

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

2019/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.19/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence

CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza

CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 120.- estero (porto franco)

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

2019/4

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Januar/janvier/gennaio 2020

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

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

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

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

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

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärung Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. IWB – Netznutzungsentgelte Erdgas	1115
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Beratung Meldepflicht	1140
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Stöckli Ski	1142
	2. Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren	1155
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Carlyle Group/Mubadala Investment Company PJSC/CEPSA	1175
	2. Migros/IP-SUISSE	1177
	3. Brookfield Asset Management/Oaktree Capital Group	1179
	4. BKW Energie AG/swisspro group AG	1182
	5. Evonik/DSM	1184
	6. Spital STS AG/Medbase AG	1186
	7. Emil Frey Holding AG/Peugeot (Suisse) SA/Citroën (Suisse) SA/Opel Suisse SA	1189
	8. The Blackstone Group Inc./CRH Gétaz Holding AG	1195
	9. Gasverbund Mittelland AG/Gaznat SA/SET Swiss Energy Trading AG	1197
	10. Medbase/LUKS/Medbase ZS	1199
	11. Allfunds International Schweiz AG/Credit Suisse InvestLab AG	1201
	12. Swisscom/AMAG/Zurich/autoSense	1205
	13. Michelin/Faurecia/Symbio	1207
	14. Migros/Topwell	1209
7.	Stellungnahme Préavis Preavvisi	
	1. Entsorgung von Siedlungsabfall, Verbrennungspreise der Firma Limeco	1211
8.	BGBM LMI LMI	
	1. Empfehlung der WEKO vom 27. Mai 2019 betreffend binnenmarktrechtskonformer Vollzug des Bundesgesetzes über die Gesundheitsberufe	1228
	2. Recommandation de la COMCO du 27 mai 2019 concernant l'exécution de la loi fédérale sur les professions de la santé conforme à la législation sur le marché intérieur	1241
	3. Raccomandazione della COMCO del 27 maggio 2019 concernente l'esecuzione conforme alla legislazione sul mercato interno della legge federale sulle professioni sanitarie	1253
	4. Empfehlung der WEKO vom 8. April 2019 betreffend Schutzgebühren im öffentlichen Beschaffungswesen	1266
	5. Recommandation de la COMCO du 8 avril 2019 concernant les émoluments de protection dans les marchés publics	1275
	6. Raccomandazione della COMCO dell'8 aprile 2019 concernente gli emolumenti di protezione nel settore degli appalti pubblici	1283
	7. Stellungnahme der WEKO vom 29. Januar 2018 zur Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 12.9.2017 betreffend Submission	1291
	8. Stellungnahme der WEKO vom 23. April 2018 zur Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 18.12.2017 betreffend Submission	1296

	9. Recours de la COMCO auprès du Tribunal fédéral en matière de droit public	1300
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil des BVGer vom 24. Oktober 2019 – Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung	1314
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2018 - Submission	1322
	2. Arrêt du Tribunal fédéral du 29 août 2019 – Marchés publics; transmission de la gestion d'un hôtel appartenant à une collectivité publique	1327
	3. Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 2019 – Öffentliches Beschaffungswesen	1333
	4. Arrêt du Tribunal fédéral du 15 décembre 1917 en matière de droit public	1339
	5. Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juni 2019 – Publication der Sanktionsverfügung vom 29. Juni 2015, Beschwerde gegen das Urteil des BGer vom 24. Oktober 2017	1346
	6. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Dezember 2019 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL, Beschwerde gegen das Urteil des BGer vom 14. September 2015	1351
C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Beschluss des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 8. Juli 2019 in Sachen A. AG, gegen B. betreffend Abschluss Werkstattvertrag	1370
	2. Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 29. Oktober 2019 in Sachen A. AG, gegen B. AG betreffend vorsorgliche Massnahmen	1375
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	1393
	Index (deutsch, français e italiano)	1395

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. IWB – Netznutzungsentgelte Erdgas

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 23. Juli 2019 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend IWB – Netznutzungsentgelte Erdgas wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Gegen die IWB Industriellen Werke Basel (nachfolgend: IWB) und weitere Netzbetreiber wurde von [...] (nachfolgend: Anzeigerin) eine Anzeige betreffend Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG¹) eingereicht. Gegenstand der Anzeige sind missbräuchliche Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Netznutzungsentgelten (nachfolgend: NNE).

