entgelte_regionale_ueberregionale_Zonen.pdf (25.5.2020).

³¹ Vgl. RPW 2014/1, 117 f. Rz 57 f., *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

³² Vgl. RPW 2014/1, 118 Rz 63, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

³³ In aufwändigen Fällen ist die KSDL berechtigt, die Gebühr angemessen zu erhöhen; vgl. Ziff. 2-4 der Gebührenordnung der KSDL für die Behandlung von Gesuchen um Netzzugang von Dritten; http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/KSDL-Gebuehrenordnung_ab_09-10-01.pdf (25.5.2020).

- Der Netzkunde hat die Möglichkeit, seinen Netznutzungsvertrag in eine Bilanzgruppe³⁴ seiner Wahl innerhalb einer Bilanzzone³⁵ einzubringen. Dazu schliesst er mit dem entsprechenden Bilanzgruppenverantwortlichen³⁶ einen Dienstleistungsvertrag ab. Der Bilanzgruppenverantwortliche³⁷ informiert den regionalen Netzbetreiber mit Kopie an die KSDL schriftlich.³⁸
20. Danach gestaltet sich die *Abwicklung* der Netznutzung wie folgt:
- Der Netzkunde bzw. Bilanzgruppenverantwortliche nominiert entsprechend den Regeln der ANB bzw. des Bilanzgruppenvertrages (BGV)³⁹ bei Swissgas und beim Bilanzgruppenverantwortlichen.
 - Der Bilanzgruppenverantwortliche informiert den Netzkunden bzw. Bilanzgruppenverantwortlichen monatlich über die Nutzung des Toleranzbandes und sendet ihm falls erforderlich eine Rechnung gemäss ANB bzw. BGV.⁴⁰

A.1.3.2 Arbeiten an einem Gasversorgungsgesetz

21. Die Erarbeitung eines Gasversorgungsgesetzes (nachfolgend: GasVG) wurde vom Bundesrat in die Legislaturplanung 2015–2019 aufgenommen. Das BFE hat im Jahr 2014 damit begonnen, die Grundlagen für ein GasVG zu erarbeiten. Dazu wurden verschiedene Grundlagenstudien in Auftrag gegeben und publiziert.⁴¹

22. Vom 30. Oktober 2019 bis 14. Februar 2020 wurde eine Vernehmlassung zum GasVG durchgeführt. In Bezug auf den Netzzugang sieht der Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates eine regulatorische Teilmarktöffnung vor. Lediglich Endkundinnen und Endkunden mit

³⁴ Eine *Bilanzgruppe* ist ein rechtlicher Zusammenschluss von Netznutzern zu einer Mess- und Abrechnungseinheit im Rahmen des Bilanzmanagements. Innerhalb einer Bilanzgruppe hat ein Bilanzausgleich zwischen den Einspeisungen (Bezugsfahrpläne) und den Ausspeisungen (Lieferfahrpläne) zu erfolgen. Jeder Marktteilnehmer, der Energie innerhalb einer Bilanzzone transportieren möchte, hat sich einer Bilanzgruppe anzuschliessen oder selber eine solche zu gründen.

³⁵ Innerhalb der *Bilanzzone* können alle Ein- und Ausspeisepunkte einer Bilanzgruppe zugeordnet werden. Derzeit gibt es in der Schweiz im Erdgasbereich 6 Bilanzzonen (Zonen Westschweiz, Mittelland, Ostschweiz inkl. Bündner Rheintal, Zentralschweiz und Tessin Süd).

³⁶ Der *Bilanzgruppenverantwortliche* stellt den Bilanzausgleich in seiner Bilanzgruppe sicher und meldet dem Bilanzgruppenverantwortlichen die Liefer- und Bezugsfahrpläne.

³⁷ Der *Bilanzgruppenverantwortliche* ist für das Bilanzmanagement verantwortlich und hat die Beschaffung und den Einsatz von Regelenergie sicherzustellen. Er stellt dem Bilanzgruppenverantwortlichen für Abweichungen zwischen den gemeldeten Fahrplänen und den effektiven Ein- und Ausspeisungen Rechnung. Gemäss den in der Verbändevereinbarung definierten Prozessen ist der regionale Netzbetreiber der Bilanzgruppenverantwortliche; vgl. Verbändevereinbarung (Fn 20), Ziff. 2.4.

³⁸ Vgl. Verbändevereinbarung (Fn 20), Ziff. 2.5.1; http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Verbaendevereinbarung.pdf.

³⁹ Eine Bilanzgruppe wird durch den Abschluss eines *Bilanzgruppenvertrages* zwischen dem Bilanzgruppenverantwortlichen und dem Bilanzgruppenverantwortlichen gebildet. Dieser Vertrag beinhaltet insbesondere Vorgaben zum Bilanzausgleich sowie den Mengenermittlungen und Mengenzuordnungen an den Einspeise- und Netzanschlusspunkten sowie zur Abrechnung bei Differenzen zwischen den gemeldeten Fahrplänen und den effektiven Ein- und Ausspeisungen.

⁴⁰ Vgl. Verbändevereinbarung (Fn 20), Ziff. 2.5.2.

⁴¹ Vgl. www.bfe.admin.ch > Versorgung > Fossile Energien > Erdgas > Gasversorgungsgesetz > Grundlagenstudien zum Gasmarkt; <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/fossile-energien/erdgas/gasversorgungsgesetz.html> (25.5.2020).

einem jährlichen Verbrauch von mindestens 100 Megawattstunden (MWh) sollen im Gesetz ein Recht auf freie Wahl des Erdgaslieferanten erhalten.⁴²

A.1.4 Grundlagen im Bereich der Erdgaslieferung

23. In den nachfolgenden Abschnitten erfolgen zum besseren Verständnis und zur Einordnung des Sachverhalts in einen breiteren Kontext Grundlagen zum Bereich der Erdgaslieferung.

24. Im Bereich der Erdgaslieferung ist die hohe Importabhängigkeit des Schweizer Gasmarktes ein zentrales Merkmal (keine eigene Erdgasförderung, der Anteil von Biogas an der Einspeisung ist gering). Das in der Schweiz verbrauchte Erdgas wird zu rund 42 % in Ländern der Europäischen Union (EU) und Norwegen gefördert. 53 % stammt aus Fördergebieten in Russland und der Rest aus verschiedenen anderen Regionen.⁴³

25. Diese Importabhängigkeit hat dazu geführt, dass die lokalen GVU (ehemalige Stadtgasproduzenten) mit dem Aufkommen von Erdgas gemeinsame Beschaffungsorganisationen gegründet haben, um die Nachfrage zu bündeln. Damit erklärt sich auch die Bottom up-Organisationsstruktur der Schweizer Erdgasbranche. Die rund hundert lokalen GVU sind in den vier Regionalgesellschaften EGZ, Erdgas Ostschweiz AG (nachfolgend: EGO), Gasverbund Mittelland AG (nachfolgend: GVM) und Gaznat SA (nachfolgend: Gaznat) zusammengeschlossen, die ihrerseits die nationale Einkaufsgesellschaft Swissgas gegründet haben. Swissgas liefert das Erdgas an die Regionalgesellschaften, ebenso liefern die Regionalgesellschaften dieses an ihre Eigentümer, die lokalen GVU, weiter. Diese Struktur ist über die vergangenen vierzig Jahre mehr oder weniger unverändert geblieben.⁴⁴

26. Mit der Liberalisierung der Erdgasliefermärkte in der EU, die in den 1990er Jahren begann und nach 2007 insbesondere für Geschäfts- und Privatkunden die Möglichkeit schaffte, einen anderen Anbieter als den angestammten Gasnetzbetreiber als Erdgaslieferanten zu wählen,⁴⁵ nahm die Bedeutung der kurzfristigen Erdgasbeschaffung an Spotmärkten oder über bilateral geschlossene Verträge zu.

27. Im Jahr 2009 wurde von Swissgas zusammen mit der deutschen Verbundnetz Gas Aktiengesellschaft die SET Swiss Energy Trading AG (nachfolgend: SET) gegründet, um die schweizerische Erdgasbeschaffung für den kurzfristigen Bezug zu optimieren und die Versorgung über Langfristverträge über die Regionalgesellschaften und Swissgas zu ergänzen. Die SET betreibt dazu eine Erdgas-Handelsplattform, welche gemeinsam von Swissgas und den vier Regionalgesellschaften genutzt wird.⁴⁶ Im vergangenen Jahrzehnt ist eine zunehmende

⁴² <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76849.html> (25.5.2020).

⁴³ <https://gazenergie.ch/de/wissen/detail/knowledge-topic/3-herkunft/> (25.5.2020).

⁴⁴ www.bfe.admin.ch > Versorgung > Fossile Energien > Erdgas > Gasversorgungsgesetz > Studie betreffend möglicher Vorgehensweisen bei einer Öffnung des Schweizer Gasmarktes, 22; <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/fossile-energien/erdgas/gasversorgungsgesetz.html#kw-83886> (25.5.2020); RPW 2014/1, 116 Rz 44 ff., *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁴⁵ <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/45/energiebinnenmarkt> (25.5.2020).

⁴⁶ <http://www.swissgastrading.ch/de/portrait.html>; <http://swiss-energy-trading.ch/> (25.5.2020).

Verlagerung von der Beschaffung über die Swissgas hin zur Beschaffung über die Regionalgesellschaften feststellbar.⁴⁷

28. Als Antwort auf die anstehende Liberalisierung des Erdgasmarktes beschlossen die Eigentümer der EGO (die dem regionalen Transportnetz nachgelagerten lokalen Gasnetzbetreiber) die operative und rechtliche Entflechtung von Netzbetrieb und Energiebeschaffung. Die Abteilung Einkauf und Handel der EGO wurde in die Open Energie Plattform AG (nachfolgend: Open EP) überführt, die am 1. Oktober 2015 den Betrieb aufnahm.⁴⁸

29. Die Swissgas beabsichtigt, sich bis 2020 von der Erdgasbeschaffung zu entflechten und Anfang 2023, nach Ablauf des letzten noch bestehenden langfristigen Beschaffungsvertrages, nicht mehr in diesem Bereich tätig zu sein. Beschaffungsaufträge der Regionalgesellschaften werden gemäss Swissgas ab 2020 explizit nur noch an SET und OpenEP erteilt. Swissgas werde zudem ab Beginn der Entflechtungsumsetzung die beteiligungsseitige Verflechtung zwischen Swissgas und SET auflösen, wobei zu diesem Zweck sämtliche Aktien von Swissgas an SET von GVM, Gaznat und EGZ übernommen werden.⁴⁹

A.2 Verfahrensgeschichte

30. Mit Schreiben vom 19. Juni 2017 reichte der Anzeiger beim Sekretariat eine Anzeige ein. Darin machte er geltend, die ewl und die EGZ hätten sein Gesuch um Netzzugang zur Drittbelieferung über ihre Rohrleitungsnetze durch die Enerprice abgelehnt bzw. sich nicht dazu geäussert. Dies stelle einen Verstoss gegen Art. 7 KG dar.⁵⁰ Der Anzeiger beantragte in diesem Zusammenhang die Eröffnung einer Untersuchung.

31. Mit Schreiben vom 14. August 2017 nahmen die ewl und die EGZ gemeinsam zur Anzeige Stellung.⁵¹

32. Am 28. September 2017 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.⁵²

33. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2017 stellte das Sekretariat ein Amtshilfegesuch an das Bundesamt für Energie (nachfolgend: BFE) und bat um die Beantwortung diverser Fragen im Zusammenhang mit technischen und finanziellen Aspekten des Netzzugangs.⁵³ Das BFE beantwortete die vom Sekretariat gestellten Fragen mit Eingabe vom 31. Januar 2018.⁵⁴

34. Das Sekretariat gelangte in seinem Schlussbericht vom 27. November 2018 zum Ergebnis, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der ewl und der EGZ in den Märkten für den Transport und die Verteilung von Erdgas über ihre Rohrleitungsnetze eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Weiter würden Anhaltspunkte vorliegen, dass die ewl und die EGZ diese marktbeherrschende Stellung missbraucht und Geschäftsbeziehungen in ungerechtfertigter Weise verweigert haben könnten, indem sie das Netzzugangsgesuch zur Drittbelieferung

⁴⁷ Ab dem Jahr 2016 wurde, betrachtet über den Zeitraum von 2008 bis 2017, mehr Erdgas über die Regionalgesellschaften als über Swissgas importiert; vgl. VSG Jahresstatistik, T-4, 2008 bis 2017; <https://gazenergie.ch/de/infothek/jahresstatistik/> (25.5.2020).

⁴⁸ <http://www.swissgastrading.ch/de/portrait.html>; <http://swiss-energy-trading.ch/> (25.5.2020).

⁴⁹ <http://www.swissgas.ch/> > Downloads > Geschäftsbericht 2018, 36 (25.5.2020).

⁵⁰ Vgl. Anzeige (act. 1), S.1.

⁵¹ Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8).

⁵² Vgl. Information Eröffnung Vorabklärung (act. 13).

⁵³ Vgl. Amtshilfegesuch BFE (act. 16).

⁵⁴ Vgl. Antwortbrief auf Amtshilfegesuch BFE (act. 18).

des Anzeigers durch die Enerprice sowie allenfalls weitere derartige Gesuche zur Belieferung anderer Endkundinnen und Endkunden ablehnten.

35. Am 26. September 2018 reichte Enerprice im Kontext mit Verweigerungen des Netzzugangs zur Versorgung diverser [...] mit Erdgas eine Anzeige bei der WEKO gegen diverse regionale Gasnetzbetreiber ein. Die Anzeige bezog sich unter anderem auch auf Netzzugangsverweigerungen zur Drittbelieferung von [...] in der Stadt Luzern im Netzgebiet der ewl.⁵⁵

36. Mit Schreiben vom 30. Januar 2019 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die ewl und die EGZ wegen eines potentiellen Verstosses gegen Art. 7 KG aufgrund von Netzzugangsverweigerungen zur Drittbelieferung von Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl. Die ewl und die EGZ wurden zudem aufgefordert, zum im Schlussbericht der Vorabklärung dargelegten Sachverhalt und zu dessen vorläufiger kartellrechtlicher Würdigung Stellung zu nehmen.⁵⁶

37. Die Untersuchungseröffnung wurde gemäss Art. 28 KG am 5. Februar 2019 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) sowie im Bundesblatt (BBI) bekanntgegeben. Am 26. Februar 2019 teilten der Anzeiger und die Enerprice mit, dass sie auf Parteistellung sowie eine Beteiligung als Dritte im Sinne von Art. 43 KG in der Untersuchung verzichten würden.⁵⁷

38. Mit Schreiben vom 28. März 2019 teilten die ewl und die EGZ mit, dass sie vorderhand auf eine Stellungnahme zum Schlussbericht verzichten würden. Sie hielten fest, dass sie an einem raschen Verfahrensabschluss interessiert seien und regten zu einer Sitzung mit dem Sekretariat an, um die verschiedenen Möglichkeiten einer Verfahrenserledigung zu erörtern.⁵⁸

39. Anlässlich der Sitzung 8. Mai 2019 präsentierte das Sekretariat der ewl und der EGZ das vorläufige Beweisergebnis. Anschliessend begannen Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung (nachfolgend: EvR) gemäss Art. 29 KG. Anlässlich dieser Sitzung händigten die Parteien dem Sekretariat ein Schreiben vom 30. April 2020 aus, worin sie Enerprice zu Verhandlungen über Abwicklungskonditionen für den Netzzugang zur Drittbelieferung von gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden einluden.

40. Am 30. September 2019 bzw. 1. Oktober 2019 unterzeichneten die ewl und die EGZ sowie das Sekretariat die EvR (vgl. unten, Abschnitt B.6.1).

41. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2019 stellten die ewl und die EGZ dem Sekretariat die mit Enerprice ausgehandelten und zur Unterzeichnung vorgesehenen Vertragsentwürfe zu, die künftig bei Netzzugangsgesuchen zur Drittbelieferung von gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden zur Anwendung gelangen sollen.⁵⁹ Nach entsprechender Aufforderung des Sekretariats wurden die Vertragsentwürfe an die Vorgaben der EvR angepasst.⁶⁰

42. Auf Wunsch der Parteien fand am 11. Mai 2020 eine Anhörung vor der WEKO statt.

⁵⁵ Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38).

⁵⁶ Vgl. Schreiben Untersuchungseröffnung an ewl und EGZ (act. 26).

⁵⁷ Vgl. Schreiben Enerprice/IG Erdgas betreffend Verzicht auf Parteistellung (act. 29).

⁵⁸ Vgl. Mitteilung ewl und EGZ betreffend Interesse an raschem Verfahrensabschluss (act. 32).

⁵⁹ Vgl. Schreiben ewl und EGZ betreffend Beschreibung weiteres Vorgehen am Markt und Zustellen Vertragsentwürfe (act. 55).

⁶⁰ Vgl. Schreiben ewl und EGZ betreffend Vertragswerke, Netznutzungsmodelle, Schwellenwert und Rückmeldung (act. 61 und 62).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

43. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.⁶¹

44. Ungeachtet einer grundsätzlichen inhaltlichen Ausrichtung auf das EU-Wettbewerbsrecht unterscheidet sich das schweizerische Kartellgesetz aufgrund der Statuierung von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und der damit verbundenen ausdrücklichen inhaltlichen Spezifizierung eines eigenständigen Kartellrechtssubjekts durch den Gesetzgeber in diesem Punkt vom EU-Wettbewerbsrecht, das keine entsprechende Statuierung durch Vorschrift oder Rechtsgrundsatz vorsieht.⁶²

45. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbstständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.⁶³

46. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (nachfolgend: BVGer) wurde nunmehr klargestellt, dass für die Einordnung einer bestimmten Gesellschaft in einen Konzern das Leitungsprinzip, d. h. die tatsächliche Ausübung einer effektiven Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft, entgegen einer bislang vertretenen Ansicht in der gesellschaftsrechtlichen Literatur, jedenfalls für eine kartellrechtliche Beurteilung, keine notwendige Voraussetzung darstellt. Vielmehr ist entsprechend dem Kontrollprinzip die blosse Möglichkeit zu einer Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft ausreichend.⁶⁴ Dabei ist anzumerken, dass für die gesellschaftsrechtliche Beurteilung nicht die Rechtsprechung, sondern die Änderung durch den Gesetzgeber ursächlich war. So wurde aArt. 663e Abs. 1 OR⁶⁵ per 1. Januar 2013 durch die Rechnungslegungsvorschriften von Art. 963 Abs. 1 OR ersetzt. Dabei ging der Gesetzgeber im Anwendungsbereich des OR vom Leitungsprinzip zum Kontrollprinzip über.

47. Die ewl und die EGZ sind u. a. im Bereich der Gasversorgung tätig und insofern Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess. Ob im Bereich des Kartellrechts den neuen Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts Rechnung zu tragen ist und entsprechend die Kontrollmöglichkeit für das Vorliegen einer Konzernstruktur genügt, kann im

⁶¹ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010 (zit. BSK KG), Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁶² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 38, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁶³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 40 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁶⁴ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 44, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁶⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR; SR 220).

vorliegenden Fall offen bleiben. Die Anforderungen für das Vorliegen eines Konzerns sind vorliegend sowohl nach dem Kontroll- als auch nach dem Leitungsprinzip erfüllt, da die Muttergesellschaft ewl die Tochtergesellschaft EGZ zum Zeitpunkt der unzulässigen Verhaltensweise effektiv kontrolliert hat. Vorliegend ist die ewl als Holdinggesellschaft die Konzernmutter von neun Aktiengesellschaften, namentlich der EGZ.⁶⁶ Die Geschäfte der EGZ werden von ewl geführt.⁶⁷ Gemäss dem Handelsregistereintrag sind GL-Mitglieder und Verwaltungsräte der ewl für die EGZ zeichnungsberechtigt.⁶⁸ Die leitenden Funktionen bei der ewl und der EGZ werden von denselben Personen wahrgenommen. So ist der Vorsitzende der Geschäftsleitung der ewl gleichzeitig Geschäftsführer der EGZ. Zudem wird die Funktion des Verwaltungsratspräsidenten von derselben Person ausgeübt. EGZ ist daher nicht in der Lage, sich vom Mutterhaus ewl unabhängig zu verhalten. Vor diesem Hintergrund hat die EGZ keine wirtschaftliche Selbstständigkeit. Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ist damit der gesamte ewl-Konzern.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

48. 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).

49. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.⁶⁹ Ob es sich bei der ewl und der EGZ um marktbeherrschende Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt und ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt, wird im Rahmen der nachfolgenden Beurteilung erörtert. Wird die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Wie nachfolgend ausgeführt wird, verfügen die ewl und die EGZ über eine marktbeherrschende Stellung und üben gestützt auf diese Marktmacht aus (vgl. unten, Abschnitt B.5.2). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

50. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden, da diese offensichtlich gegeben sind.

B.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

51. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO.⁷⁰ Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

⁶⁶ Es sind dies die folgenden Tochtergesellschaften: ewl Verkauf AG (100 % Beteiligung), ewl Kabelnetz AG (100 % Beteiligung), ewl Kraftwerke AG (90 % Beteiligung), ewl Rohrnetz AG (100 % Beteiligung), ewl Wasser AG (100 % Beteiligung), EGZ (64.95 % Beteiligung), Fernwärme Luzern AG (64.5 % Beteiligung), Arcade Solutions AG (75 % Beteiligung) und Seenergy Luzern AG (70 % Beteiligung), Geschäftsbericht ewl 2019 (Fn 2), 37.

⁶⁷ <http://www.egz.ch> (25.5.2020).

⁶⁸ <https://www.zefix.ch> (25.5.2020).

⁶⁹ Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79; Botschaft zum KG 1995, BBI 1995 I 547 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 Rz 14.

⁷⁰ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

52. Vorliegend entscheidet die WEKO mittels verfahrensabschliessender Endverfügung darüber, ob gegen die ewl und die EGZ wegen eines Verstosses gegen das Kartellgesetz Massnahmen (Handlungs- und Unterlassungspflichten, Sanktionen) zu erlassen sind. Für eine derartige Entscheidung ist grundsätzlich die Gesamtkommission der WEKO zuständig (Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO). Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen WEKO-Organs gegeben ist (etwa gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG oder Art. 19 f., 27 ff. GR-WEKO), ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig ist vorliegend folglich die Gesamtkommission der WEKO.

B.3 Verfügungsadressatinnen

53. Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz sehen eine Vorschrift vor, an wen eine kartellrechtliche Verfügung als Adressatin zu richten ist.⁷¹ Insbesondere wenn ein Konzern als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist (vgl. oben Rz 43 ff.), stellt sich die Frage, Gesellschaften innerhalb dieses Konzerns Verfügungsadressatinnen sind; denn ein Konzern als solcher ist im schweizerischen Recht kein Rechtssubjekt, hat mithin keine Rechtspersönlichkeit. Verfügungsadressatin kann jedoch aus rechtlichen Gründen nur sein, wer über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, infolgedessen ein Konzern als solcher nicht Verfügungsadressat sein kann. Bei Konzernsachverhalten fallen demzufolge das massgebliche Verfahrenssubjekt als Beurteilungsobjekt und die Verfügungsadressatinnen als Parteien eines Kartellverfahrens zwangsläufig auseinander.⁷²

54. Verfügungsadressatinnen können nur, aber immerhin, einzelne Gesellschaften des Konzerns sein, weshalb nachfolgend zu bestimmen ist, welche dies sind.

55. Unproblematisch ist die Bestimmung der Verfügungsadressatin in denjenigen Fällen, in welchen zwar ein Konzernverhältnis vorliegt, die wettbewerbsrechtlich zu würdigenden Handlungen aber von der jeweiligen Konzernobergesellschaft selbst vorgenommen wurden.

56. Schwieriger fällt die Bestimmung der Verfügungsadressatin demgegenüber, wenn die fraglichen Handlungen von Konzerntochtergesellschaften vorgenommen wurden. Es ist dabei gemäss Rechtsprechung regelmässig sachgerecht, die Konzernobergesellschaft und die fehlbaren Gruppengesellschaften, die an dem wettbewerbswidrigen Verhalten beteiligt waren, als Verfügungsadressatinnen heranzuziehen.⁷³

57. Bei Vorliegen eines solchen Konzernsachverhalts hat die WEKO in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet.⁷⁴ Gemäss BVGer kann es im Einzelfall aus Gründen der Prozessökonomie ausreichend sein, dass die Wettbewerbsbehörde das Verfahren nur gegen eine Konzerngesellschaft führt und gegen diese eine Verfügung erlässt. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn

⁷¹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 119, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁷² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 121, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁷³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 122, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁷⁴ Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft bezeichnet, gleichwohl werden diese Gesellschaften und nicht deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt.

die handelnde Konzerngesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, die Obergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften aber einen Sitz im Ausland aufweisen.⁷⁵

58. Vorliegend ist einerseits die ewl als Konzernmutter als Verfügungsadressatin in das Verfahren miteinzubeziehen. Hinzu kommt, dass auch Netzzugangsverweigerungen der ewl auf lokaler Ebene die Untersuchungseröffnung veranlassen haben. Andererseits ist die EGZ Verfügungsadressatin im vorliegenden Verfahren, da sie den Netzzugang zur Drittbeflieferung des Anzeigers und der [...] in der Stadt Luzern über ihr regionales Transportnetz verweigert hat.

B.4 Vorbehaltene Vorschriften

59. 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). Gemäss Bundesgericht ist Art. 3 Abs. 1 KG restriktiv auszulegen. Ein Ausschluss des Kartellgesetzes ist nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt.⁷⁶ Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

60. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob in den Netzgebieten der ewl und der EGZ staatliche Markt- oder Preisordnungen für den Transport und die Verteilung von Erdgas vorliegen (vgl. unten Rz 61 ff.). Weiter ist zu prüfen, ob die ewl und die EGZ zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vom Gesetzgeber mit besonderen Rechten ausgestattet wurde (vgl. unten Rz 67 ff.).

B.4.1 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG

61. Eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG liegt vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter wie Produktion, Verteilung und Preisgestaltung in entscheidender Weise und in Abweichung von den Grundsätzen des freien Marktes durch öffentliches Recht festgelegt werden (z. B. Produktions- oder Handelskontingentierung). Öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, die im Rahmen von staatlichen Marktordnungen tätig sind, unterstehen jedoch dem Kartellgesetz (gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG), soweit die Interventionsgesetzgebung Wettbewerb zulässt. Selbst wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift einen Wettbewerbsparameter reguliert, bleibt zu prüfen, inwiefern dadurch die Anwendung des Kartellgesetzes zurückgedrängt und insofern Wettbewerb als Ordnungsprinzip tatsächlich ausgeschlossen wird.

62. Gemäss Art. 13 RLG ist eine Unternehmung verpflichtet, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen, wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sind, und wenn der Dritte eine angemessene Gegenleistung anbietet (Abs. 1).⁷⁷ Im Falle von Streitigkeiten ent-

⁷⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 122, *Sanktionsverfügung – DCC*; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 865 E. 8.2.6, Nikon AG; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 587 Rz 74, *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁷⁶ Vgl. BGE 141 II 66, 71 f. E. 2.2.3 (= RPW 2015/1, 133 E. 2.2.3), *Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlung betreffend Cialis, Levitra und Viagra)*.

⁷⁷ Ob die Anforderungen gemäss Art. 13 Abs. 2 RLG vorliegen, muss auch bei der Prüfung eines Verstosses nach Art. 7 KG beurteilt werden. Auch im Rahmen von Art. 7 KG muss keine Durchleitung gewährt werden, wenn dies für einen Netzbetreiber technisch nicht möglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar ist. Auf diesen Aspekt wird nachfolgend bei den Rechtfertigungsgründen näher eingegangen; vgl. unten Rz 145 ff.

scheidet das BFE über die Verpflichtung des Vertragsabschlusses sowie über die Vertragsbedingungen (Abs. 2). Über zivilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag entscheiden die Zivilgerichte (Abs. 3).

63. Die Transportpflicht gemäss Art. 13 RLG vermag keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu begründen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Parteien zuerst über die Bedingungen des Dritttransports verhandeln. Zur Durchsetzung der Transportpflicht interveniert das BFE nur subsidiär, wenn sich die Parteien über die Vertragsbedingungen nicht einigen können. Die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten geht somit dem behördlichen Eingriff vor. Das BFE interveniert sodann nur zwischen den Streitparteien und im konkreten Fall. Das heisst, es erlässt keine allgemeingültige Tarifordnung. Art. 13 Abs. 2 RLG unterscheidet sich damit etwa von der Interventionsordnung von Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG⁷⁸, wonach die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) Netznutzungstarife und –entgelte sowie Elektrizitätstarife von Amtes wegen überprüft und Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen kann.

64. Die Regelung in Art. 13 Abs. 2 RLG entspricht eher der Bestimmung zur Interkonnektion im Fernmeldewesen gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG⁷⁹. Danach verfügt die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) die Bedingungen des Zugangs, wenn sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten darüber einigen können. Die Preisregulierung durch die ComCom ist subsidiär.⁸⁰ Auch in diesem Kontext geht die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten dem behördlichen Eingriff vor.⁸¹ Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass die Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht zur wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst.⁸² Da die ComCom nur intervenieren kann, wenn die Parteien keine Einigung erzielen und ein Beteiligter die Intervention beantragt, muss auch in Fällen, in welchen bewusst überhöhte Interkonnektionstarife festgesetzt werden, eine kartellrechtliche Prüfung möglich sein. Zudem kann, selbst wenn ein Verfahren nach Art. 11a Abs. 1 FMG durchgeführt wird, von der ComCom nicht geprüft werden, ob Preisabsprachen zwischen den Mobilfunkteilnehmern stattgefunden haben.⁸³

65. Da auch bei Art. 13 Abs. 2 RLG keine behördliche Intervention von Amtes wegen vorgesehen ist und das BFE nur tätig wird, wenn sich die Parteien nicht einigen können, wird –entsprechend der soeben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts und der REKO/WEF zu Art. 11a FMG (bzw. Art. 11 Abs. 3 aFMG) – die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes durch die genannte Bestimmung nicht ausgeschlossen. Deshalb bleibt die Möglichkeit einer kartellrechtlichen Prüfung und damit auch einer allfälligen Sanktionierung von unzulässigen Verhaltensweisen gemäss Art. 49a KG bestehen.

66. Dem Rohrleitungsgesetz sind auch sonst keine Bestimmungen zu entnehmen, welche den Wettbewerb in Bezug auf den Netzzugang und die Transportbedingungen für Dritte auf den Erdgasnetzen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG einschränken würden.

⁷⁸ Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

⁷⁹ Fernmeldegesetz vom 30.4.1997 (FMG; SR 784.10).

⁸⁰ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/1, 219 E. 5.2, *Swisscom Mobile AG/WEKO* (bezogen auf den inhaltlich Art. 11a Abs. 1 FMG entsprechenden altrechtlichen Art. 11 Abs. 3 FMG).

⁸¹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/1, 223 E. 6.2, *Swisscom Mobile AG/WEKO*.

⁸² Vgl. BGE 137 II 199, 207 E. 3.4 (= RPW 2011/3, 444 E. 3.4), *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion*; Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3.10.2001, E. 6.c.

⁸³ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/1, 224 f. E. 6.4, *Swisscom Mobile AG/WEKO*.

B.4.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG

67. Einen Anwendungsvorbehalt begründen auch Rechtsvorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen können die Wirtschaftsverfassungen des Bundes oder der Kantone anstelle einer staatlichen Markt- oder Preisordnung auch weniger weitreichende, eher punktuell wirkende Mittel einsetzen, indem sie Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts mit besonderen Rechten ausstatten. Die Botschaft weist jedoch darauf hin, dass damit nicht der ganze wirtschaftliche Teilbereich der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen wird: Soweit sich Unternehmen ausserhalb des Ausnahmereichs bewegen, haben sie sich entsprechend nach wettbewerblichen Grundsätzen im Sinne des Kartellgesetzes zu verhalten.⁸⁴

68. In Bezug auf den Netzzugang und die Transportbedingungen für Dritte auf dem Rohrleitungsnetz billigt das Rohrleitungsgesetz den Leitungseigentümern keine besonderen, den Wettbewerb einschränkende Rechte zu. Die Bedingungen unterstehen grundsätzlich der Vertragsfreiheit der Parteien. Lediglich wenn sich die Parteien nicht einigen können, entscheidet gemäss Art. 13 Abs. 2 RLG – wie zuvor erwähnt – das BFE. Zudem handelt es sich bei allfälligen an die Parteien übertragenen Sondernutzungsrechten zur Nutzung des öffentlichen Grundes für den Bau und Betrieb von Rohrleitungen nicht um besondere Rechte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG.⁸⁵

69. Ebenso wenig sind auf kantonaler und kommunaler Ebene Rechtsvorschriften bekannt, die den Eigentümern von Rohrleitungsanlagen besondere Rechte zubilligen würden.

B.5 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

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

72. Bevor sich die Marktstellung eines Unternehmens beurteilen lässt, ist der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU⁸⁶ nach einer sachlichen und räumlichen Komponente. Hinzu kommt die zeitliche Dimension.⁸⁷

⁸⁴ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 873 f. E. 3.2, *Unique*; RPW 2010/4 658 Rz 85, *Hors-Liste Medikamente*; Botschaft zum KG 1995, BBl 1995, 468, 540.

⁸⁵ In BGE 129 II 497 wurde in Bezug auf den Strombereich festgehalten, dass ein Sondernutzungsmonopol für den *Bau und Betrieb* von Elektrizitätsleitungen nicht zwingend deren Benützung für den Transport und die Lieferung des Stroms umfasse (E. 5.4). Was den Gasbereich betrifft, ergibt sich bereits aus den *bundesrechtlichen* Vorgaben in Art. 13 RLG, dass allfällige kommunale Sondernutzungsrechte der Parteien bezüglich der Nutzung des öffentlichen Grundes den Wettbewerb beim Transport und der Verteilung von Erdgas über ihre Rohrleitungen nicht einschränken.

⁸⁶ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4).

⁸⁷ Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 229 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

B.5.1 Die relevanten Märkte

B.5.1.1 Vorbemerkungen zu den Märkten im Erdgasbereich

73. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).

74. Im Erdgasbereich ist zwischen dem Erdgasverkauf (an Endkundinnen und Endkunden oder Wiederverkäufer) einerseits und dem Erdgastransport über eine bestimmte Netzinfrastruktur andererseits zu unterscheiden. Marktgegenseite im Bereich des Erdgasverkaufs sind Endkundinnen oder Endkunden sowie Wiederverkäufer. Betreffend Erdgastransport handelt es sich bei den Netznutzern, die Erdgas über Rohrleitungsnetze zu einem bestimmten Punkt transportieren möchten, um die Marktgegenseite.

75. Gemäss der bisherigen Praxis der WEKO gilt es im Erdgasbereich insbesondere zwischen den folgenden sachlichen Märkten zu unterscheiden:⁸⁸

Infrastrukturbezogene Märkte:

- Markt für Erdgastransport (über ein Hochdruckrohrleitungsnetz)
- Markt für Erdgasverteilung (über ein Niederdruckrohrleitungsnetz)

Märkte für den Verkauf von Erdgas:

- Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer
- Markt für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden

76. Die Praxis der WEKO bezüglich Marktabgrenzungen im Erdgasbereich hat sich im Ergebnis stark an die Praxis der EU-Kommission angelehnt.⁸⁹

77. Nebst dem Erdgastransport besteht die Hauptaufgabe der EGZ als Regionalgesellschaft in der Beschaffung von Erdgas für die ihrem regionalen Transportnetz nachgelagerten lokalen GVV, welche das Gas anschliessend an Endkundinnen und Endkunden weiterverkaufen. Während die EGZ somit auf dem Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer tätig ist, ist die ewl Anbieterin auf dem Markt für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden. Soweit die EGZ auch Direktkunden mit Erdgas beliefert, ist sie ebenfalls auf dem Markt für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden tätig.

78. Der potentielle Kartellrechtsverstoss der ewl und der EGZ besteht vorliegend in der Verweigerung der Durchleitung von Erdgas über ihre Rohrleitungsnetze. Das potentiell missbräuchliche Verhalten findet daher auf den Infrastrukturmärkten statt (vgl. unten Rz 116). Durch die Verweigerung der Durchleitung werden Konkurrenzunternehmen der ewl im Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden behindert, indem sie Endkundinnen und Endkunden im Versorgungsgebiet der ewl nicht beliefern können. Entsprechend würde sich ein mögliches missbräuchliches Verhalten der ewl und der EGZ auf den Markt für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden auswirken. Insofern stellt vorliegend auch der Markt für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden einen relevanten Markt dar. Der

⁸⁸ Vgl. RPW 2014/1, 119 Rz 71, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.; Case M.8358 vom 16.3.2017 – *MACQUARIE / NATIONAL GRID / GAS DISTRIBUTION BUSINESS OF NATIONAL GRID*, Rz 15 ff.

⁸⁹ Vgl. RPW 2014/1, 119 Rz 71 *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.

Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer ist für die Beurteilung des vorliegenden Falles hingegen nicht von Belang.

B.5.1.2 Sachlich relevante Märkte

B.5.1.2.1 Infrastrukturbezogene Märkte⁹⁰

79. Auf den infrastrukturbezogenen Märkten fragt die Marktgegenseite beim Gasnetzbetreiber um die Durchleitung von Erdgas über dessen Rohrleitungsnetz nach. Als potentielle Nachfrager – und damit als Marktgegenseite – kommen grundsätzlich alle Teilnehmer am Wirtschaftsprozess in Frage, welche Erdgas von einem Punkt A zu einem Punkt B transportieren wollen und dabei auf das Erdgasnetz von Gasnetzbetreibern zurückgreifen wollen bzw. müssen. Insofern sind in den Märkten für den Erdgastransport und die Erdgasverteilung diejenigen Akteure, welche das regionale Transportnetz der EGZ und das lokale Verteilnetz der ewl für den Erdgastransport nutzen, als Marktgegenseite zu betrachten. Dabei kann es sich beispielsweise um einen Lieferanten, einen Dienstleister oder eine Endkundin resp. einen Endkunden handeln.