2. Am 5. Juli 2017 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG in Sachen «IWB Netznutzungsentgelte Erdgas» eröffnet.

3. Die Anzeigerin beanstandet, dass IWB von ihren Endkundinnen und Endkunden sowie Drittlieferanten in ungerechtfertigter Weise unterschiedlich hohe NNE erheben würde. Drittlieferanten würden dadurch letztendlich im Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden benachteiligt. Bei den beschriebenen Sachverhalten handle es sich möglicherweise um unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 7 KG.

4. IWB ist ein vertikal integriertes Unternehmen des Kantons Basel-Stadt in der Form einer selbständigen, öffentlichen-rechtlichen Anstalt mit eigener juristischer Persönlichkeit und Sitz in Basel.² IWB ist auf der ganzen Wertschöpfungskette in den Bereichen Strom, Wärme, Wasser und Telekom tätig.³ Gemäss Art. 1 Abs. 2 IWB-Gesetz ist IWB mit der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität, Erdgas und Trinkwasser auf dem Gebiet des Kantons Basel-Stadt sowie mit Fernwärme auf dem Gebiet der Stadt Basel gemäss den Bestimmungen des IWB-Gesetzes betraut.⁴

5. Im Bereich des Erdgases ist IWB einerseits als lokale Gasnetzbetreiberin sowie andererseits als Gaslieferantin tätig. Das IWB-Netz erstreckt sich auf die Kantone Basel-Stadt, Basel-Land und teilweise auch die Kantone Aargau und Solothurn. In den drei letztgenannten Kantonen sind 29 Gemeinden an das IWB-Netz angeschlossen.⁵ Die Endkundinnen und Endkunden, die an das Netzgebiet von IWB angeschlossen sind, werden grösstenteils von IWB versorgt (nachfolgend: eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden). Gestützt auf die Verbändevereinbarung⁶, gewährt IWB bestimmten Endkundinnen und Endkunden in ihrem Versorgungsgebiet das Recht, das Erdgas von einem Dritten zu beziehen.⁷ Diverse industrielle Grosskunden haben von diesem Recht Gebrauch gemacht und den Lieferanten gewechselt (nachfolgend: drittbelieferte Endkunden).

6. Im Zusammenhang mit der Berechnung und Verrechnung der NNE durch IWB könnten an deren lokales Gasnetz (nachfolgend: IWB-Netz) angeschlossene Endkundinnen und Endkunden diskriminiert werden, falls sie gegenüber anderen Endkundinnen und Endkunden mit vertraglichen Spezialkonditionen betreffend die Netznutzung ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden sollten.

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

² Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Industriellen Werke Basel vom 11.2.2009 (IWB-Gesetz; SG 772.300).

³ Vgl. IWB Geschäftsbericht, Report 2018, 2, abrufbar unter <https://www.iwb.ch> > Über uns > Das Unternehmen IWB > Geschäftsbericht 2018 (23.7.2019).

⁴ Art. 3 Abs. 1 IWB-Gesetz.

⁵ Vgl. IWB Geschäftsbericht, Report 2018, 3, abrufbar unter <https://www.iwb.ch> > Über uns > Das Unternehmen IWB > Geschäftsbericht 2018 (23.7.2019).

⁶ Vgl. Abschnitt A.3.2.

⁷ Zu den Grundlagen des Netzzugangs gemäss der Verbändevereinbarung unten, Rz 41 ff.

7. Zudem könnte dadurch eine Diskriminierung vorliegen, dass aufgrund einer allfälligen unterschiedlichen Behandlung von gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten eigen- und drittbefierten Endkundinnen und Endkunden durch IWB Drittlieferanten im Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden in deren Netzgebiet behindert werden. Das möglicherweise diskriminierende Verhalten von IWB bei der Berechnung und Verrechnung der NNE könnte sich auf den Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden in deren Netzgebiet auswirken. Je nach Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen könnten industrielle Grosskunden, denen IWB den Netzzugang zur Drittbeflieferung auf entsprechendes Gesuch hin gewähren würde, den Anreiz erhalten, sich weiterhin durch IWB als integrierte Netzbetreiberin und Erdgaslieferantin mit Erdgas beliefern zu lassen. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn eine spezialvertraglich zugesicherte Vorzugsbehandlung hinsichtlich der Berechnung und Verrechnung des NNE im Falle eines Lieferantenwechsels nicht mehr gewährt werden sollte.