80. Das lokale Verteilnetz der ewl ist dem regionalen Transportnetz der EGZ nachgelagert. Sämtliche Netznutzer, die Erdgas zu einer Endkundin oder einem Endkunden transportieren möchten, der direkt an das regionale Netz oder ein nachgelagertes lokales Verteilnetz angeschlossen ist, sind auf die Durchleitung über dieses Netz sowie gegebenenfalls über das nachgelagerte Netz angewiesen. Demnach ist zur Belieferung des Anzeigers sowie allfälliger weiterer wechselwilliger Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl die Durchleitung über das regionale Transportnetz der EGZ sowie das lokale Verteilnetz der ewl unumgänglich. Insofern besteht ein sachlich relevanter Markt für Erdgastransport über das Hochdruckrohrleitungsnetz der EGZ. Zudem ist ein sachlich relevanter Markt für Erdgasverteilung über das Niederdruckrohrleitungsnetz der ewl abzugrenzen.

B.5.1.2.2 Märkte für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden

81. Auf dem Markt für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden fungieren Endkundinnen und Endkunden von Erdgas als Marktgegenseite. Da im vorliegenden Einzelfall eine mögliche Verweigerung von Geschäftsbeziehung durch die ewl und die EGZ zu beurteilen ist, kommen als betroffene Marktgegenseite lediglich solche Endkundinnen und Endkunden in Frage, die an das Erdgasnetz der ewl angeschlossen sind. Die Endkundinnen und Endkunden erhalten von den (Wieder-)Verkäufern Erdgas gegen Entgelt. Das Erdgas kann zum Kochen und Heizen (insbesondere von Gewerbe- und Haushaltskunden) oder als Prozessgas (von Industriekunden) eingesetzt werden.

82. Die EU-Kommission hat in ihrer Praxis hinsichtlich der sachlichen Marktabgrenzung im Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden eine auf dem Verbrauch und dem Verwendungszweck basierende Unterscheidung getroffen:⁹¹

⁹⁰ Mit «infrastrukturbezogene Märkte» resp. «Infrastrukturmärkte» sind nachfolgend der Markt für Erdgastransport über Hochdruckrohrleitungen im Netzgebiet der EGZ und der Markt für Erdgasverteilung über Niederdruckrohrleitungen im Netzgebiet der ewl gemeint.

⁹¹ Entscheidung der EU-Kommission in den Fällen COMP/39.317 – E.ON GAS, Rz 17; COMP/M.5467 – RWE/ESSENT, Rz 100 m. w. H., COMP/M.4180 – GAZ DE FRANCE/SUEZ, Rz 56 und 63, COMP/M.4370 – EBN/COGAS ENERGY, Rz 11, COMP/M.7228 – CENTRICA/BORD GAIS ENERGY, Rz 10. Eine Unterscheidung wurde auch zwischen Erdgas mit hohem und tiefen Brennwert gemacht, welche aber in der jüngeren Entscheidpraxis der EU-Kommission nicht mehr vorgenommen wird, da die Umwandlung zwischen diesen Qualitätstypen möglich ist, CASE AT.39767 – E.ON GAS, Rz 18.

- Erdgaslieferungen an grosse Endkundinnen und Endkunden (möglicherweise weiter unterschieden nach Industriekunden und gasbetriebenen Elektrizitätskraftwerken);
- Erdgaslieferungen an kleine Endkundinnen und Endkunden (Privathaushalte und kleine Gewerbekunden).

83. Eine Unterscheidung nach industriellen Kunden und Haushalten wird auch vom Bundeskartellamt vorgenommen.⁹² Nach Auffassung der EU-Kommission haben industrielle Kunden im Vergleich zu kleinen Haushalten relativ mehr Möglichkeiten und Anreize, den Anbieter zu wechseln.⁹³

84. Vorliegend wird mit der Verbändevereinbarung, insb. durch das Kriterium des Prozessgases und der minimalen Leistungsgrenze von 150 Nm³/h, eine faktische Unterteilung nach grösseren und kleineren Endkundinnen und Endkunden vorgenommen. Noch wesentlicher ist im vorliegenden Fall, dass mit dieser Unterteilung auch eine Zweiteilung des Endkundenbereichs vorgenommen wird, die definiert, welche Endkundinnen und Endkunden von einer Belieferung mit Erdgas unter Wettbewerbsbedingungen profitieren können und welche nicht. Vorliegend weigerten sich die ewl und die EGZ unter anderem auch daher, der Enerprice ihre Rohrleitungsnetze zur Verfügung zu stellen, da hinsichtlich der Belieferung des Anzeigers und der [...] in der Stadt Luzern die Voraussetzungen für den Netzzugang gemäss der Verbändevereinbarung nicht erfüllt sind. Die ewl und die EGZ haben sich im Rahmen der Vorabklärung dahingehend geäussert, dass sie im Falle von weiteren Anfragen durch Drittlieferanten auch hinsichtlich der Belieferung weiterer Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl den Netzzugang verweigern würden, falls die Kriterien der Verbändevereinbarung in Bezug auf die betreffenden Kunden nicht vorliegen sollten.⁹⁴

85. Für die Analyse des wirksamen Wettbewerbs um Endkundinnen und Endkunden wird deshalb im vorliegenden Fall eine entsprechende dichotome Unterteilung des Bereichs der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden vorgenommen.

86. Daraus ergeben sich die folgenden zwei Endkundenmärkte:

- Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsrechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl;
- Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl.

87. Dazu ist festzustellen, dass aufgrund des vorliegenden Untersuchungsgegenstandes, nämlich Netzzugangsverweigerungen mit Auswirkungen auf dem Markt für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden, die gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsrechtigt sind, die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf dem erstgenannten Endkundenmarkt nicht im Vordergrund steht (siehe dazu auch Rz 101).

B.5.1.3 Räumlich relevante Märkte

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

⁹² CASE AT.39767 – E.ON GAS, Rz 22 m. w. H.

⁹³ COMP/39.317 – E.ON GAS, Rz 17.

⁹⁴ Vgl. Stellungnahme EGZ und ewl vom 14.8.2017 (act. 8), Rz 40 ff. insb. Rz 78.

B.5.1.3.1 Infrastrukturbezogene Märkte

89. Bei infrastrukturbezogenen Erdgasmärkten ist grundsätzlich eine enge räumliche Markt-
abgrenzung vorzunehmen. Praxisgemäss ist davon auszugehen, dass durch die geographi-
sche Ausdehnung der einzelnen Transport- und Verteilnetze getrennte räumlich relevante
Märkte definiert werden.⁹⁵

90. Vorliegend verweigern die ewl und die EGZ die Durchleitung über ihr Gasnetz zur Belie-
ferung des Anzeigers und der [...] sowie potentiell weiterer Endkundinnen und Endkunden im
Netzgebiet der ewl durch Drittanbieter, falls die Anforderungen der Verbändevereinbarung
nicht erfüllt sind. Somit stellen vorliegend das regionale Transportnetz der EGZ und das lokale
Verteilnetz der ewl in Bezug auf die Erdgasbelieferung von Endkundinnen und Endkunden im
Netzgebiet der ewl jeweils eigene räumlich relevante Infrastrukturmärkte dar.

B.5.1.3.2 Märkte für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden

91. Die Schweizer Wettbewerbsbehörden teilen die Auffassung der europäischen Wettbe-
werbsbehörden, wonach bei der geografischen Abgrenzung der Erdgasliefermärkte auf den
Regulierungsgrad des zu untersuchenden Marktes abzustellen ist. Demnach kann nur dann
von einem überregionalen, nationalen oder gar internationalen Markt für Erdgaslieferung an
Endkundinnen und Endkunden ausgegangen werden, wenn einerseits ein Versorgerwahlrecht
besteht und andererseits ein diskriminierungsfreier Zugang zu den Transport- und Verteilnet-
zen gewährt ist. Für eine derartige Markt-
abgrenzung wäre zudem vorausgesetzt, dass die
Endkundinnen und Endkunden als Marktgegenseite tatsächlich auch Erdgaslieferungen von
anderen Lieferanten aus dem In- und Ausland nachfragen. Sind diese Bedingungen nicht er-
füllt, so ist eine engere Markt-
abgrenzung vorzunehmen, die darauf hinausläuft, dass jeder ein-
zelne Netzbetreiber mit seinem historisch gewachsenen Leitungsnetz einen eigenen abge-
schlossenen räumlich relevanten Markt definiert.⁹⁶ Wenn der Netzzugang zur Belieferung
einer Endkundin oder eines Endkunden über die Rohrleitungsnetze des angestammten Netz-
betreibers verweigert wird, bestehen aufgrund des Monopolcharakters des Netzes keine Aus-
weichmöglichkeiten zur Belieferung der betreffenden Kundin resp. des betreffenden Kunden
(vgl. 11 f., 102 f. und 131).

92. Die Erdgasliefermärkte sind in der Schweiz insoweit liberalisiert, als dass gestützt auf
Art. 13 RLG und Art. 7 KG netzfremde Erdgaslieferanten grundsätzlich einen Anspruch auf
Netzzugang geltend machen können. Anders als etwa im Bereich der Stromversorgungsge-
setzgebung⁹⁷ fehlt es im Erdgasbereich an detaillierten generell-abstrakten Regelungen hin-
sichtlich des Vollzugs des Netzzugangs, etwa was die Höhe des von der Endkundin oder vom
Endkunden zu entrichtenden Netznutzungsentgelts betrifft. Gemäss Art. 13 Abs. 2 RLG ent-
scheidet das BFE im Streitfall, ob ein Netzbetreiber zur Durchleitung gegenüber einem be-
stimmten Drittlieferanten resp. einer Endkundin oder einem Endkunden verpflichtet ist sowie
insbesondere auch über die Netzzugangsbedingungen. Zur Zeit läuft die Vernehmlassung zu
einem Gasversorgungsgesetz, das bezüglich Netzzugang eine Teilmarktöffnung vorsieht
(siehe Abschnitt A.1.3.2). Ob ein solches Gesetz erlassen werden wird und welche Vorgaben
zum Netzzugang es erforderlichenfalls enthalten könnte, ist aus heutiger Sicht nicht abschätz-
bar.

⁹⁵ Vgl. RPW 2011/4, 675 Rz 79 f., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*, mit Hinweis auf den Entscheid der EU-
Kommission vom 21.12.2005 im Fall COMP/M.3696 – E.ON/MOL, Rz 126 ff.; RPW 2014/1, 119
Rz 72, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁹⁶ Vgl. RPW 2011/4, 675 ff Rz 81 und 99 ff., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*; RPW 2012/3, 463 Rz 43,
Erdgas Zentralschweiz AG; RPW 2014/1, 121 Rz 85, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁹⁷ Netzzugang: Art. 13 i. V. m. Art. 6 Abs. 2 StromVG; Netznutzungsentgelt: Art. 14 ff. StromVG.

93. Vor diesem Hintergrund hat die Schweizer Gasindustrie die Verbändevereinbarung als eigene Branchenlösung für den Netzzugang erarbeitet, welche jedoch nicht allgemein verbindlich ist.⁹⁸ Die Branchenlösung der Schweizer Gasindustrie orientiert sich am «Prinzip des verhandelten Netzzugangs» und unterscheidet sich damit klar vom «System des regulierten Netzzugangs», welches die EU für ihre Mitgliedsländer verbindlich vorschreibt. Die Differenz zwischen einem verhandelten und einem regulierten Netzzugangssystem besteht insbesondere darin, dass im ersten Fall die Aushandlung des Netzzugangs und der Netzentgeltberechnung den jeweiligen Marktpartnern überlassen bleibt, während im zweiten Fall eine staatliche Behörde verbindliche Vorschriften erlässt und deren Einhaltung überwacht.⁹⁹

94. Da der Netzzugang zurzeit nur gestützt auf Art. 13 RLG und Art. 7 KG geltend gemacht werden kann, kann mangels allgemeinverbindlicher Zugangsregeln keine generelle Aussage darüber gemacht werden, ob nichtdiskriminierende Zugangsbedingungen zu den Erdgasnetzen in der Schweiz vorliegen oder nicht. Eine Aussage kann nur einzelfallspezifisch in Bezug auf bestimmte Netzbetreiber und deren Netzgebiete gemacht werden.¹⁰⁰

95. Daraus erhellt, dass das Verhalten des Netzbetreibers betreffend die Gewährung des Netzzugangs im Falle einer vorhandenen Nachfrage nach Erdgaslieferungen von Drittanbietern einen entscheidenden Einfluss auf den Wettbewerb in den Erdgasliefermärkten hat. Er kann diesen bspw. beseitigen, indem er sämtlichen Drittlieferanten den Netzzugang verwehrt. Damit wird es Konkurrenzunternehmen im Bereich der Erdgaslieferung verunmöglicht, eine am Netz des Netzbetreibers angeschlossene Endkundin resp. einen solchen Endkunden mit Erdgas zu versorgen.

96. In Bezug auf nach Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl ist die räumliche Abgrenzung des entsprechenden Marktes auf das Netzgebiet der ewl beschränkt, da die Belieferung aufgrund des faktischen Versorgungsmonopols ausschliesslich durch die ewl erfolgen kann.

B.5.1.4 Vorbringen der Parteien zur Marktabgrenzung

97. Die Parteien bringen vor, dass sich der Gasliefermarkt und auch entsprechende Infrastrukturen im Wettbewerb mit anderen Wärmeträgern befinden würde. Insofern seien bei der Definition des relevanten Marktes alle substituierbaren Güter einzubeziehen; d. h. in Bezug auf die Endkundinnen und Endkunden alle substituierbaren Güter, welche das Kochen und Heizen ermöglichen würden. Auch im Wärmemarkt könnten sich Gaslieferanten und Gasinfrastrukturunternehmen nicht unabhängig im Markt verhalten. Erhöhten sie ihre Preise, würden sie ein massives Risiko eingehen, dass Kunden den Energieträger wechseln würden.¹⁰¹ Insofern beantragen die Parteien, dass ein intermodaler Wärmemarkt als sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist. Diese Einschätzung der Parteien ist abzulehnen. Die typische Nachfragekonstellation eines Endkunden, der Erdgas zum Heizen, zur Warmwasseraufbereitung oder zum Kochen verwendet, ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Austausch des Energieträgers vor Ablauf der Amortisation einer bestehenden Wärmevorrichtung in aller Regel ausscheidet. Für die Umstellung auf einen anderen Energieträger wären erhebliche Investitionen erforderlich. Für den vorzeitigen Ersatz einer noch funktionsfähigen Anlage vor Ende ihrer Lebensdauer bestehen aus finanziellen Gesichtspunkten keine Anreize. Im Übrigen müssten für den Austausch des Energieträgers bestimmte sachlich-räumliche Voraussetzungen gegeben sein, wie etwa die Möglichkeit des Anschlusses an ein Fernwärmesystem oder vorhandener Platz

⁹⁸ Vgl. RPW 2014/1, 121 Rz 87, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁹⁹ Vgl. RPW 2014/1, 121 Rz 88, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁰⁰ Vgl. RPW 2014/1, 121 Rz 89, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁰¹ Stellungnahme ewl und EGZ zum Antrag des Sekretariats (act. 65), Rz 13 f.

für den Einbau eines Öltanks.¹⁰² Insofern fehlt es an der erforderlichen Substitutionsbeziehung zwischen Erdgas und anderen Energieträgern.

B.5.1.5 Ergebnis relevante Märkte

98. Zusammenfassend liegen im vorliegenden Fall die folgenden relevanten Märkte vor:

- Markt für Erdgastransport über das Hochdruckrohrleitungsnetz der EGZ;
- Markt für Erdgasverteilung über das Niederdruckrohrleitungsnetz der ewl;
- Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl.

B.5.2 Beurteilung der Marktstellung

99. 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, insbesondere, wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben; entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens in einem bestimmten Markt. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsvariablen ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen. Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden. Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt.¹⁰³

100. Betreffend das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung stellt das Kartellrecht auf die Verhaltens- bzw. Preissetzungsspielräume ab, welche marktbeherrschende Unternehmen gegenüber anderen Marktteilnehmern haben. Werden hingegen Unternehmen aufgrund der der Marktgegenseite zur Verfügung stehenden Alternativen diszipliniert, bestehen solche Spielräume nicht. Je umgehender die Marktgegenseite auf Verhaltensänderung bzw. Preisänderungen reagiert, desto stärker werden die Handlungsspielräume eingeengt und das betroffene Unternehmen diszipliniert. Fehlt hingegen eine solche Disziplinierung, verbleiben dem Unternehmen mitunter grosse Verhaltens- und Preissetzungsspielräume.

101. Im Hinblick auf die Marktstellung in den Märkten für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden ist festzustellen, dass das kartellrechtlich problematische Verhalten auf den Infrastrukturmärkten (Markt für Erdgastransport über das Hochdruckrohrleitungsnetz der EGZ und Markt für Erdgasverteilung über das Niederdruckrohrleitungsnetz der ewl) stattfindet. Es zeitigt seine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf dem nachgelagerten Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung *nicht* netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl. Auf diesem Markt hat die ewl – als Konsequenz dieses Verhaltens – einen Marktanteil von 100 % und ist als marktbeherrschend zu qualifizieren. Mit Aufrechterhaltung dieses Verhaltens wird auch keine potentielle Konkurrenz auf diesem Markt realisiert werden können. Zur Analyse dieser vertikalen Wettbewerbseffekte muss

¹⁰² Vgl. RPW 2014/1, 120 Rz 78, Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 10.12.2008 KVR 2/08 OLG Celle.

¹⁰³ Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, E. 9.3.1 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 402 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 626 ff. Rz 310 ff., *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*, m. w. H.

daher auf die Wettbewerbsverhältnisse in den Infrastrukturmärkten abgestellt werden, da diese den Wettbewerb im nachgelagerten Lieferbereich massgeblich beeinflussen.

B.5.2.1 Aktueller Wettbewerb in den infrastrukturbezogenen Märkten

102. Für den Erdgastransport zu einem bestimmten Punkt in der Schweiz ist regelmässig nur eine Transportroute gangbar. Oft durchströmt das zu transportierende Erdgas dabei die Netze mehrerer Netzbetreiber auf verschiedenen Netzebenen. Somit sind für den Erdgastransport in aller Regel Dienstleistungen von mehr als einem Netzbetreiber notwendig. Da diese Dienstleistungen untereinander nicht substituierbar sind, stehen den Netzkunden keine Alternativen zur Verfügung, welche disziplinierend auf das Verhalten der Transportnetzbetreiber einwirken könnten. An einer solchen Disziplinierung durch die Marktgegenseite fehlt es auch bei den Verteilnetzbetreibern: Da sich die Verteilnetzgebiete in der Schweiz in der Regel nicht überlappen, ist eine Endkundin resp. ein Endkunde nur an ein Verteilnetz angeschlossen. Damit verbleibt den jeweiligen Verteilnetzbetreibern als lokal einzigen Anbietern von Erdgasverteilungsleistungen genügend Spielraum, um ihre Interessen gegenüber den Netzkunden einseitig durchzusetzen.¹⁰⁴

103. Der Betrieb des Transportnetzes und des Verteilnetzes für Erdgas können in aller Regel als natürliche Monopole angesehen werden, sodass kein wirksamer Wettbewerb auf den entsprechenden infrastrukturbezogenen Märkten stattfinden kann (vgl. oben Rz 11 und nachfolgend Abschnitt B.5.2.2 und Abschnitt B.5.3.2.3). Gleichwohl kann bei geeigneter Regulierung des Netzzugangs wirksamer Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung – also dem Verkauf von Erdgas an Endkundinnen und Endkunden – entstehen.¹⁰⁵

104. Aufgrund dieser Befunde zu den aktuellen Wettbewerbsverhältnissen ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass der ewl-Konzern über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die EGZ ist auf dem Markt für Erdgastransport über ihr Hochdruckrohrleitungsnetz und die ewl auf dem Markt für Erdgasverteilung über ihr Niederdruckrohrleitungsnetz marktbeherrschend. In Bezug auf die EGZ wurde bereits im Jahr 2012 in einem Schlussbericht des Sekretariats ausgeführt, dass Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Erdgastransport über ihr Hochdruckrohrleitungsnetz vorliegen.¹⁰⁶

B.5.2.2 Potentieller Wettbewerb in den infrastrukturbezogenen Märkten

105. Aufgrund der faktischen Monopolstellung der ewl und der EGZ in den Infrastrukturmärkten besteht im Bereich des Transports und der Verteilung von Erdgas zur Endkundenversorgung auch künftig keine disziplinierende Wirkung durch potentielle Konkurrenzunternehmen. Ein Rohrleitungsnetz für den Erdgastransport ist als «Essential Facility» zu qualifizieren. Namentlich ist kein gleichwertiges Alternativgut vorhanden. Es bestehen keine potentiellen Alternativgüter, die eine sachlich ausreichende Gleichwertigkeit hinsichtlich ihrer Verwendungsfähigkeit aufweisen und es besteht keine Möglichkeit zur Herstellung eines gleichwertigen Alternativguts mit sinnvollen wirtschaftlichen und/oder sachlichen Mitteln innerhalb eines angemessenen Zeitraums (vgl. dazu oben Rz 11 f. und ausführlich nachfolgend Abschnitt B.5.3.2.3).

¹⁰⁴ Vgl. RPW 2014/1, 122 Rz 94, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.

¹⁰⁵ Vgl. RPW 2014/1, 115 Rz 43, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.

¹⁰⁶ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 70, *Erdgas Zentralschweiz AG*.

B.5.2.3 Stellung der Marktgegenseite

106. Die Marktgegenseite der ewl und der EGZ auf den Infrastrukturmärkten umfasst sämtliche Netznutzer (Lieferanten, Dienstleister sowie Endkundinnen und Endkunden), welche Erdgas über das Transportnetz der EGZ und das Verteilnetz der ewl zu einem bestimmten Netzanschlusspunkt transportieren möchten (vgl. oben Rz 78 f.).

107. Analog zu den Erwägungen über die potentielle Konkurrenz kann für die Frage der Stellung der Marktgegenseite auf das bisherige Verhalten der ewl und der EGZ im Kontext mit Netzzugangsgesuchen verwiesen werden. Die ewl und die EGZ sind in der Lage, namentlich gegenüber Drittlieferanten die Durchleitung über ihre Rohrleitungsnetze, um Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl mit Erdgas beliefern zu können, zu verweigern. Netznutzer haben keine Substitutionsmöglichkeiten und sind auf den Netzzugang zwecks Drittlieferung angewiesen.

108. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Netzbetreiber bei Weiterführung der bisherigen Praxis bei der Beurteilung von Netzzugangsgesuchen von der Marktgegenseite hinreichend diszipliniert werden könnten.

B.5.2.4 Zwischenfazit

109. Die ewl und die EGZ sind auf dem Markt für Erdgasverteilung über das Niederdruckrohrleitungsnetz der ewl bzw. auf dem Markt für Erdgasverteilung über das Hochdruckrohrleitungsnetz der EGZ als marktbeherrschend zu qualifizieren.

B.5.3 Unzulässige Verhaltensweisen

B.5.3.1 Allgemeines

110. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 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. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.¹⁰⁷

111. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt jedoch eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten, weshalb dem marktbeherrschenden Unternehmen gewisse Verhaltensweisen untersagt sind. Zum Tatbestandselement der Marktbeherrschung in Art. 7 Abs. 1 KG muss daher als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten. Solche Verhaltensweisen setzen ihrerseits einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen konkurrierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens).¹⁰⁸

¹⁰⁷ Vgl. RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁸ Vgl. RPW 2016/4, 996 f. Rz 606, *Sport im Pay-TV*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

112. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.¹⁰⁹ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.¹¹⁰

113. Wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe»¹¹¹ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: Einerseits ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i. S. v. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. Andererseits sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. «Legitimate Business Reasons») zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe.¹¹²

114. Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Formen des Missbrauchs: Durch den Missbrauch können einerseits andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden (Behinderungsmissbrauch). Unter den Begriff der Behinderung der Ausübung des Wettbewerbs lassen sich eine Vielzahl von Formen subsumieren: disziplinierende Behinderung, die marktliche Errungenschaften von Konkurrenten zu zerstören sucht, die preisliche Behinderung und die strategische Behinderung, die andere Wettbewerbsparameter als den Preis betrifft. Bei der Behinderung sowohl in der Aufnahme als auch in der Ausübung des Wettbewerbs spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Durch den Missbrauch kann andererseits die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt werden (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) dar. Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinderungsmissbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken.¹¹³

115. Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es für die Frage des Missbrauchs grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann, welchem ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit der strit-

¹⁰⁹ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995, BBI 1995 468, 570.

¹¹⁰ Vgl. Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57 *Produktbündel «Talk & Surf»*.

¹¹¹ BGE 139 I 72, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹¹² Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 607, *Sport im Pay-TV*.

¹¹³ Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 607, *Sport im Pay-TV*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

tigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird. Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen können zudem mehrere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG betreffen. Dies ist sowohl der Fall, wenn eine Verhaltensweise zugleich mehrere Tatbestandsvarianten erfüllt, als auch, wenn verschiedene Verhaltensweisen je verschiedene Tatbestandsvarianten erfüllen.¹¹⁴

116. Vorliegend geht es zusammengefasst darum, dass die ewl und die EGZ Drittlieferanten und potentiellen Konkurrenten der ewl in Bezug auf bestimmte Endkundinnen und Endkunden in deren Netzgebiet, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung nicht erfüllen, den Netzzugang verweigern. Es könnte somit insofern ein Behinderungsmissbrauch im Sinne einer Geschäftsverweigerung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG vorliegen, als dass Drittlieferanten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs auf dem Markt für Erdgaslieferung an diese Endkundinnen und Endkunden behindert werden. Zudem könnte ein potentieller Behinderungsmissbrauch im Sinne einer Diskriminierung von Handelspartnern nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darin erblickt werden, dass der Anzeiger und die [...] in der Stadt Luzern sowie weitere wechselwillige Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung nicht erfüllen, aufgrund der Durchleitungsverweigerung der ewl und der EGZ keine Wahlmöglichkeit hinsichtlich ihres Erdgaslieferanten haben und aufgrund des faktischen Versorgungsmonopols der ewl ausschliesslich durch diese beliefert werden können. Im Gegensatz hierzu steht die Möglichkeit zur Drittbelieferung jenen Endkundinnen und Endkunden offen, die gemäss Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigt sind. Ebenfalls könnte ein Behinderungsmissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG darin erblickt werden, dass namentlich Drittlieferanten aufgrund der bisherigen Praxis der Verfügungsadressatinnen in ihrem Erdgasabsatz eingeschränkt werden, weil sie gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl nicht versorgen können.

117. Aus der nachfolgenden Prüfung ergibt sich, dass ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG vorliegt. Insofern kann auf die Prüfung einer zusätzlichen Verwirklichung von weiteren Missbrauchsformen verzichtet werden.¹¹⁵ Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass vorliegend eine EvR mit den Verfügungsadressatinnen abgeschlossen wird (vgl. Abschnitt B.6.1). Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die WEKO künftig im Rahmen von Untersuchungen betreffend Netzzugangsverweigerungen durch Gasnetzbetreiber zusätzlich das Vorliegen weiterer Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG prüfen und gegebenenfalls bejahen könnte.

B.5.3.2 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

B.5.3.2.1 Voraussetzungen

118. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.¹¹⁶ Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt erschwert oder behindert wird. Diesbezüglich werden auch spezifischere Verhaltensweisen erfasst, wie die Weigerung, den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung (Essential Facility) zu gewähren, die für ein Unternehmen

¹¹⁴ Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 608, *Sport im Pay-TV*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹¹⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1423 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹¹⁶ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 776 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

zur Herstellung bestimmter Produkte oder zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen unerlässlich ist.¹¹⁷

119. Ungeachtet einer einheitlichen Zuordnung zum Regelbeispiel von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG bedarf es einer Differenzierung zur Feststellung, welche Tatbestandsmerkmale bei den einzelnen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung zur Anwendung gelangen.¹¹⁸ Allerdings ist gemäss jüngster Rechtsprechung des BVGer die Aufstellung eines abschliessenden Kanons an Prüfungspunkten für die Gesamtheit der Sachverhaltskonstellationen einer Geschäftsverweigerung auszuschliessen.¹¹⁹

120. Um die vorliegend angezeigten Geschäftsverweigerungen auf ihre Missbräuchlichkeit hin zu prüfen, erfolgt eine Vorgehensweise anhand der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des BVGer.¹²⁰ Diese Vorgehensweise fasst die einzelnen vom BVGer genannten Kriterien als mögliche Tatbestandsmerkmale zusammen (vgl. auch Fn 122-125).¹²¹ Demzufolge ist von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen.

- Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.¹²²
- Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können.¹²³
- Die Verweigerung ist geeignet, den Wettbewerb zu behindern.¹²⁴
- Die Verweigerung lässt sich nicht durch «Legitimate Business Reasons» begründen.¹²⁵

¹¹⁷ Vgl. BSK KG-MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON CARRON (Fn 61), Art. 7 KG N 72 und 121 ff.; LUCA STÄUBLE/FELIXSCHRANER, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.), Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018 (zit. DIKE KG), Art. 7 N 229 ff.

¹¹⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 792, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹¹⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 797, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²⁰ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 144 f. Rz 306 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 61), Art. 7 KG N 121 ff.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²¹ Zu den Kriterien ist gemäss BVGer zu beachten, dass die Auflistung dieser Sachpunkte lediglich ihrer Bedeutung in der bisherigen Wettbewerbspraxis entspricht. Vorderhand sei dabei unbeachtlich, inwieweit einzelne der vorgenannten Kriterien unter dogmatischen Gesichtspunkten allenfalls zusammengefasst werden sollten oder nicht; vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 802, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²² Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Dieser Voraussetzung können die vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterien «potentielle oder bestehende Geschäftsbeziehung», «Verlangen auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung», «Ablehnungshandlung» und «Besonderheiten des Einzelfalles» zugewiesen werden; vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²³ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Zu dieser Voraussetzung können vorliegend etwa die vom BVGer genannten Kriterien «marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte» und «Unerlässlichkeit des Einsatzgutes» gezählt werden; vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²⁴ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Diese Voraussetzung entspricht dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Wettbewerbsverfälschung»; vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²⁵ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Diese Voraussetzung stimmt mit dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Fehlen einer sachlich angemessenen Rechtfertigung» überein; vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

121. Die weiteren vom BVGer genannten möglichen Kriterien «immaterialgüterrechtliche Rechtsposition», «Produktneuheit» sowie «Entgeltregelung» bilden demgegenüber besondere Tatbestandsmerkmale, die nur bei bestimmten Missbrauchsvarianten oder in unterschiedlicher inhaltlicher Ausgestaltung bei den verschiedenen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung Anwendung finden.¹²⁶ Im vorliegenden Fall sind diese Kriterien nicht entscheidend relevant.

B.5.3.2.2 Geschäftsverweigerung

122. Zunächst ist erforderlich, dass eine Geschäftspartnerin oder ein Geschäftspartner versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat.¹²⁷ Der Begriff «Geschäftsbeziehung» umfasst dabei jede Art von rechtlichen oder tatsächlichen Verbindungen zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und anderen Wirtschaftsteilnehmern.¹²⁸

123. Aufgrund des vorangehend festgestellten rechtserheblichen Sachverhalts (vgl. oben Abschnitte A.1.1 und A.1.2) kommt vorliegend die Missbrauchsvariante der Zugangsverweigerung in Betracht. Bei einer Zugangsverweigerung ist die Geschäftsbeziehung auf die tatsächlich gewährte Möglichkeit zur Nutzung einer wesentlichen Einrichtung des marktbeherrschenden Unternehmens ausgerichtet, wodurch diese für den Initiator zugänglich gemacht werden soll (Essential Facility).¹²⁹ Als Einrichtungen in diesem Sinne sind insbesondere Anlagen in Gestalt von singulären Infrastrukturanlagen oder Infrastrukturnetzen zu qualifizieren. Erfasst werden z. B. Seehäfen sowie Telekommunikations-, Strom- oder Gasnetze.¹³⁰

124. Das Eingehungsverlangen des Initiators bildet den Ausgangspunkt einer Geschäftsverweigerung und es ist deshalb für den Beginn einer Geschäftsverweigerung massgebend.¹³¹ Mit ihren schriftlichen Netzzugangsgesuchen (vgl. oben A.1.1 und A.1.2) haben sowohl der Anzeiger als auch die Enerprice (als gewünschte Erdgaslieferantin der [...]) als potentielle Geschäftspartner der ewl und der EGZ erklärt, dass sie mit den Verfügungsadressatinnen eine Geschäftsbeziehung eingehen möchten. Sie haben damit ihr Eingehungsverlangen hinreichend kundgetan.

125. Weiter ist eine Ablehnungshandlung des marktbeherrschenden Unternehmens hinsichtlich der Nutzung der wesentlichen Einrichtung erforderlich.¹³² Vorliegend haben die ewl und die EGZ die Netzzugangsgesuche des Anzeigers und der Enerprice zur Durchleitung über ihre Netze verweigert. Diese Zugangsverweigerung fand durch schriftliche Ablehnung der Netzzugangsgesuche statt (vgl. oben A.1.1 und A.1.2.).

126. Somit sind die Netzzugangsverweigerungen der ewl und der EGZ als Geschäftsverweigerung zu qualifizieren.

¹²⁶ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 801, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²⁷ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 616, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 145 Rz 309, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m. w. H.

¹²⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 845, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²⁹ Vgl. BGE 129 II 497 E. 6.5; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 851, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹³⁰ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 852, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹³¹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 876, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹³² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 890 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

B.5.3.2.3 Von der Verweigerung betroffener Input

127. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein tatsächliches oder potentiell Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z. B. durch Duplizierung des Inputs).¹³³

128. Mit Blick auf die Rechtsprechung und die Literatur stellt das BVGer fest, dass bei der Missbrauchsvariante einer Zugangsverweigerung das Merkmal der *Unerlässlichkeit* des Einsatzgutes, welches vorliegend im Rahmen des von der Verweigerung betroffenen Inputs geprüft wird, eine notwendige Voraussetzung für deren Verwirklichung bildet.¹³⁴

129. Gemäss der Rechtsprechung des BVGer ist der Grad der Unerlässlichkeit im Hinblick darauf zu bestimmen, welche Anforderungen an die Möglichkeit einer Substitution des Einsatzgutes durch Alternativgüter bestehen und in welchem Ausmass die Initiatoren dementsprechend auf den Erhalt des Einsatzgutes angewiesen sind.¹³⁵

130. Die Botschaft zum Kartellgesetz 1995 führt im Zusammenhang mit Verweigerungen von Geschäftsbeziehungen aus: «Ein rechtlicher oder faktischer Kontrahierungszwang ist etwa dann gegeben, wenn ein Unternehmen ein öffentlich-rechtliches Monopol besitzt oder wenn es als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen oder zur Herstellung bestimmter Produkte unerlässlich sind.»¹³⁶ Der Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit kann wie folgt umschrieben werden: Die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist für den Initiator ohne das jeweilige Einsatzgut nicht möglich bzw. nicht zumutbar, weil (i) ein gleichwertiges Alternativgut nicht vorhanden ist, oder (ii) potentielle Alternativgüter keine sachlich ausreichende Gleichwertigkeit hinsichtlich ihrer Verwendungsfähigkeit aufweisen, sowie (iii) keine Möglichkeit zur Herstellung eines gleichwertigen Alternativguts mit sinnvollen wirtschaftlichen und/oder sachlichen Mitteln innerhalb eines angemessenen Zeitraums besteht.¹³⁷

131. Der Zugang zu den Netzen der Verfügungsadressatinnen zur Nutzung für den Erdgastransport bzw. die Erdgasverteilung stellt offenkundig einen essentiellen Input zur Belieferung von Endkundinnen und Endkunden mit Erdgas auf den nachgelagerten Liefermärkten dar. Drittlieferanten sind zwingend auf die Nutzung des Rohrleitungsnetzes, an welchem die zu versorgende Endkundin resp. der zu versorgende Endkunde angeschlossen ist, sowie der diesem vorgelagerten Netze angewiesen, um Erdgas zu dieser Kundin resp. zu diesem Kunden

¹³³ Vgl. RPW 2016/4, 999 Rz 627, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 149 Rz 332, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, mit Hinweisen auf die Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 (zit. Mitteilung zu Art. 82 EGV), 19 Rz 83; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 117), Art. 7 N 239. Zu streng daher BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 61), Art. 7 KG N 125, welche verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss. Dies könnte in dem Sinne verstanden werden, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Ein solches Erfordernis würde dazu führen, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht.

¹³⁴ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 977, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹³⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 974, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹³⁶ Vgl. Botschaft zum KG, BBl 1995, 571.

¹³⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 993, *Sanktionsverfügung – DCC*, m. w. H.

transportieren zu können (vgl. oben Rz 11 f. und 102 f.). Insofern besteht ein Zusammenhang zwischen der Inanspruchnahme der Rohrleitungsnetze der ewl und der EGZ sowie der Belieferung von Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl mit Erdgas, da letzteres nicht ohne die Gewährung des Netzzugangs erfolgen kann. Der Bau von parallelen Rohrleitungsnetzen wäre wirtschaftlich unsinnig und wohl auch rechtlich nicht möglich, da die Konzession zur Nutzung des öffentlichen Grundes bereits den angestammten Netzbetreibern erteilt wurde. Falls von Drittlieferanten initiierte Netzzugangsgesuche verweigert werden, bestehen für diese somit keine zumutbaren Alternativen, um Erdgas zu Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl transportieren zu können. Somit sind die Anforderungen an die Unerlässlichkeit eines objektiv notwendigen Einsatzguts vorliegend erfüllt.

132. Der Zugang zu den Netzen der EGZ und der ewl zu deren Nutzung für den Transport und die Verteilung von Erdgas zu Endkundinnen und Endkunden stellt somit einen objektiv notwendigen Input dar, der unerlässlich ist, damit die Enerprice sowie weitere Drittlieferanten die Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl mit Erdgas beliefern können.

B.5.3.2.4 Eignung zur Wettbewerbsbehinderung

133. Gemäss Praxis der WEKO liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt, wenn eine Behinderung den wirksamen Wettbewerb einschränkt.¹³⁸

134. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung müssen keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden.¹³⁹ Entsprechend ist nachfolgend die Eignung zu prüfen.