8. Ob IWB eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet den Netzzugang in kartellrechtswidriger verweigert, ist hingegen nicht Gegenstand dieser Vorabklärung.

A.2 Verfahrensgeschichte

9. Mit Schreiben vom 14. Februar 2017 übermittelte die Anzeigerin dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige mit dem Antrag auf Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG, eventualiter einer Vorabklärung nach Art. 26 KG. Die Anzeigerin bat in diesem Schreiben zudem um ein Gespräch, um ihre Beanstandungen in der Anzeige näher zu erläutern.

10. Mit E-Mail vom 20. Februar 2017 bestätigte das Sekretariat den Terminvorschlag zu einem Gespräch. Dieses wurde am 7. März 2017 in den Räumlichkeiten des Sekretariats durchgeführt. Anlässlich dieses Gesprächs wurde vereinbart, dass die Anzeigerin eine Priorisierung der verschiedenen in der Anzeige vorgebrachten Beanstandungen vorzunehmen hatte.

11. Mit Schreiben vom 20. März 2017 stellte die Anzeigerin dem Sekretariat diese Priorisierung zu.

12. Mit E-Mail und Schreiben vom 2. April 2017 reichte die Anzeigerin weitere Informationen im Kontext mit ihrer Anzeige ein.

13. Das Sekretariat eröffnete am 5. Juli 2017 eine Vorabklärung gemäss Art. 26. KG in Sachen «IWB Netznutzungsentgelte Erdgas» und teilte dies mit gleichdatiertem Schreiben IWB mit. Im gleichen Schreiben stellte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren zur Transparenz der NNE und zur Überschreitung der gebuchten Netzkapazität. IWB wurde aufgefordert, sich zu den im Auskunftsbegehren gestellten Fragen bis 31. Juli 2017 zu äussern und die einverlangten Unterlagen einzureichen.

14. IWB reichte am 26. Juli 2017 ein Fristerstreckungsgesuch zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 5. Juli 2017 bis 31. August 2017 ein. Das Sekretariat erstreckte die Frist mit Schreiben vom 27. Juli 2017 bis 25. August 2017.

15. Mit Schreiben vom 25. August 2017 reichte IWB eine Stellungnahme zum Auskunftsbegehren vom 5. Juli 2017 ein.

16. Das Sekretariat stellte am 5. September 2017 IWB ein weiteres Auskunftsbegehren mit Frist bis 9. Oktober 2017 zu. Mit gleichem Datum und gleicher Frist wurden der [...] Auskunftsbegehren betreffend die Drittbeflieferung durch [...] mit Nutzung des IWB-Erdgasnetzes zu gestellt.

17. Am 6. Oktober 2017 reichte IWB ein Fristerstreckungsgesuch ein und beantragte, dass die Frist zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 5. September 2017 bis 13. November 2017 zu verlängern sei. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2017 wurde die Frist antragsgemäss erstreckt.

18. Mit Schreiben vom 27. September 2017 reichte [...] zum Auskunftsbegehren vom 5. September 2017 eine Stellungnahme ein. Die Stellungnahmen von [...] und [...] wurden dem Sekretariat mit Schreiben vom 2. und 9. Oktober 2017 zugestellt.

19. Mit Schreiben vom 13. November 2017 reichte IWB zum Auskunftsbegehren vom 5. September 2017 eine Stellungnahme ein. Darin unterbreitete IWB den Vorschlag, die Mechanik des Schweizer Gasmarktes sowie weitere aufgrund der Fragen des Sekretariats aufgeworfene Aspekte anlässlich eines Gesprächs aufzuzeigen. Das Sekretariat stellte IWB daraufhin am 20. November 2017 ein Schreiben mit Terminvorschlägen für eine Besprechung in den Räumlichkeiten des Sekretariats zu. Diese wurde am 18. Januar 2018 durchgeführt.