135. Die Feststellung einer Zugangsverweigerung setzt dabei keine vollständige Aufhebung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt voraus,¹⁴⁰ wenngleich es bei Zugangsverweigerungen zu wesentlichen Einrichtungen gegenüber sämtlichen aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern zwangsläufig zu einer vollständigen Beseitigung des Wettbewerbs auf dem Sekundärmarkt, der auf der Nutzung der jeweiligen Infrastruktureinrichtung aufbaut, führt.¹⁴¹

136. Die Verweigerung des Netzzugangs hinsichtlich der Belieferung von Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl, welche die Bedingungen der Verbändevereinbarung nicht erfüllen, hat einen direkten Effekt auf die Wettbewerbssituation auf dem nachgelagerten Markt für Erdgaslieferung an diese Endkundinnen und Endkunden. Da deren Belieferung nur möglich ist, wenn für die Durchleitung des Erdgases bis zum Hausanschluss die Rohrleitungsnetze der ewl und der EGZ genutzt werden können, ist die Verweigerung des Netzzugangs im Mindesten dazu geeignet, Drittlieferanten, zu welchen vorliegend die Enerprice gehört, in der Aufnahme des Wettbewerbs zu behindern. Die ewl und die EGZ können mittels ihrer marktbeherrschenden Stellung in den vorgelagerten Infrastrukturmärkten den Eintritt weiterer Anbieter in den Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl verunmöglichen und den Wettbewerb beseitigen (vgl. oben Rz 11 f. und 102 f.).

137. Durch die Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Erdgasliefermarkt wurden Drittlieferanten in ihrer Geschäftstätigkeit eingeschränkt. Das Tatbestandselement der Eignung zur Wettbewerbsbehinderung ist damit erfüllt.

¹³⁸ Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 652, *Sport im Pay-TV*.

¹³⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1207, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁴⁰ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1157, *Sanktionsverfügung – DCC*, m. w. H.

¹⁴¹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1159, *Sanktionsverfügung – DCC*, m. w. H.

138. Da ein missbräuchliches Verhalten angesichts der ohnehin bereits bestehenden Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs keine Anwendung von bestimmten Erheblichkeitsschwellen voraussetzt, führt bereits eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit des nachfragenden Unternehmens zu einer nachteiligen Einwirkung, die es im Hinblick auf die Sicherung des Wettbewerbs zu berücksichtigen gilt.¹⁴² Insofern ist vorliegend ein missbräuchliches Verhalten nicht aufgrund der Tatsache ausgeschlossen, dass die Verfügungsadressatinnen, soweit bekannt, bislang lediglich einzelne Durchleitungsgesuche zur Drittbelieferung über ihre Rohrleitungsnetze abgelehnt haben.

B.5.3.2.5 Sachliche Rechtfertigungsgründe

B.5.3.2.5.1 Allgemeines

139. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sachliche Gründe («Legitimate Business Reasons») rechtfertigen lässt.¹⁴³ Die Praxis der WEKO nimmt diesbezüglich auch Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.¹⁴⁴ Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen in einem behördlichen oder gerichtlichen Kartellverfahren mit oder ohne Sanktionierung ist die Wettbewerbspraxis der Europäischen Union prinzipiell rechtsvergleichend mit Ausnahmevorbehalt zu berücksichtigen.¹⁴⁵

140. Die EU-Kommission unterscheidet zwischen der objektiven Notwendigkeit und dem Vorliegen von Effizienzvorteilen. Legitime Gründe liegen dementsprechend vor, wenn das Verhalten objektiv notwendig und verhältnismässig ist oder wenn dadurch Effizienzvorteile erzielt werden, die etwaige wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen aufwiegen.¹⁴⁶ Art. 7 KG bezeichnet keine bestimmten Rechtfertigungsgründe; vielmehr handelt es sich bei der Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das im Hinblick auf die erforderliche Abgrenzung zwischen einem zulässigen und einem wettbewerbswidrigen Verhalten heranzuziehen ist.¹⁴⁷

141. Als legitime Gründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe («kaufmännische Grundsätze»¹⁴⁸) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig ist.¹⁴⁹ Ob ein Verhalten objektiv notwendig und verhältnismässig ist, muss anhand von Faktoren geprüft werden, die vom marktbeherrschenden Unternehmen unabhängig sind (z. B. Gesundheitsschutz- und Sicherheitsstandards).¹⁵⁰ Eine Rechtfertigung kommt nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten («Gebot der Unerlässlichkeit»¹⁵¹).

¹⁴² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1180, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁴³ Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 679, *Sport im Pay-TV*, m. w. H.

¹⁴⁴ Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 679, *Sport im Pay-TV*, m. w. H.

¹⁴⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 512, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁴⁶ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 133), Rz 28.

¹⁴⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1242, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁴⁸ Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBI 1995 I 468, 569.

¹⁴⁹ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 133), Rz 28 ff.

¹⁵⁰ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 133), Rz 29.

¹⁵¹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 61), Art. 7 KG N 69 ff. und 135; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2^e édition, 2013, Art. 7 LCart N 83; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 133), Rz 29 ff.

142. Weiter kommen wie erwähnt auch Effizienzgründe in Frage.¹⁵²

143. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind an die Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung zu einem Netzwerk (Essential Facility») aufgrund der qualifizierten Abhängigkeit von der Einrichtung *hohe* Anforderungen zu stellen. Die Verweigerung beziehungsweise Einschränkung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG kann aber insbesondere dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn Kapazitätsengpässe oder technische Probleme vorliegen¹⁵³ beziehungsweise «wenn die wirtschaftlichen Leistungen des Kunden objektiv nicht mehr genügen oder wenn die Abnahme- oder Lieferpolitik des Kunden derart geändert wird, dass sie vom Marktbeherrscher aus ökonomischen Gründen nicht mehr getragen werden kann».¹⁵⁴ Überdies kann eine Zugangsverweigerung, die nachweislich zu besserer Qualität bzw. besseren Preisen für die Konsumenten führt, einen potentiellen Kartellrechtsverstoss sachlich rechtfertigen.¹⁵⁵ Sodann ist im Zusammenhang mit einer Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder zur Gewährleistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist.¹⁵⁶ Vor diesem Hintergrund, d. h. zur Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen, kann einem marktbeherrschenden Unternehmen allenfalls die Möglichkeit gewährt werden, die Belieferung an Dritte für eine bestimmte Mindestperiode zu verweigern, damit sich die Investitionen bezahlt machen können, selbst wenn ein solches Verhalten zu einer zeitweisen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt.¹⁵⁷

144. Im Rahmen von Art. 7 KG besteht keine Verpflichtung zur Gewährung des Netzzugangs, wenn die konkrete Durchleitung technisch nicht möglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar ist. Im *Schlussbericht vom 16. Dezember 2013 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz* wurde in diesem Sinne festgehalten, dass in Bezug auf die Frage nach einer Durchleitungspflicht im Erdgasbereich zwischen Art. 13 RLG und Art. 7 KG grundsätzlich keine Unterschiede auszumachen sind. Gemäss Art. 13 Abs. 1 RLG sind die Betreiber von Rohrleitungsanlagen lediglich dann verpflichtet, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen, wenn dies «technisch möglich» und «wirtschaftlich zumutbar» ist. Gemäss Art. 7 KG verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen dann nicht unzulässig, wenn sich das zu beurteilende Verhalten – etwa unter Berufung auf kaufmännische Grundsätze oder aufgrund von technischen Gründen – sachlich rechtfertigen lässt. Damit entsprechen die beiden Vorschriften in Bezug auf die Frage der Durchleitungspflicht einander im Wesentlichen.¹⁵⁸

¹⁵² Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 680, *Sport im Pay-TV*; RPW 2004/3, 798 ff., Rz 69 ff., *Ticketcorner*; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 133), Rz 30. Vgl. zum Ganzen ausführlich: DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 117), Art. 7 N 109 ff.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 61), Art. 7 KG N 63 ff.

¹⁵³ Vgl. BGE 129 II 497, 540 f. E. 6.5.4 (= RPW 2003/4, 962 f.), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros*; BORER (Fn 69), Art. 7 N 14.

¹⁵⁴ Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468, 571; zum Ganzen vgl. auch RPW 2011/2, 341 Rz 69, *Gutachten betr. Gebühren für die Lieferung von Elektrizität*.

¹⁵⁵ Vgl. BGE 129 II 497, 540 f. E. 6.5.4 (= RPW 2003/4, 962 f.), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros*.

¹⁵⁶ Vgl. RPW 2014/2, 368 Rz 149, *Netzwerkgeräte Cisco Systems*; RPW 2014/1, 125, Rz 111, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*; vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 61), Art. 7 KG N 132 ff.; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 133), Rz 89 f.; Case C-3/37.792 vom 24.3.2004, *Microsoft*, Rz 709 ff.

¹⁵⁷ Vgl. RPW 2014/1, 125 Rz 111, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.

¹⁵⁸ Vgl. RPW 2014/1, 115 Rz 38, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

B.5.3.2.5.2 Prüfung der geltend gemachten Rechtfertigungsgründe

Allgemeine Anmerkungen

145. Als sachliche Rechtfertigungsgründe machen die Verfügungsadressatinnen im Wesentlichen zwei Argumente geltend:

- (1) Die gesetzlichen Bestrebungen zu einem Gasversorgungsgesetz würden es rechtfertigen, dass das vorliegende Verfahren sistiert werde.¹⁵⁹
- (2) Der Netzzugang sei technisch nicht möglich und wirtschaftlich nicht zumutbar.¹⁶⁰

Gesetzliche Bestrebungen: Gasversorgungsgesetz

146. Die ewl und die EGZ bringen vor, dass in naher Zukunft ein Gasversorgungsgesetz in Kraft treten werde, welches zahlreiche Einzelheiten in Bezug auf die Gasversorgung regeln werde. Das GasVG werde mit grosser Wahrscheinlichkeit eine Netzzugangsgrenze enthalten, deren definitive Festlegung im Gesetzgebungsprozess erfolgen werde. Es bestehe deshalb zum heutigen Zeitpunkt ohne Weiteres ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung des angefragten Netzzugangs, der darin bestehe, abzuwarten, welche Regeln der Gesetzgeber für die Gasversorgung und den Netzzugang festlegen wird.¹⁶¹ Diese bevorstehende Rechtsänderung rechtfertige es, das vorliegende Verfahren bis zum Inkrafttreten des GasVG zu sistieren.¹⁶²

147. Die anstehende Rechtsänderung ist kein sachlicher Grund für die Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zur Inkraftsetzung der neuen Regelung, da zum jetzigen Zeitpunkt nicht klar ist, ob überhaupt und allenfalls wann ein GasVG mit detaillierten Vorgaben zum Netzzugang in Kraft treten wird.¹⁶³ Die Vernehmlassung zum GasVG wurde zwischen dem 30. Oktober 2019 und dem 14. Februar 2020 durchgeführt. Es ist zumindest mit einer weiteren Ämterkonsultation zu rechnen, bevor die Vorlage allenfalls an das Parlament überwiesen wird. Bis zum Inkrafttreten einer allfälligen Regulierung zum Netzzugang für Endkundinnen und Endkunden im Gasbereich könnten damit noch mehrere Jahre vergehen. Das vorliegende Verfahren kann entsprechend nicht ausgesetzt werden, bis ein GasVG in Kraft getreten ist. Der Anzeiger und die Drittlieferantin Enerprice haben vielmehr einen Anspruch darauf, dass ihre Gesuche um Netzzugang innert angemessener Frist aufgrund des *geltenden* Rechts behandelt werden, unabhängig davon, ob sich dieses Recht in Zukunft ändern wird.¹⁶⁴

148. In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass heute sowohl im Bereich der Erdgaslieferung als auch im Bereich der Nutzung von Erdgasnetzen keine gesetzlichen Monopole bestehen. Das schweizerische Erdgasnetz ist – zumindest in der Theorie – bereits seit dem Inkrafttreten des Rohrleitungsgesetzes im Jahr 1964 für Drittlieferanten zugänglich.¹⁶⁵

¹⁵⁹ Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8), Rz 42 ff.; Stellungnahme EGZ vom 7.12.2018 (act. 40), Rz 122 ff.

¹⁶⁰ Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8); Stellungnahme EGZ vom 7.12.2018 (act. 40), Rz 144 ff.

¹⁶¹ Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8); Rz 57; Stellungnahme EGZ vom 7.12.2018 (act. 40), Rz 138.

¹⁶² Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8); Rz 44; Stellungnahme EGZ vom 7.12.2018 (act. 40), Rz 125.

¹⁶³ Vgl. BGE 126 II 522 E. 10b; BGE 110 Ib 332, 336 E. 2c; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, 202, Rz 20.

¹⁶⁴ Vgl. dazu auch BGE 126 II 522 E. 10b.

¹⁶⁵ Vgl. RPW 2014/1, 116 Rz 50, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

Dies bedeutet, dass Netzbetreiber gestützt auf das Rohrleitungsgesetz und nach entsprechender Massgabe der technischen Möglichkeit und wirtschaftlichen Zumutbarkeit seit über fünfzig Jahren verpflichtet sind, Erdgas durchzuleiten, auch wenn dieses nicht beim angestammten Gasversorger – sprich dem lokalen Netzbetreiber – gekauft wird. Dass eine solche Durchleitungspflicht auch aufgrund der Bestimmungen des Kartellgesetzes durchgesetzt werden kann, ist spätestens seit dem rechtskräftigen Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG*¹⁶⁶ klar.¹⁶⁷ In diesem Urteil wurde festgehalten, dass die Weigerung eines Elektrizitätswerks, den Strom eines Drittunternehmens durch sein Netz zu einem in seinem Netzgebiet domizilierten Endkunden zu leiten, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren ist.¹⁶⁸ Für den Erdgasbereich wurde das Bestehen einer generellen Durchleitungspflicht sodann ausdrücklich im *Schlussbericht vom 16. Dezember 2013 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*¹⁶⁹ festgehalten. Darin wurde insbesondere auch ausgeführt, dass die Erdgaswirtschaft schon seit längerem mit Zugangsgesuchen habe rechnen müssen und entsprechende Vorkehrungen hätte treffen können.¹⁷⁰ Solche Gesuche sind schliesslich auch der Grund, weshalb die Erdgasbranche die Verbändevereinbarung überhaupt ausgearbeitet hat. Dabei wurde allerdings ausser Acht gelassen, dass gemäss dem Rohrleitungs- und dem Kartellgesetz grundsätzlich auch zur Belieferung jener Endkundinnen und Endkunden Netzzugang zu gewähren ist, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung (vgl. oben Rz 15) nicht erfüllen; das heisst insbesondere auch zur Belieferung von kleineren Haushalts- und Gewerbekunden sowie Grosskunden, welche das Erdgas nicht als Prozessgas verwenden.

Der Netzzugang sei technisch nicht möglich und wirtschaftlich nicht zumutbar

149. Die Verfügungsadressatinnen vertreten den Standpunkt, dass Art. 13 Abs. 1 RLG die Voraussetzungen für die Gewährung des Netzzuganges vorgibt. Gemäss dieser Bestimmung sei lediglich klar, dass grundsätzlich Netzzugang zu gewähren sei, sofern dieser technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sei. Für die Gasnetzbetreiber sei jedoch unklar, nach welchen Regeln der Netzzugang zu gewähren sei. Ohne gesetzliche Grundlage könne der Netzzugang grundsätzlich nicht gewährt werden, da im Einzelfall die Details des Netzzugangs geregelt werden müssten.¹⁷¹

150. Die ewl und die EGZ vertreten überdies den Standpunkt, dass sie aufgrund der bis heute fehlenden Detailregulierung im Bereich des Netzzugangs keine Umsetzungslösungen (zum Beispiel im IT-Bereich) entwickeln mussten. Mangels gesetzlicher Vorgaben gebe es in der Schweiz keine für den Massenmarkt Schweiz entwickelte IT-Lösung.¹⁷² Zudem mache es keinen Sinn, wenn die ewl und die EGZ alleine für ihre Netzgebiete eine IT-Lösung entwickeln würden, da eine solche flächendeckend in der Schweiz und nicht nur in ihren Netzgebieten eingeführt werden müsse. Demzufolge bestehe zurzeit keine IT-Lösung, welche die Netzbetreiber zum heutigen Zeitpunkt in die Lage versetzen würde, ohne weitreichende Investitionen

¹⁶⁶ Vgl. BGE 129 II 497 (= RPW 2003/4, 925 ff.), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros*.

¹⁶⁷ Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8), Rz 160.

¹⁶⁸ Zum Ganzen vgl. RPW 2014/1, 134 Rz 174, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.

¹⁶⁹ Vgl. RPW 2014/1, 110 ff., *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁷⁰ Vgl. RPW 2014/1, 134 Rz 175, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁷¹ Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8), Rz 76; Stellungnahme EGZ vom 7.12.2018 (act. 40), Rz 156.

¹⁷² Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8), Rz 49 und 56; Stellungnahme EGZ vom 7.12.2018 (act. 40), Rz 137.

in die IT und in das Personal Transporte ausserhalb der Verbändevereinbarung durchzuführen.¹⁷³

151. Die ewl und die EGZ führen in diesem Zusammenhang weiter aus, sie hätten sich zur Einhaltung der Verbändevereinbarung verpflichtet. In ihren beiden Netzgebieten seien rund [...] Endkundinnen und Endkunden netzzugangsberechtigt. Bei [...] Endkundinnen und Endkunden handle es sich um eine überblickbare Kundenzahl. Sollten sämtliche dieser [...] Endkundinnen und Endkunden gleichzeitig Netzzugang beantragen, würde dies für die ewl und die EGZ eine Herausforderung bedeuten; aufgrund der mit der Verbändevereinbarung eingegangenen Verpflichtung würden die Verfügungsadressatinnen aber alles daransetzen, diese Verpflichtung zu erfüllen. So könnte beispielsweise für die manuelle Entgegennahme und Weitergabe von Fahrplanänderungen zusätzliches Personal angestellt werden.¹⁷⁴

152. Falls beispielsweise ein Regulierungsmodell des Netzzugangs ab einem Jahresverbrauch von 100 MWh Realität werden sollte, wären rund [...] Endkundinnen und Endkunden in den Netzgebieten der EGZ und der ewl netzzugangsberechtigt. Eine solche Kundenzahl könne nicht mehr manuell abgewickelt werden. Hierzu müssten umfangreiche IT-Prozesse implementiert werden. Müssten die Netzbetreiber bereits heute, bevor der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheide für die Teilmarktöffnung beschlossen habe, die Entwicklung einer für den Massenmarkt tauglichen IT-Lösung in Auftrag geben, würde das erhebliche Risiko von sog. «Stranded Investments» bestehen.¹⁷⁵

153. Diese Argumente zielen darauf ab, geltend zu machen, dass der Umsetzungsaufwand für die Verfügungsadressatinnen sowohl im *Einzelfall* als auch im Falle einer Vielzahl von Netzzugangsgesuchen («*Massenmarkt*») technisch und wirtschaftlich nicht zumutbar ist.

154. Im Hinblick auf den Umsetzungsaufwand im *Einzelfall* ist anzumerken, dass die ewl und die EGZ selbst ausführen, sie seien in der Lage, Drittlieferanten den Netzzugang in Bezug auf die [...] gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl zu gewähren. Da zurzeit lediglich einzelne Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl drittbeliefert werden, hätten die ewl und die EGZ zurzeit technisch unbestrittenermassen die Möglichkeit, der Enerprice die Durchleitung über ihre Netze zur Belieferung des Anzeigers und der [...] in der Stadt Luzern zu ermöglichen.¹⁷⁶ Zudem kann davon ausgegangen werden, dass die Netznutzer dazu bereit wären, ein angemessenes Entgelt für die Nutzung des regionalen Transportnetzes der EGZ und des lokalen Verteilnetzes der ewl im Rahmen einer Drittbelieferung zu bezahlen. Insofern wäre die Gewährung des Netzzugangs in diesen Konstellationen auch wirtschaftlich zumutbar.

155. Im Hinblick auf die «*Massenmarkttauglichkeit*» ist anzumerken, dass es vorliegend nicht darum geht, zu beurteilen, welche Anstrengungen seitens der Netzbetreiber nötig wären, um den «*Massenmarkt Schweiz*» abwickeln zu können. Es steht vielmehr lediglich die Frage im Raum, welche Anstrengungen die ewl und die EGZ unternehmen müssen, um zur Drittbelieferung der einzelnen Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl, welche den Erdgaslieferanten wechseln möchten, den Netzzugang zu gewähren. Zudem sind die Verfügungsadressatinnen bereits heute gestützt auf das Rohrleitungs- und das Kartellgesetz verpflichtet,

¹⁷³ Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8), Rz 51; Stellungnahme EGZ vom 7.12.2018 (act. 40), Rz 132.

¹⁷⁴ Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8), Rz 80; Stellungnahme EGZ vom 7.12.2018 (act. 40), Rz 159.

¹⁷⁵ Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8), Rz 81; Stellungnahme EGZ vom 7.12.2018 (act. 40), Rz 137.

¹⁷⁶ Vgl. Stellungnahme der EGZ und der ewl vom 14.8.2017 (act. 8), Rz 80.

die notwendigen Schritte vorzunehmen, um der aktuellen und potentiell zu erwartenden Nachfrage die Durchleitung durch ihr Erdgasnetz zu ermöglichen.¹⁷⁷

156. Im Zusammenhang mit der damaligen Ablehnung des Elektrizitätsmarktgesetzes führte das Bundesgericht in Sachen *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG* aus, dass die WEKO grundsätzlich Einzelentscheide fälle und dass der Umstand, dass dies praktische Probleme aufwerfen könne, kein gültiger Rechtsgrund sei, um die Anwendung des Kartellgesetzes auszuschliessen.¹⁷⁸ Soweit diese praktischen Probleme öffentliche Interessen bedrohen würden, verwies das Bundesgericht sodann auf Art. 8 KG und damit auf die ausnahmsweise Zulassung einer Wettbewerbsabrede oder einer missbräuchlichen Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen durch den Bundesrat.¹⁷⁹

157. Daraus erhellt, dass die WEKO stets den Einzelfall zu beurteilen hat und die praktischen Probleme, die im Zusammenhang allenfalls entstehen könnten, keinen Grund darstellen, um auf die Durchsetzung des Einzelfalls zu verzichten. Konkret bedeutet dies, dass allfällige Probleme, die bei einer relativ schnellen Entstehung des genannten Massenmarktes entstehen könnten, für den vorliegenden Einzelfallentscheid nicht berücksichtigt werden dürfen.

158. Die Parteien bringen vor, dass dieser Ansatz zu einer zu eingeschränkten Prüfung des Vorliegens allfälliger Rechtfertigungsgründe führe und die WEKO dadurch vom Prüfungsmassstab gemäss dem Schlussbericht zur Verbändevereinbarung abweiche. Geprüft werde nicht der Einzelfall basierend auf den konkreten wirtschaftlichen und technischen Bedingungen der involvierten Netzbetreiber. Vielmehr erfolge die Prüfung nur auf Basis der Zugangsgesuche von einzelnen Endkundinnen und Endkunden. Die Parteien wollen dem Schlussbericht zur Verbändevereinbarung insofern entnehmen, dass der Massstab der technischen Möglichkeit und der wirtschaftlichen Zumutbarkeit, Netzzugangsgesuche abzuwickeln, nicht basierend auf der Anzahl der *konkret* um Nutzzugang ersuchenden Endkundinnen und Endkunden zu beurteilen ist, sondern basierend auf einer *Vielzahl* von Endkundinnen und Endkunden.¹⁸⁰

159. Diese Ausführungen der Parteien sind unzutreffend. Vorliegend wird nicht vom Prüfungsmassstab gemäss dem Schlussbericht zur Verbändevereinbarung abgewichen. Im Schlussbericht zur Verbändevereinbarung wird ausgeführt, dass die Frage, ob die Gewährung eines Netzzugangs technisch möglich ist oder nicht, stets *anhand des konkreten Einzelfalls* beurteilt werden müsse. Damit das Argument, die Gewährung des Netzzugangs sei aus technischen Gründen nicht möglich, tatsächlich greifen könne, müsse dann jedoch bezogen auf die konkrete Situation, den konkreten Netzbetreiber und *den in Rede stehenden Netzkunden* erläutert werden, weshalb die Gewährung des Netzzugangs unmöglich sein soll.¹⁸¹ Insofern muss der Netzbetreiber im konkreten Fall plausibel darlegen können, dass die Abwicklung der Drittbelieferung des *gesuchstellenden* Endkunden aufgrund der *konkreten* Situation technisch nicht möglich und wirtschaftlich nicht zumutbar ist.

¹⁷⁷ Vgl. auch RPW 2014/1, 139 Rz 197, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁷⁸ Vgl. BGE 129 II 497, 513 f. E. 3.2.6 (= RPW 2003/4, 925 und 938 f., E.3.2.6), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros*; ROLF H. WEBER, Bundesgerichtlicher Einstieg in die Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes, Urteil des Bundesgerichts (Zweite. öffentlich-rechtliche Abteilung) vom 17.6.2003, Elektra Baselland Liestal gegen Watt Suisse AG/Migros-Genossenschafts-Bund/Wettbewerbskommission/Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (2A.492/2002), SZW 2004, 147–152, 148 f.

¹⁷⁹ Vgl. BGE 129 II 497, 513 f. E. 3.2.6 (= RPW 2003/4, 925 und 938 f., E.3.2.6), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros*.

¹⁸⁰ Vgl. Stellungnahme ewl und EGZ zum Antrag des Sekretariats (act. 65), Rz 17.

¹⁸¹ Vgl. RPW 2014/1, 138 Rz 194, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

160. Vorliegend haben die Parteien in der Vorabklärung erklärt, sie seien zum Zeitpunkt der Gesuchstellung technisch in der Lage gewesen, die konkret zur Diskussion stehenden Netzzugangsgesuche mit der bestehenden Infrastruktur abzuwickeln (oben Rz 154). Im Übrigen trifft es entgegen den Darlegungen der Parteien nicht zu, dass bei dem von der WEKO verfolgten Ansatz jede Netzzugangsverweigerung in einem konkreten Einzelfall kartellrechtswidrig ist.¹⁸² Wesentlich ist vielmehr, wie viele Drittbelieferungen der Netzbetreiber aufgrund seiner *bestehenden* Infrastruktur technisch abwickeln kann. Sollte die bestehende Infrastruktur effektiv nicht ausreichen, um weitere Endkundinnen und Endkunden technisch abzuwickeln zu können, ist allerdings zusätzlich zu hinterfragen, ob der Netzbetreiber nicht aufgrund der zu *erwartenden* Nachfrage bereits in der Vergangenheit gehalten gewesen wäre, seine Infrastruktur zu professionalisieren, um mehr Endkundinnen und Endkunden den Netzzugang zu ermöglichen. Dabei muss der Netzbetreiber nur jene Investitionen tätigen, die notwendig sind und ihm aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation zugemutet werden können.¹⁸³

161. Vorliegend wäre insbesondere die Anschaffung eines automatisierten Energiedatenaustauschsystems aufgrund der potentiellen Nachfrage im Netzgebiet der ewl bereits in der Vergangenheit geboten gewesen. Die potentielle Nachfrage hat sich bei der ewl-Gruppe u. a. auch deshalb nicht manifestiert, weil die Parteien in der Vergangenheit lediglich grossen Prozessgaskunden gestützt auf die Verbändevereinbarung die Möglichkeit zur Drittbelieferung einräumten. Würden im Laufe der nächsten Jahre 10 % der gemäss den Parteien über [...] Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet¹⁸⁴ die Abwicklung einer Drittbelieferung beantragen, müssten ewl und EGZ zur Belieferung von fast [...] Endkundinnen und Endkunden den Netzzugang gewähren. Dies ist ohne professionelle und automatisierte Infrastruktur nicht zu bewerkstelligen. Insofern erscheint eine derartige Investition nur schon aus Effizienzgründen geboten. Da die ewl-Gruppe zwischen 2010 und 2019 stets einen jährlichen Konzerngewinn von über 25 Millionen Franken ausgewiesen hat¹⁸⁵, wäre es den Parteien zuzumuten gewesen, eine solche Investition mit einem Teil eines Jahresgewinns zu finanzieren. Angesichts der Tatsache, dass die ewl-Gruppe zwischen 2017 und 2019 allein mit Erdgaslieferungen an faktisch gebundene Endkundinnen und Endkunden Umsätze von über [...] Millionen Franken pro Jahr generierte¹⁸⁶, erscheint eine solche einmalige Investition zumutbar. Im Übrigen war es den Parteien zum Zeitpunkt der Netzzugangsgesuche der Enerprice und des Anzeigers möglich, diese ohne zusätzliche Automatisierung und Professionalisierung der Infrastruktur abzuwickeln.

162. Im Übrigen ist auch das Argument des Risikos von Stranded Investments nicht zielführend. Wie bereits erläutert, geht es vorliegend nicht um die Beurteilung eines Massenmarktes und es kann auch nicht berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber möglicherweise in einigen Jahren eine Regelung schaffen könnte, welche den Kreis der netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden eingrenzt und die nicht im Sinne der von den Netzbetreibern getätigten Investitionen liegt. Schliesslich bleibt anzumerken, dass sich der Gesetzgeber kaum für eine nachträgliche Einschränkung des genannten Massenmarktes entscheiden würde, falls sich bis dahin ein solcher entwickelt haben sollte. Im Übrigen kann zurzeit nicht abgeschätzt werden, ob und wann ein Gasversorgungsgesetz mit Detailbestimmungen zum Netzzugang zustande kommt. Falls eine entsprechende Regulierung in einigen Jahren in Kraft treten sollte, die lediglich eine regulatorische Teilmarktöffnung vorsieht, hätten die Parteien ihre Infrastruk-

¹⁸² Vgl. Stellungnahme ewl und EGZ zum Antrag des Sekretariats (act. 65), Rz 19.

¹⁸³ Vgl. RPW 2014/1, 139 Rz 197, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁸⁴ Vgl. Stellungnahme ewl und EGZ zum Antrag des Sekretariats (act. 65), Rz 23.

¹⁸⁵ Vgl. Geschäftsberichte der ewl ab 2011; <https://gb.ewl-luzern.ch/gb2019/bibliothek> > Archiv (25.5.2020).

¹⁸⁶ Vgl. Eingabe Umsatzzahlen ewl und EGZ vom 24.6.2019 (act. 49), Beilage 8.

tur aufgrund der in diesem Fall zu erwartenden Nachfrage ebenfalls notwendigerweise zu professionalisieren und automatisieren. Im Falle einer Teilmarktöffnung würde es in ihrem Netzgebiet bei einem Schwellenwert von 100 MWh pro Jahr immer noch eine grosse Vielzahl von netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden geben, die nicht mehr manuell abgewickelt werden könnten. Insofern würden auch bei einer allfälligen Teilmarktöffnung keine Stranded Investments anfallen. Zu beachten ist weiter, dass etwa Softwaresysteme zur Abwicklung der Bilanzierung sehr flexibel ausgestaltet sind und bedürfnisgerecht an sich ändernde regulatorische Vorgaben angepasst werden können.¹⁸⁷ Sollten entsprechende Produkte in einigen Jahren nicht mehr benötigt werden, könnten die diesbezüglichen Verträge gekündigt oder aufgrund der geänderten Bedürfnisse modifiziert werden.

163. Insgesamt sind damit keine Gründe ersichtlich, welche die vorliegenden Geschäftsverweigerungen zu rechtfertigen vermögen.

B.5.3.3 Zwischenfazit

164. Aus der vorgenommenen Analyse ergibt sich, dass die ewl und die EGZ Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG verletzt haben, indem sie dritten Erdgaslieferanten den Netzzugang zum Erdgastransport über ihre Rohrleitungsnetze zur Belieferung des Anzeigers und der [...] in der Stadt Luzern verweigerten. Durch die Praxis der ewl und der EGZ bei der Beurteilung von Netzzugangsgesuchen wurden dritte Erdgaslieferanten auf dem Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl behindert, indem ihnen die Belieferung dieser Kunden ohne hinreichende sachliche Rechtfertigungsgründe verunmöglicht wurde.

B.5.4 Ergebnis

165. Die ewl und die EGZ verfügen im Markt für Erdgasverteilung über das Niederdruckrohrleitungsnetz der ewl bzw. im Markt für Erdgastransport über das Hochdruckrohrleitungsnetz der EGZ über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 KG.

166. Die ewl und die EGZ haben ihre marktbeherrschende Stellung in diesen Infrastrukturmärkten missbraucht, indem sie die Netzzugangsgesuche zur Belieferung des Anzeigers sowie der [...] in der Stadt Luzern abgelehnt haben. Durch die Ablehnung der Netzzugangsgesuche haben die ewl und die EGZ gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG verstossen. Die Praxis der ewl und der EGZ im Bereich des Netzzugangs, wonach nur jene Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl von einem Dritten mit Erdgas beliefert werden konnten, welche die Anforderungen in der Verbändevereinbarung erfüllten, führte zu einem faktischen Versorgungsmonopol der ewl. Dadurch wurden Drittlieferanten von einem Eintritt in den Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl abgehalten.

B.6 Massnahmen

167. 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 168 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 172 ff.).

¹⁸⁷ Vgl. z. B. <https://www.innosolv.ch/ise> und www.innosolv.ch/roadshow-zeitreihen (25.5.2020).

B.6.1 Einvernehmliche Regelung

168. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 30. September 2019 / 1. Oktober 2019 mit ewl und EGZ eine EvR abgeschlossen (vgl. oben Rz 40). Diese lautet wie folgt:

A. Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 32-0263 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 32-0263 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, gegenüber ewl und EGZ einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) Der Wille und die Bereitschaft von ewl und EGZ zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 2 936 790 bis 5 873 580 zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von ewl und EGZ keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, halten ewl und EGZ fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von ewl und EGZ.

Vereinbarungen

1. Ewl und EGZ verpflichten sich, auf entsprechendes Gesuch hin sämtlichen Dritten den Netzzugang zu den Hochdruckrohrleitungen der EGZ und den Niederdruckrohrleitungen der ewl zur Belieferung von Endkunden im Netzgebiet der ewl mit Erdgas zu gewähren.

Ewl und EGZ schliessen mit dem Endkunden, zu dessen Belieferung ein Netzzugangsgesuch gestellt wird, oder mit seinem Lieferanten jeweils einen Netznutzungsvertrag hinsichtlich der Netze in ihrem Eigentum ab. In Bezug auf Endkunden, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung für den Netzzugang erfüllen, schliesst der Endkunde oder sein Lieferant mit dem Netzbetreiber des Netzes, an welches der Endkunde angeschlossen ist, einen Netznutzungsvertrag bezüglich aller vom Netzzugang in der Schweiz betroffenen Netze ab.

Aktuelle und künftige Netzzugangsgesuche zur Belieferung von in der Bilanzzone Zentralschweiz angeschlossenen Endkunden werden von ewl und EGZ wie folgt abgewickelt:

Endkunden	Messung	Bilanzierung
< 500'000 kWh Jahresverbrauch	Zähler mit Fernzähleinrichtung	Tagesbilanz
> 500'000 kWh Jahresverbrauch, < 150 Nm ³ /h Transportkapazität	wahlweise Zähler oder Mengenumwerter mit Fernzähleinrichtung	wahlweise Tages- oder Stundenbilanz
> 150 Nm ³ /h Transportkapazität	Mengenumwerter mit Fernzähleinrichtung	Stundenbilanz

«Wahlweise» meint, dass die Entscheidung für eine der beiden möglichen Varianten beim Endkunden liegt.

Endkunden mit Stundenbilanzierung können nicht in derselben Bilanzgruppe mit Endkunden mit Tagesbilanzierung sein.

2. Sollten mit Einführung eines Bundesgesetzes über die Gasversorgung (GasVG) zugesicherte Verhaltensanpassungen in der vorliegenden EVR von den künftigen gesetzlichen Regelungen abweichen, werden solche ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes hinfällig.

169. Die genannte EvR umschreibt die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherige unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen. Die WEKO genehmigt die EvR daher im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG.

170. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.¹⁸⁸

B.6.2 Sanktionierung

B.6.2.1 Allgemeines

171. 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.¹⁸⁹ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.¹⁹⁰

¹⁸⁸ 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*.

¹⁸⁹ Vgl. Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

¹⁹⁰ Vgl. Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, 2034.

B.6.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

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

B.6.2.2.1 Unternehmen

173. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und ^{1bis} KG abgestellt.¹⁹¹ Zur Qualifizierung der ewl-Gruppe (Konzern) als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen in Abschnitt B.1.1 verwiesen.

B.6.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

174. 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 zweiten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält i. S. v. Art. 7 KG.

175. Vorliegend sind die Voraussetzungen für einen Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt (vgl. oben Abschnitt B.5.4).

B.6.3 Vorwerfbarkeit

176. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.¹⁹² Massgebend für das Vorliegen von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

177. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.¹⁹³ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschuldens liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.¹⁹⁴

178. Die ablehnenden Antworten der Verfügungsadressatinnen auf die Netzzugangsgesuche zur Belieferung des Anzeigers und der [...] wurden von Geschäftsleitungsmitgliedern der ewl

¹⁹¹ Statt vieler: JÜRGEN BORER (Fn 69), Art. 49a KG N 6.

¹⁹² Ständige Praxis, siehe statt aller RPW 2018/2, 356 Rz 90, *Gerätebenzin*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁹³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1492, Sanktionsverfügung – *DCC*; RPW 2011/1, 190 Rz 558, *SIX/DCC*, m. w. H.

¹⁹⁴ Vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

und der EGZ unterzeichnet.¹⁹⁵ Den Geschäftsleitungsmitgliedern der ewl und der EGZ sollte bekannt gewesen sein, dass Verweigerungen von Netzzugangsgesuchen zur Drittbelieferung kartellrechtswidrig sein könnten; dies insbesondere vor dem Hintergrund des Anfang 2014 publizierten Schlussberichts des Sekretariats in Sachen Vorabklärung Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz. Darin wurde unter anderem festgehalten, dass die Anwendung der Netzzugangskriterien, wonach der Netzkunde eine vertragliche Transportkapazität von mindestens 200 Nm³/h (aktuell: 150 Nm³/h) nachfragen und das transportierte Erdgas primär als Prozessgas genutzt werden muss, nicht per se als kartellrechtlich unproblematisch angesehen werden kann. Vielmehr sei eine konkrete Netzzugangsverweigerung gestützt auf eines der beiden genannten Kriterien voraussichtlich als Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG bzw. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG zu werten, falls sich diese Verweigerung im Einzelfall nicht sachlich rechtfertigen lasse.¹⁹⁶ Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass die ewl und die EGZ vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung von kartellrechtswidrigen Geschäftsverweigerungen im Kontext mit Netzzugangsgesuchen ergriffen hätten, ist nicht ersichtlich. Somit ist ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

B.6.4 Bemessung

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

180. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG¹⁹⁷ näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss ausübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit¹⁹⁸ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁹⁹ 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.²⁰⁰

B.6.4.1 Maximalsanktion

181. 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,²⁰¹ sind dabei

¹⁹⁵ Vgl. Anzeige (act. 1), Beilagen 3 und 5; Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Beilagen 5 und 10.