20. Mit Schreiben vom 8. Februar 2018 stellte das Sekretariat IWB ein weiteres Auskunftsbegehren mit Frist bis 9. März 2018 zu.

21. IWB stellte dem Sekretariat mit Schreiben vom 8. Februar 2018 Abschlussrechnungen für die Nutzung des IWB-Netzes an den Kunden [...] zu.

22. Am 16. Februar 2018 sendete das Sekretariat Auskunftsbegehren an die [...] und an die [...], mit Frist bis 19. März 2018. Der [...] wurde am 20. Februar 2018 ein zweites Auskunftsbegehren, mit Frist bis 7. März 2018 zugestellt. Weitere Auskunftsbegehren richtete das Sekretariat mit Schreiben vom 21. Februar 2018 an die Gasverbund Mittelland AG (nachfolgend: GVM) und an die [...] mit Frist bis 22. März 2018.

23. Am 8. März 2018 beantragte IWB, dass die Frist zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 8. Februar 2018 bis 21. April 2018 zu erstrecken sei. Mit Schreiben vom 12. März 2018 gewährte das Sekretariat die beantragte Fristerstreckung.

24. Mit Schreiben vom 19. März 2018 reichte [...] zum Auskunftsbegehren vom 16. Februar 2018 eine Stellungnahme ein.

25. [...] ersuchte am 16. März 2018 um eine Fristerstreckung bis 30. März 2018. Mit Schreiben vom 20. März 2018 gewährte das Sekretariat eine Fristerstreckung bis 3. April 2018. Mit E-Mail vom 5. April 2019 stellte [...] dem Sekretariat diverse Informationen zu und stellte weitere Unterlagen in Aussicht.

26. Mit Schreiben vom 7. und 14. März 2018 stellte [...] dem Sekretariat die angeforderten Informationen zu.
27. GVM ersuchte das Sekretariat mit Schreiben vom 21. März 2018 um Erstreckung der Frist bis 23. April 2018 um zum Auskunftsbegehren vom 21. Februar 2018 Stellung zu nehmen. Das Sekretariat gewährte diese Fristerstreckung mit Schreiben vom 23. März 2018.
28. Am 9. April 2018 stellte das Sekretariat der [...] ein Mahnschreiben zu und forderte diese auf, bis zum 23. April 2018 auf das Auskunftsbegehren vom 21. Februar 2018 zu antworten. Mit Eingabe vom 5. April 2018 reichte die [...] eine Stellungnahme ein.
29. Am 11. April 2018 sendete [...] dem Sekretariat die weiteren in Aussicht gestellten Unterlagen zum Auskunftsbegehren vom 16. Februar 2018 per E-Mail zu.
30. Am 23. April 2018 reichte IWB eine Stellungnahme zum Auskunftsbegehren vom 8. Februar 2018 ein.
31. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2018 richtete das Sekretariat weitere Auskunftsbegehren an IWB und GVM mit Frist bis zum 21. November 2018.
32. GVM ersuchte mit Schreiben vom 19. November 2018 um eine Fristerstreckung zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 17. Oktober 2018 bis 21. Dezember 2018, welche vom Sekretariat am 20. November 2018 gewährt wurde.
33. IWB gelangte mit Schreiben vom 19. November 2018 an das Sekretariat und ersuchte um eine Fristerstreckung zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 17. Oktober 2018 bis 7. Januar 2019. Die Fristerstreckung wurde vom Sekretariat am 20. November 2018 gewährt.
34. GVM reichte mit Schreiben vom 21. Dezember 2018 eine Stellungnahme zum Auskunftsbegehren vom 17. Oktober 2018 ein.
35. Mit Schreiben vom 7. Januar 2019 stellte IWB dem Sekretariat eine Stellungnahme zum Auskunftsbegehren vom 17. Oktober 2018 zu und bot darin an, ihre Antworten anlässlich eines Gesprächs näher zu erläutern.
36. Am 4. März 2019 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Besprechung zwischen dem Sekretariat und IWB statt. Im Hinblick auf diese Sitzung stellte das Sekretariat IWB mit Schreiben vom 20. Februar 2019 weitere Fragen zu, mit der Bitte, diese an der Sitzung sowie bis 22. März 2019 auch noch schriftlich zu beantworten. IWB kam dieser Aufforderung fristgerecht nach.
37. Am 29. April 2019 fand zwischen dem Sekretariat und IWB eine Telefonkonferenz betreffend konkreter Verhaltensanpassungen der IWB im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung statt. Mit E-Mail vom 10. Mai 2019 reichte IWB hierzu einen Umsetzungsplan ein.
38. Mit Schreiben vom 15. Mai 2019 bat das Sekretariat IWB um weitere den Umsetzungsplan klärende Informationen und orientierte über das weitere Vorgehen.
39. IWB reichte mit Schreiben vom 20. Mai 2019 die gewünschten Informationen ein.