¹⁹⁶ Vgl. RPW 2014/1, 143 Rz 131, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁹⁷ Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12.3.2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

¹⁹⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 2 SVKG.

¹⁹⁹ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

²⁰⁰ Vgl. RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1556 f., *Sanktionsverfügung – DCC*; RPW 2016/4, 1025 Rz 859, *Sport im Pay-TV*.

²⁰¹ Vgl. Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, 2037.

die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.²⁰² Der Unternehmensumsatz i. S. v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (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.²⁰³

182. Die ewl-Gruppe (Konzern) ist als Unternehmen im Sinne des KG zu betrachten, da EGZ wirtschaftlich nicht selbstständig ist, sondern von ewl kontrolliert wird (vgl. oben Rz 47). Bei Konzerngesellschaften sind *sämtliche* Umsätze der kontrollierten und kontrollierenden Unternehmen (Tochter-, Mutter-, Schwester-, und Gemeinschaftsunternehmen) in die Umsatzberechnung einzubeziehen. Für die Berechnung der Maximalsanktion werden die Umsätze der Geschäftsjahre 2017 bis 2019 der ewl-Gruppe herangezogen:

	2017	2018	2019
Umsatz	272 225 000	287 178 000	293 400 000
Gesamtumsatz	852 803 000		
Maximalsanktion	85 280 300		

Tabelle 1: Gesamtumsätze der ewl-Gruppe²⁰⁴

183. Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich somit auf rund 85,3 Millionen Franken.

B.6.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

184. 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 erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.²⁰⁵

185. Art. 49a KG sieht nicht vor, dass die Ausfällung von Sanktionen im (Entschliessungs-) Ermessen der Wettbewerbsinstanzen steht. Gemäss dieser Bestimmung haben die Wettbewerbsinstanzen vielmehr Sanktionen auszusprechen, wenn die entsprechenden materiellen Kartellrechtstatbestände verwirklicht wurden. Dies gilt in gleicher Weise für die Berücksichtigung von Dauer sowie Erhöhungs- und Milderungsgründen. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, dann haben die Wettbewerbsinstanzen eine Erhöhung oder eine Herabsetzung der Sanktion vorzunehmen. Den Wettbewerbsinstanzen kommt aber ein erheblicher Ermessensspielraum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponen-

²⁰² 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; www.weko.admin.ch > Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (25.5.2020).

²⁰³ Vgl. RPW 2016/4, 1025 Rz 860, *Sport im Pay-TV*.

²⁰⁴ Vgl. die von ewl und EGZ eingereichten Umsatzzahlen vom 17.4.2019 (act. 41), Beilage 7.

²⁰⁵ Vgl. RPW 2016/4, 1026 Rz 863, *Sport im Pay-TV*.

ten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe zu. Dieser Ermessensspielraum wird wiederum durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und den Gleichheitsgrundsatz eingeschränkt.²⁰⁶

B.6.4.2.1 Basisbetrag

186. 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). Grundsätzlich entspricht der für die Sanktionierung massgebliche «relevante Markt» dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt, weil das wettbewerbswidrige Verhalten nur auf diesen Markt einwirkt. Für die Sanktionsbemessung bedarf es daher regelmässig keiner erneuten Feststellung des massgeblichen Markts. Wirkt das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise im Einzelfall darüber hinaus auf sonstige Märkte ein, so sind diese ebenfalls in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen. Massgebend für die Sanktionsbemessung ist daher nicht nur der Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben ist. Vielmehr sind auch Sekundärmärkte als vor- oder nachgelagerte Märkte sowie sonstige (Tertiär-)Märkte in die Sanktionsbemessung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere für diejenigen Missbrauchsformen des Art. 7 KG, die sich bereits aufgrund ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung auf mehrere Märkte erstrecken.²⁰⁷

a) Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

187. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Vorliegend wird zur Bestimmung des Basisbetrags auf die Umsätze im Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl abgestellt.

188. Der Kartellrechtsverstoss besteht vorliegend in der Verweigerung der ewl und der EGZ zur Durchleitung von Erdgas über ihre Rohrleitungsnetze zur Endkundinnen- und Endkundenbelieferung durch Dritte. Das missbräuchliche Verhalten findet daher auf den Infrastrukturmärkten statt. Durch die Verweigerung der Durchleitung werden potentielle Konkurrenzunternehmen der ewl im Bereich der Erdgaslieferungen an gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden behindert, indem sie diese Kunden im Netzgebiet der ewl nicht beliefern können. Entsprechend wirkt sich das missbräuchliche Verhalten der ewl und der EGZ auf diesen nachgelagerten Endkundenmarkt aus. Durch die Verweigerung des Netzzugangs verhinderten die Parteien, dass sich nur schon potentiell ein Wettbewerb in diesem Markt entwickeln könnte (vgl. oben Rz 11 f. und 102 f.).

189. Auf die mit der Netznutzung erzielten Umsätze hat das Verhalten der Verfügungsadressatinnen hingegen keinen Einfluss. Die mit dem Transport und der Verteilung von Erdgas über die Rohrleitungsnetze der ewl und der EGZ erzielten Umsätze sollten sich nicht verändern, unabhängig davon ob eine Endkundin oder ein Endkunde von der ewl oder einem Dritten beliefert wird. Daher rechtfertigt es sich vorliegend nicht, auf diese Umsätze abzustellen. In der Verbändevereinbarung ist hinsichtlich der Durchleitung zur Belieferung von industriellen

²⁰⁶ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 vom 18.12.2018, E. 1556, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁰⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1569 f. und 1573, *Sanktionsverfügung – DCC*; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 685 ff. Rz 722 ff., *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2016/4, 1026 Rz 864, *Sport im Pay-TV*.

Grosskunden im Übrigen festgehalten, dass sich die Höhe des Netznutzungsentgelts nach der Gewährung des Netzzugangs nicht verändern darf.²⁰⁸

190. Art. 3 SVKG statuiert zudem als Bemessungsgrundlage des Basisbetrags den gesamten Umsatz, den das betreffende Unternehmen auf den jeweils relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat, und nicht nur den Umsatz, der ausschliesslich mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten auf den jeweils relevanten Märkten erzielt wurde.²⁰⁹ Vorliegend sind demnach die gesamten Umsätze der ewl-Gruppe aus dem Erdgasverkauf an gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl in die Bestimmung des Basisbetrags miteinzubeziehen.

191. Gemäss der Praxis der Wettbewerbsbehörden sind Art. 4 und 5 VKU bei der Sanktionsberechnung analog anzuwenden. Demnach haben konzerninterne Umsätze ausser Betracht zu bleiben. Gestützt auf diese Vorgabe soll insbesondere die doppelte Berücksichtigung von Umsätzen auf den für die Sanktionsberechnung relevanten Märkten verhindert werden. Daher sind Umsätze der ewl und der EGZ mit Erdgaslieferungen an Konzern-Gruppengesellschaften bei der Bestimmung des Basisbetrags nicht zu berücksichtigen. Hingegen sind die Umsätze aus dem Verkauf von Erdgas an die Stadt Luzern miteinzubeziehen. Die Parteien vertreten demgegenüber den Standpunkt, dass es sich bei solchen Umsätzen ebenfalls um konzerninterne Umsätze gemäss Art. 4 und 5 VKU handelt, die bei der Sanktionsberechnung nicht einfließen dürfen. Nach Ansicht der Stadt Luzern habe insbesondere keine Pflicht zur Beschaffung ihres Bedarfs bei anderen Lieferanten bestanden, so dass sich auch nicht sagen lasse, dass die Umsätze zwischen ewl und der Stadt Luzern Ausfluss eines wettbewerbswidrigen Verhaltens seien.²¹⁰

192. Die Stadt Luzern als Eigentümerin der ewl ist aus *kartellrechtlicher* Optik nicht als Muttergesellschaft in einem Konzernverhältnis zu betrachten. Damit von konzerninternen Umsätzen im Sinne von Art. 4 und 5 VKU ausgegangen werden könnte, müsste es sich bei der Stadt Luzern aus kartellrechtlicher Optik um die Konzernmutter der Tochtergesellschaften ewl und EGZ handeln. Aus kartellrechtlicher Optik liegt ein Konzern vor, wenn mehrere rechtlich selbstständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich *unter einheitlicher Leitung* zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind (vgl. oben Rz 43).

193. Die Stadt Luzern verfügt über 100 % der Aktien der ewl. Die ewl ist als eigenständige *privatrechtliche* AG ausgestaltet. Im bis Ende Mai 2019 geltenden Reglement über das Beteiligungs- und Beitragscontrolling der Stadt Luzern war Folgendes vorgesehen: «Die Stadt respektiert die rechtliche Selbstständigkeit der Aktiengesellschaften mit einer städtischen Mehrheitsbeteiligung und die zivilrechtlichen Kompetenzen ihrer Organe. Die Mitglieder des Verwaltungsrats gelten nicht als Vertretung der Stadt. Die Stadt erteilt ihnen und dem gesamten Verwaltungsrat keine Weisungen. Die Unternehmensführung ist Sache des Verwaltungsrats. Sie untersteht nicht dem politischen Controlling».²¹¹ In der seit Anfang Juni 2019 geltenden Fassung des kommunalen Reglements über das Beteiligungsmanagement der Stadt Luzern ist vorgesehen, dass der Stadtrat für wichtige Unternehmen, an denen die Stadt Luzern

²⁰⁸ Vgl. Verbändevereinbarung (Fn 20), Ziff. 6 Abs. 2.

²⁰⁹ Vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1576., *Sanktionsverfügung – DCC* und B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 722, *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*.

²¹⁰ Vgl. Stellungnahme ewl und EGZ zum Antrag des Sekretariats (act. 65), Rz 42.

²¹¹ Vgl. Art. 7 Abs. 3 des Reglements über das Beteiligungs- und Beitragscontrolling der Stadt Luzern vom 5.2.2004 (SRL 0.5.1.1.3).

mehrheitlich beteiligt ist, eine Beteiligungsstrategie erlässt.²¹² Die ewl-Gruppe wird als «wichtig» eingestuft. Strategische Vorgaben waren bis Ende 2019 allerdings noch nicht erarbeitet.²¹³ Die Stadt Luzern hatte somit zum Zeitpunkt der Netzzugangsverweigerungen bis zur Unterzeichnung der EvR keine hinreichende Einwirkungsmöglichkeit auf die Strategie und die wesentlichen Entscheidungen der ewl-Gruppe. Insofern kann sie aus kartellrechtlicher Sicht nur schon aus diesem Grund nicht als Konzernmutter der ewl und deren Tochtergesellschaft EGZ fungieren und es handelt sich bei den mit dem Erdgasverkauf an die Stadt Luzern erzielten Umsätzen bereits aus diesem Grund nicht um konzerninterne Umsätze.

194. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall somit [...] Franken.²¹⁴

b) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

195. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.²¹⁵ Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive²¹⁶ Faktoren im Vordergrund.²¹⁷

196. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung darf keine schematische Ansiedlung des Basisbetrags innerhalb des Sanktionsrahmens erfolgen. Eine Abstufung nach der Schwere und dem Gefährdungspotenzial der einzelnen Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Art. 7 Abs. 1 KG ist generell schwierig vorzunehmen.²¹⁸

197. Den Wettbewerbsbehörden steht bei der Gewichtung der verschiedenen Kriterien zur Festlegung des Basisbetrags ein erheblicher Ermessensspielraum zu.²¹⁹

198. Die Parteien vertreten den Standpunkt, dass es sich angesichts der konkreten Umstände lediglich um einen leichten Kartellrechtsverstoss handelt. Für die Sanktionsberechnung seien daher maximal 1 bis 2 % des Basisbetrags gerechtfertigt.²²⁰ Hierfür spreche, dass sich die vorgeworfene Verhaltensweise bislang nur in zwei Einzelfällen manifestiert habe. Insofern seien die sachlichen und geografischen Auswirkungen begrenzt gewesen und die Verhaltensweise habe nicht-systematischen Charakter gehabt. Die angebliche Geschäftsverweigerung betreffe einen Haushaltskunden, mit dem in den letzten drei Jahren lediglich ein Umsatz von

²¹² Vgl. Art. 10 Bst. c des Reglements über das Beteiligungsmanagement der Stadt Luzern vom 21. März 2019 (Beteiligungsreglement, BR; SRL 0.5.1.1.3).

²¹³ <https://www.luzernerzeitung.ch/zentralschweiz/luzern/parlament-fordert-stadt-luzern-soll-schnell-weg-vom-gas-ld.1179410> (25.5.2020).

²¹⁴ Von den Verfügungsadressatinnen am 17.4.2019 (act. 41, Beilagen 6-8), am 24.6.2019 (act. 49) sowie am 30.8.2019 (act. 50) eingereichte Umsatzzahlen.

²¹⁵ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG, 2 f.

²¹⁶ D. h. verschuldensunabhängige Kriterien, siehe BGE 144 II 194 E. 6.4 (= RPW 2017/4, 294 E. 6.4), *Bayerische Motoren Werke AG/WEKO*; RPW 2010/4, 760 Rz 386 m. w. H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*; siehe auch CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 230.

²¹⁷ Vgl. RPW 2016/4, 1028 Rz 877, *Sport im Pay-TV*.

²¹⁸ Vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 365 E. 8.3.4, *Publigroupe SA/WEKO*; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1589 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*; RPW 2016/4, 1028 Rz 878, *Sport im Pay-TV*.

²¹⁹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 689 Rz 744, *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1593, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²²⁰ Vgl. Stellungnahme ewl und EGZ zum Antrag des Sekretariats (act. 65), Rz 46.

[...] Franken erzielt worden sei. Falls ein Gewinn aus dem unrechtmässigen Verhalten nur gering aus und werde hierdurch lediglich eine geringe Auswirkung auf den Wettbewerb belegt, so sei dieser Umstand gemäss der BVGer-Praxis sanktionsmildernd zu berücksichtigen. Weiter müsse berücksichtigt werden, dass die Gasindustrie und die Parteien in der Vergangenheit keine vollkommene Verweigerungshaltung eingenommen hätten, sondern in verschiedenen Verfahren vor dem BFE und der WEKO versucht hätten, konkrete Weisungen zur aussergesetzlichen Deregulierung des Gasmarktes zu erhalten (Widerspruchsverfahren Verbändevereinbarung, negative Feststellungsverfügung beim BFE gestützt auf das RLG). Die Gasbranche sei seit Jahren darauf bedacht gewesen, ihre Verhaltensweise kartellrechtlich korrekt auszugestalten. Man sei verschiedentlich mit den Wettbewerbsbehörden in Kontakt gestanden und habe Modelle vorgelegt und Sekretariatsberatungen beansprucht. Zudem hätten die Endkundinnen und Endkunden, denen der Netzzugang verweigert wurde, aus Sicht der Parteien jederzeit die Möglichkeit gehabt, den Sektorregulator BFE für die Durchsetzung des Netzzugangs anzurufen. Schliesslich sei aufgrund einer für die schweizerische Rechtspraxis neuartigen Pionierkonstellation ein sehr tiefer Sanktionsbetrag gerechtfertigt. Noch nie habe die WEKO aus eigener Kompetenzbejahung heraus das Durchleitungsbegehren eines Privatkunden zum Anlass genommen, in den Gasmärkten weitestgehend Durchleitungspflichten ausserhalb der Verbändevereinbarung zu postulieren. Zudem sei die Angelegenheit einvernehmlich beendet worden. In ähnlich gelagerten Fällen in der EU sei in derartigen Konstellationen aufgrund von Verpflichtungszusagen auf eine Busse verzichtet worden. Schliesslich bestanden die Parteien, dass die Verweigerung zur Belieferung von [...] in der Stadt Luzern nur ihnen gegenüber sanktioniert würden und die anderen angezeigten Gasnetzbetreiber keine Sanktion bezahlen müssten. Dies müsse sanktionsmildernd berücksichtigt werden.²²¹

199. Bei Art und Schwere des Verstosses sind Faktoren wie das abstrakte Gefährdungspotential sowie die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der zu sanktionierenden missbräuchlichen Verhaltensweise zu beurteilen. Die Verweigerung des Netzzugangs zur Drittbelieferung über Rohrleitungsnetze (Essential Facility) *beseitigt* den Wettbewerb zur Versorgung von Endkundinnen und Endkunden mit Erdgas. Die Verfügungsadressatinnen verweigerten den Netzzugang jedoch nur teilweise, nämlich gegenüber Endkundinnen und Endkunden, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung für die Drittbelieferung nicht erfüllten. Solche Endkundinnen und Endkunden hatten aufgrund der vorherrschenden Gegebenheiten jedoch kaum Anreize, ein Netzzugangsgesuch zu stellen, da dieses abgelehnt worden wäre. Im Übrigen haben die Parteien mit ihrer Verweigerungshaltung in Bezug auf die Drittbelieferung von Endkundinnen und Endkunden, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung nicht erfüllten, nur schon verhindert, dass Drittlieferanten mit ihnen die erforderlichen Rahmenverträge abschliessen konnten.

200. Bei einer Durchsetzung des Netzzugangs gestützt auf Art. 13 RLG wäre für Endkundinnen und Endkunden mit einem zeitintensiven Verfahren mit Kostenrisiken zu rechnen gewesen. Die Vorabklärung betreffend die Verbändevereinbarung wurde vom Verband VSG initiiert. Obwohl im betreffenden Schlussbericht explizit festgehalten wurde, dass die Anwendung der Verbändevereinbarung im Falle einer Netzzugangsverweigerung einen Kartellrechtsverstoss darstellt, falls aufgrund der konkreten Umstände nicht ausnahmsweise Rechtfertigungsgründe vorliegen sollten (vgl. oben Rz 178), hielten die Parteien daraufhin beim Eingang von Netzzugangsgesuchen bis zu den Verhandlungen über eine EvR *nach* der Untersuchungseröffnung ihre bisherige Praxis aufrecht und verzichteten darauf, von sich aus eine Einschätzung des Sekretariats einzuholen.

201. Der Umstand, dass sich vorliegend erstmals zwei Gasnetzbetreiber verpflichten, die Drittbelieferung für sämtliche Endkundinnen und Endkunden auf Gesuch hin abzuwickeln, wird vorliegend als besonderer Milderungsgrund zugunsten der Parteien berücksichtigt (vgl. unten

²²¹ Vgl. Stellungnahme ewl und EGZ zum Antrag des Sekretariats (act. 65), Rz 45.

Rz 216). Nach schweizerischem Kartellrecht kann auf eine Sanktionsauferlegung nicht verzichtet werden, wenn nach Untersuchungseröffnung wie vorliegend die Tatbestandsvoraussetzungen für ein vorwerfbares kartellrechtswidriges Verhalten vorliegen. Die von den Parteien aufgeführten Belegstellen aus der EU-Rechtsprechung beziehen sich auf Konstellationen, in denen aufgrund von zugesicherten Verhaltensanpassungen seitens der Gaswirtschaft *auf* eine *Untersuchungseröffnung verzichtet* wurde.²²²

202. Im Kontext mit dem Vorbringen der Parteien betreffend eine angeblich rechtsungleiche Behandlung im Kontext mit Netzzugangsverweigerungen von Gasnetzbetreibern zur Belieferung von [...] fehlt es am Vorliegen von vergleichbarem Sachverhalten. Nach Eingang der Anzeige gegen die Parteien betreffend die Netzzugangsverweigerung zur Belieferung des Anzeigers eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung, die rund 1,5 Jahre dauerte. Während dieser Zeit bis zum Schreiben an Enerprice vom 30. April 2019 nahmen die Parteien eine Per-se-Verweigerungshaltung ein. Im Herbst 2018 reichte die Enerprice eine Anzeige gegen die EGZ sowie weitere Gasnetzbetreiber betreffend Netzzugangsverweigerungen zur Belieferung von diversen [...] ein (oben Rz 6 und 32-35). Lediglich einige Monate nach der Mitteilung über die Marktbeobachtung nahmen die übrigen angezeigten Gasnetzbetreiber schriftlich und teils auch im Rahmen von Sitzungen Kontakt mit dem Sekretariat auf, liessen die bisherige Verweigerungshaltung fallen und begannen mit Enerprice über die Details der Drittbelieferung zu verhandeln. Weiter liegt keine ungleiche Beurteilung durch die WEKO vor. Die Parteien werden für ihre Verweigerungshaltung bis Ende April 2019 sanktioniert (unten Rz 210). In Bezug auf Anzeigen gegen andere Gasnetzbetreiber ist zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses offen, ob gegen diese eine Untersuchung eröffnet wird und ob sie für ein kartellrechtswidriges Verhalten sanktioniert werden.

203. Vorliegend erscheint es daher angemessen, den Basisbetrag der Sanktion auf 4 % des Umsatzes festzusetzen, den ewl und EGZ in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem für die Sanktionsberechnung relevanten Markt erzielt haben. Dabei wird insbesondere auch dem Umstand Rechnung getragen, dass sich die von den Verfügungsadressatinnen verfolgte Strategie, den Netzzugang zur Belieferung der betreffenden Endkundinnen und Endkunden zu verweigern, bis heute nur in zwei Fällen manifestiert hat. Der Basisbetrag beträgt somit [...] Franken.

B.6.4.2.2 Dauer des Verstosses

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

205. Als Fristanfang gilt der Zeitpunkt, in welchem das missbräuchliche Verhalten gemäss Art 7 KG erstmals als sanktionierbarer Tatbestand qualifiziert wird.²²³ Das missbräuchliche Verhalten findet vorliegend in den Infrastrukturmärkten statt, indem die Netzzugangsgesuche zur Belieferung des Anzeigers sowie der [...] in der Stadt Luzern verweigert wurden. Für den Fristanfang ist auf die Daten abzustellen, an denen die Netzzugangsgesuche des Anzeigers sowie der Enerprice von den Verfügungsadressatinnen ablehnend beantwortet wurden resp. zumutbarerweise hätten beantwortet werden können.

206. Das Netzzugangsgesuch des Anzeigers von Anfang März 2017, welches die Durchleitung ab dem 1. Januar 2018 verlangte, wurde von der EGZ rund einen Monat später, am 7. April 2017, negativ beantwortet. Die ewl verwies nach mehrmaligem Nachfragen des Anzeigers mit Schreiben vom 12. Juni 2017 darauf, dass sich die Frage des Netzzugangs nicht

²²² Vgl. Entscheide der EU-Kommission in den Fällen COMP 38.096 PO/Clearstream, COMP/39.402, RWE, COMP/39.316, Gaz de France, COMP/39.317, E.ON Gas und COMP/39.315, ENI.

²²³ Vgl. Urteil BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 760.

stelle, da bereits die EGZ als vorgelagerte Netzbetreiberin diesen verweigere.²²⁴ Auch für die ewl wäre es zumutbar gewesen, das Netzzugangsgesuch innert eines Monats zu beantworten. Hinzu kommt, dass die ewl die Geschäfte für die EGZ führt und diese kontrollieren kann (vgl. oben Rz 47). Insofern hat das missbräuchliche Verhalten erstmals im April 2017 stattgefunden, indem die von der ewl kontrollierte EGZ das Netzzugangsgesuch des Anzeigers ablehnend beantwortete.

207. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, dass für den Beginn des Kartellrechtsverstosses auf den 1. Januar 2018 abzustellen sei, da erst ab diesem Zeitpunkt die Drittbelieferung durch Enerprice verlangt worden sei. Bis zu diesem Zeitpunkt sei die Frage der Durchleitung offen gewesen.²²⁵

208. Gemäss der Rechtsprechung des BVGer ist für eine kartellrechtswidrige Geschäftsverweigerung eine *Ablehnungshandlung* des marktbeherrschenden Unternehmens vorausgesetzt. Für den Beginn des Kartellrechtsverstosses ist auf das Eintreten der Ablehnungshandlung abzustellen.²²⁶ Vorliegend stellen sich die Verhältnisse so dar, dass der Zugang nicht per sofort, sondern auf einen späteren Zeitpunkt hin verlangt wurde. Die Berücksichtigung dieses Umstands ändert im konkreten Fall aber nichts daran, dass der Kartellrechtsverstoss bereits mit der ersten Mitteilung der Parteien hinsichtlich einer Netzzugangsverweigerung an den Geschwister entstanden ist; denn dem diesbezüglichen Schreiben der Parteien ist eine Per-se-Verweigerungshaltung zu entnehmen. Der Netzzugang wurde verweigert, weil der Anzeiger als dritzubeliefernder Endkunde die Anforderungen gemäss der Verbändevereinbarung nicht erfüllte. Aufgrund des Verbrauchs des Anzeigers und der Verwendungsart des Gases stand bereits zu diesem Zeitpunkt fest, dass er die Voraussetzungen der Verbändevereinbarung auch per 1. Januar 2018 nicht erfüllen würde. Der Anzeiger sowie die Drittlieferantin Enerprice mussten die Ablehnung der Parteien vom 7. April 2017 daher als *definitiv* auffassen. Gegen den Beginn des Kartellrechtsverstosses am 1. Januar 2018 spricht zudem, dass die Drittlieferantin Enerprice Vorlaufzeit benötigt hätte, um alles Notwendige für die Drittbelieferung per 1. Januar 2018 zu organisieren; insbesondere die Beschaffung von Erdgas und die Reservation der benötigten Transportkapazitäten für die Netznutzung. Hinzu kommt, dass die im April 2017 manifestierte Per-se-Verweigerungshaltung der Parteien dazu führte, dass Drittlieferanten mit ihr nicht über die weiteren Abwicklungskonditionen verhandeln konnten. Im vorliegenden Fall nahmen die betreffenden Verhandlungen mit Enerprice mehrere Monate in Anspruch. Der Wettbewerb im Erdgaslieferbereich wurde somit bereits vor dem 1. Januar 2018 aufgrund der Netzzugangsverweigerung der Parteien gegenüber dem Anzeiger beeinträchtigt.

209. In Bezug auf das Ende des Kartellrechtsverstosses führen die Parteien aus, dass das kartellrechtswidrige Verhalten bereits vor der Unterzeichnung der EvR Ende September 2019 beendet worden sei. Sie hätten dem Sekretariat bereits mit Eingabe vom 28. März 2019 mitgeteilt, dass ein rascher Abschluss des Verfahrens beabsichtigt sei und anlässlich der Sitzung vom 8. Mai 2019 ein detailliertes Abwicklungskonzept vorgelegt, welches nun Eingang in die EvR gefunden habe. Dass sie dieses Abwicklungskonzept vor der Genehmigung durch die WEKO nicht anwenden konnten, dürfe ihnen nicht negativ angelastet werden. Zudem stützen sich die Parteien auf ein Schreiben an Enerprice vom 30. April 2019. Darin luden die Parteien Enerprice u. a. zu Verhandlungen über Detailabwicklungskonditionen bei Drittbelieferungen von gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden ein.²²⁷

²²⁴ Vgl. Anzeige (act. 1), Beilagen 4 und 5.

²²⁵ Vgl. Stellungnahme ewl und EGZ zum Antrag des Sekretariats (act. 65), Rz 52.

²²⁶ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1 E. 909 ff. und 1599 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²²⁷ Vgl. Stellungnahme ewl und EGZ zum Antrag des Sekretariats (act. 65), Rz 52.

210. Für die Beendigung des Kartellrechtsverstosses kann auf das Schreiben der Parteien vom 30. April 2019 an Enerprice abgestellt werden. Daraus wird ersichtlich, dass die Parteien ihre bisherige Verweigerungshaltung zur Abwicklung von Drittbelieferungen für gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden auf diesen Zeitpunkt hin fallen liessen.²²⁸

211. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint aufgrund der Dauer des Verstosses von rund 2 Jahren ein Zuschlag von 20 % als angemessen. Die Sanktion ist unter Berücksichtigung eines Dauerzuschlages im Umfang von [...] Franken zu berechnen (vgl. unten Tabelle 2: Sanktionsberechnung).

B.6.4.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände

212. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.²²⁹

213. Im vorliegenden Fall signalisierten die ewl und die EGZ die Bereitschaft zum Abschluss einer EvR kurz nach Untersuchungseröffnung.²³⁰ Dank des Abschlusses der EvR konnte im Sinne der Verfahrensökonomie auf zusätzliche Ermittlungsmassnahmen verzichtet und die Begründungstiefe und -dichte der Verfügung reduziert werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall, für den Abschluss der EvR eine Sanktionsreduktion von 20 % in Höhe von [...] Franken zu gewähren (vgl. unten Tabelle 2: Sanktionsberechnung).²³¹

214. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer EvR werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 6 SVKG Rechnung zu tragen. Ausserhalb der Bonusregelung wird eine besonders gute Kooperation nach Art. 6 Abs. 1 SVKG praxismässig mit bis zu 20 % sanktionsmildernd berücksichtigt, so dass unter Berücksichtigung der Reduktion für die EvR eine kombinierte Maximalreduktion von 40 % resultiert. Als besonders gute Kooperation kommt z. B. das freiwillige Einreichen von Beweismitteln oder die Anerkennung des Sachverhalts in Frage.²³²

215. Zugunsten der Parteien ist zu berücksichtigen, dass sie dem Sekretariat freiwillig und von sich aus ein fixfertiges Netzzugangsmodell vorgelegt haben, welches wettbewerbsfreundlichere Rahmenabwicklungsbedingungen betreffend die Bilanzierung und das Messwesen enthält (vgl. oben Rz 168). Vor diesem Hintergrund ist es im vorliegenden Fall angemessen, eine zusätzliche Sanktionsreduktion von 20 % in der Höhe von [...] Franken zu gewähren.

216. Art. 6 SVKG zählt mildernde Umstände in nicht abschliessender Weise auf. Insofern besteht Spielraum, in dieser Bestimmung nicht genannte besondere Umstände in einem konkreten Einzelfall zusätzlich sanktionsmindernd zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall im Bereich des Netzzugangs zur Erdgasversorgung haben sich erstmals in der Schweiz Gasnetzbetreiber im Rahmen einer EvR dazu verpflichtet, *sämtliche* Netzzugangsgesuche zur Belieferung der an ihre Netze angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden abzuwickeln. Diese Verpflichtung könnte Signalwirkung entfalten und die Wettbewerbssituation im Bereich

²²⁸ Vgl. Schreiben ewl an Enerprice vom 30.4.2019 (act. 45).

²²⁹ Vgl. RPW 2016/4, 1028 f. Rz 884 ff., *Sport im Pay-TV*.

²³⁰ Vgl. Eingabe ewl und EGZ vom 28.3.2019 (act. 32).

²³¹ Vgl. Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28.2.2018 (zit. Merkblatt EvR), Rz 11; www.weko.admin.ch > Dokumentation Bekanntmachungen / Erläuterungen (25.5.2020).

²³² Vgl. Merkblatt EvR (Fn 231), Rz 12.

der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden *schweizweit* verbessern. Aufgrund dieser besonderen Umstände im vorliegenden Einzelfall reduziert sich der Sanktionsbetrag zusätzlich um [0 - 10] % bzw. [...] Franken.

217. Weitere mildernde oder erschwerende Umstände sind nicht ersichtlich. Somit ist die Sanktion aufgrund von mildernden Umständen insgesamt um [40 - 50] % bzw. [...] Franken zu reduzieren.

B.6.4.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

218. Eine Sanktion muss als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.²³³ Vorliegend ist der festgesetzte Sanktionsbetrag aufgrund der finanziellen Situation der ewl-Gruppe als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen.²³⁴

B.6.5 Ergebnis

219. Die nachfolgende Tabelle fasst die Sanktionsberechnung für ewl zusammen:

Sanktionsbemessung	Relativ in %	Absolut in Franken
Umsatz auf dem relevanten Markt letzte drei Jahre		[...]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 %	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG)	4 %	[...]
Zuschlag für Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 20 %	[...]
Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	+ 0 %	0
Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	- [40-50] %	- [...]
Total		2 610 480

Tabelle 2: Sanktionsberechnung

220. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erweist sich eine Verwaltungssanktion in Höhe von 2 610 480 Franken als dem Verstoß der ewl-Gruppe gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

²³³ Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m. w. H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²³⁴ Vgl. Geschäftsberichte der ewl ab 2011; <https://gb.ewl-luzern.ch/gb2019/bibliothek> > Archiv (25.5.2020).

C Kosten

221. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG²³⁵ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

222. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend liegt ein Verstoss gegen Art. 7 KG vor (vgl. oben Rz 165 f.). Eine Gebührenpflicht ist daher zu bejahen.

223. Nach Art. 4 Abs. 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).

224. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 200 Franken bis 290 Franken. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 894 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 92 Stunden zu 290 Franken, ergebend 26 680 Franken
- 822 Stunden zu 200 Franken, ergebend 164 400 Franken

225. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 191 080 Franken. Sie wird der ewl und der EGZ unter solidarischer Haftung auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 2 Abs. Allg-GebV).

D Ergebnis

226. Zusammenfassend kommt das Sekretariat im Antrag gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

227. Die ewl und die EGZ sind auf dem Markt für Erdgasverteilung über das Niederdruckrohrleitungsnetz der ewl bzw. auf dem Markt für Erdgastransport über das Hochdruckrohrleitungsnetz der EGZ als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren (vgl. oben Rz 109).

228. Die ewl und die EGZ missbrauchten ihre marktbeherrschende Stellung in diesen Infrastrukturmärkten, indem sie der Enerprice den Netzzugang zur Belieferung des Anzeigers sowie diverser [...] in der Stadt Luzern über ihre Netze verweigerten. Bis zur Unterzeichnung der EvR gewährten die Verfügungsadressatinnen lediglich zur Drittbelieferung von Endkundinnen und Endkunden den Netzzugang, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung erfüllten. Dadurch wurde der Wettbewerb auf dem Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl beseitigt. Drittlieferanten wurden behindert, indem ihnen die Belieferung der betreffenden Kundinnen und Kunden mit Erdgas verunmöglicht wurde. Diesbezüglich liegt eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG vor (vgl. oben Rz 164).

229. Das Verhalten von ewl und EGZ lässt sich nicht mittels Legitimate Business Reasons rechtfertigen (vgl. oben Rz 139 ff.).

²³⁵ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

230. In einer EvR zwischen der ewl und der EGZ sowie dem Sekretariat verpflichten sich die Verfügungsadressatinnen, sämtliche Netzzugangsgesuche zur Drittbelieferung von Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl gemäss den darin festgehaltenen Konditionen abzuwickeln. Die WEKO genehmigt die EvR im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG (vgl. oben Rz 168 f.).

231. Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und sanktionsmindernden Faktoren ist eine Belastung der ewl-Gruppe mit einem Betrag von 2 610 480 Franken angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. oben Rz 219 f.), welcher der ewl und der EGZ unter solidarischer Haftung auferlegt wird.

232. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Verfahrenskosten von insgesamt 191 080 Franken der ewl und der EGZ unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (vgl. oben Rz 224).

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von der ewl Energie Wasser Luzern Holding AG und der Erdgas Zentralschweiz AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 30. September 2019 / 1. Oktober 2019 mit nachfolgendem Wortlaut:

«1. Ewl und EGZ verpflichten sich, auf entsprechendes Gesuch hin sämtlichen Dritten den Netzzugang zu den Hochdruckrohrleitungen der EGZ und den Niederdruckrohrleitungen der ewl zur Belieferung von Endkunden im Netzgebiet der ewl mit Erdgas zu gewähren.

Ewl und EGZ schliessen mit dem Endkunden, zu dessen Belieferung ein Netzzugangsgesuch gestellt wird, oder mit seinem Lieferanten jeweils einen Netznutzungsvertrag hinsichtlich der Netze in ihrem Eigentum ab. In Bezug auf Endkunden, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung für den Netzzugang erfüllen, schliesst der Endkunde oder sein Lieferant mit dem Netzbetreiber des Netzes, an welches der Endkunde angeschlossen ist, einen Netznutzungsvertrag bezüglich aller vom Netzzugang in der Schweiz betroffenen Netze ab.

Aktuelle und künftige Netzzugangsgesuche zur Belieferung von in der Bilanzzone Zentralschweiz angeschlossenen Endkunden werden von ewl und EGZ wie folgt abgewickelt:

Endkunden	Messung	Bilanzierung
< 500'000 kWh Jahresverbrauch	Zähler mit Fernzähleinrichtung	Tagesbilanz
> 500'000 kWh Jahresverbrauch, < 150 Nm ³ /h Transportkapazität	wahlweise Zähler oder Mengenumwerter mit Fernzähleinrichtung	wahlweise Tages- oder Stundenbilanz
> 150 Nm ³ /h Transportkapazität	Mengenumwerter mit Fernzähleinrichtung	Stundenbilanz

«Wahlweise» meint, dass die Entscheidung für eine der beiden möglichen Varianten beim Endkunden liegt.

Endkunden mit Stundenbilanzierung können nicht in derselben Bilanzgruppe mit Endkunden mit Tagesbilanzierung sein.

2. Sollten mit Einführung eines Bundesgesetzes über die Gasversorgung (GasVG) zugesicherte Verhaltensanpassungen in der vorliegenden EVR von den künftigen gesetzlichen Regelungen abweichen, werden solche ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes hinfällig.»
2. Die ewl-Gruppe wird in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i. V. m. Art. 7 KG mit einer Sanktion in der Höhe von 2 610 480 Franken belastet. Dieser Betrag wird der ewl Energie Wasser Holding AG und der Erdgas Zentralschweiz AG unter solidarischer Haftung aufgelegt.
3. Die Verfahrenskosten in der Höhe von 191 080 Franken werden der ewl Energie Wasser Luzern Holding AG und der Erdgas Zentralschweiz AG unter solidarischer Haftung aufgelegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- ewl Energie Wasser Luzern Holding AG, Industriestrasse 6, 6002 Luzern
- Erdgas Zentralschweiz AG, Industriestrasse 6, 6002 Luzern

beide vertreten durch RA David Mamane, Schellenberg Wittmer AG, Löwenstrasse 19, 8021 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde geführt werden. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.