A.3 Grundlagen

A.3.1 Struktur der Schweizer Erdgasbranche

40. Zentrales Merkmal des Schweizer Gasmarktes ist die hohe Importabhängigkeit (keine eigene Erdgasförderung, der Anteil von Biogas an der Einspeisung ist gering). Dies hat dazu geführt, dass die lokalen Gasversorgungen (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 Gasversorgungen sind in vier Regionalgesellschaften zusammengeschlossen, die ihrerseits die nationale Einkaufsgesellschaft Swissgas AG (nachfolgend: Swissgas) gegründet haben. Swissgas liefert zu Selbstkosten an die Regionalgesellschaften, ebenso liefern die Regionalgesellschaften zu Selbstkosten an die lokalen Gasversorgungsunternehmen. Die Beschaffung von Swissgas und den Regionalgesellschaften ist nicht gewinnorientiert. Im Vordergrund steht die Optimierung der Beschaffungskosten und nicht die Gewinnerzielung. Diese Struktur ist über die vergangenen vierzig Jahre mehr oder weniger unverändert geblieben.⁸

A.3.2 Grundlagen des Netzzugangs

41. Vorliegend sind allfällige Diskriminierungstatbestände im Kontext mit der Berechnung und Verrechnung des NNE bei gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten eigenbelieferten und drittbefierten Endkundinnen und Endkunden Gegenstand der Vorabklärung. Ein grober Überblick über die Gestaltung des Zugangs zu Gasnetzen in der Schweiz dient hierzu dem besseren Verständnis.

42. Der Zugang Dritter zum Erdgasnetz ist in der Schweiz nur marginal gesetzlich geregelt: einerseits in Art. 13 RLG⁹ 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 Erdgasnetzbetreiber verpflichtet sind, gegen eine angemessene Gegenleistung Erdgastransporte für Dritte zu übernehmen, sofern dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist.

43. Seit dem 1. Oktober 2012 wird der Zugang zum Erdgasnetz ausserdem durch die «Vereinbarung zum Netzzugang beim Erdgas» (nachfolgend: Verbändevereinbarung)¹⁰ geregelt. Bei der Verbändevereinbarung handelt es sich um ein privatrechtliches Regelwerk, in welchem die Bedingungen des Dritttransports zu industriellen

⁸ Vgl. Studie betreffend mögliche Vorgehensweisen bei einer Öffnung des Schweizer Gasmarktes, 22; <https://www.bfe.admin.ch> > News und Medien > Publikationen (23.7.2019); RPW 2014/1, 116 Rz 44 ff., *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁹ Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe 4.10.1963 (Rohrleitungsgesetz, RLG; SR 746.1).

¹⁰ www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Verbändevereinbarung (23.7.2019).

Grosskunden festgelegt sind. Die Vereinbarung hat die Form eines Vertrags zwischen der Genossenschaft VSG ASIG, 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.¹¹

44. Ziel der Verbändevereinbarung ist die Sicherstellung eines reibungslosen Gasnetzzugangs für die Belieferung von industriellen Grossverbrauchern in der Schweiz.¹² Gemäss der Verbändevereinbarung ist netzzugangsbe-rechtigt, wer pro Verbrauchsstelle kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt:

- Die vertragliche Transportkapazität des Netznutzers beträgt mindestens 150 Nm³/h. Auf dem Betriebsareal eines Unternehmens mit einem Bezugsvertrag können verschiedene Anschlussstellen kumuliert werden;
- Der Netznutzer setzt Erdgas primär als Prozessgas ein;
- Der Netznutzer verfügt über eine Lastgangmessung und Datenfernübertragung gemäss ANB.¹³

45. 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.¹⁴ Die Vorabklärung wurde mit Schlussbericht vom 16. Dezember 2013 – mit diversen Vorbehalten und ausdrücklich weiterhin bestehender Sanktionsdrohung – eingestellt.¹⁵ 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 transportierte 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.¹⁶

46. Das BFE hat im Jahr 2014 damit begonnen, die Grundlagen für ein Gasversorgungsgesetz zu erarbeiten. Dazu wurden verschiedene Grundlagenstudien in Auftrag gegeben und publiziert.¹⁷

A.3.3 Grundlagen zur Berechnung der Netznutzungsentgelte

47. Um Erdgas von einer Einspeisestelle in das schweizerische Erdgasnetz zur Ausspeisestelle bei der Endkundin resp. beim Endkunden transportieren zu lassen, nimmt der Netzkunde – dies kann ein Erdgaslieferant oder ein Dienstleister, aber auch der Endverbraucher selbst sein – eine oder mehrere dieser Netzebenen in Anspruch. Für jede in Anspruch genommene Netzebene wird ein separates NNE in Rechnung gestellt.

48. Im Schweizer Gasnetz sind drei Netzebenen voneinander zu unterscheiden, für welche der Netzkunde, abhängig von seiner Inanspruchnahme dieser Netze, NNE an die entsprechenden Netzbetreiber zu entrichten hat:

- Ebene Überregional: Die Ebene «Überregional» betrifft den Transport auf der Transitleitung ab dem Grenzübergabepunkt bis zur Ausspeisung in die regionale Zone. Diese Netzebene wird durch die Swissgas kommerziell betrieben.
- Ebene Regional: Die Ebene «Regional» betrifft den Transport ab Transitgasleitung bis zum lokalen Netzbetreiber oder zur Endkundin resp. zum Endkunden. Diese Netzebene wird durch den regionalen Netzbetreiber betrieben.
- Ebene Lokal: Die Ebene «Lokal» betrifft den Transport bzw. die Verteilung zur Endkundin resp. zum Endkunden. Das Erdgas wird von den lokalen Netzbetreibern üblicherweise von der Übergabestation (regional) bis zu den Endkundinnen und Endkunden transportiert. Diese Netzebene wird durch den lokalen Netzbetreiber betrieben.

49. Hinsichtlich der Berechnung und Verrechnung von Netznutzungsentgelten bestehen, neben Art. 13 Abs. 1 RLG («angemessene Gegenleistung»), keine weiteren gesetzlichen Vorgaben auf Bundesebene. Es bestehen allerdings kantonale Richtlinien, die die Festlegung der NNE regeln. IWB ist im Kanton Basel-Stadt an die entsprechenden Vorgaben des IWB-Gesetzes gebunden.¹⁸

A.4 Sachverhaltsermittlung

50. Als lokale Netzbetreiberin nimmt IWB die Berechnung und Verrechnung des NNE für die Inanspruchnahme des IWB-Netzes vor.¹⁹ Zudem verrechnet IWB den eigenbeliefernten Endkundinnen und Endkunden sowie Drittlieferanten die NNE regional und überregional für die Nutzung der dem IWB-Netz vorgelagerten Netzebenen weiter.

¹¹ Vgl. RPW 2014/1, 110 Rz 1, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹² Vgl. RPW 2014/1, 116 Rz 54, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹³ Allgemeine Netznutzungsbedingungen; www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Allgemeine Netznutzungsbedingungen (ANB), 21; (23.7.2019).

¹⁴ Vgl. RPW 2014/1, 111 Rz 8 ff., *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁵ Vgl. RPW 2014/1, 146 Ziff. 17, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

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

¹⁷ Vgl. www.bfe.admin.ch > Themen > Fossile Energien > Erdgas > Gasversorgungsgesetz > Grundlagenstudien zum Gasmarkt; abrufbar unter: http://www.bfe.admin.ch/themen/00486/00488/06662/index.html?lang=de&dossier_id=06513 (23.7.2019).

¹⁸ Vgl. Abschnitt B.2.

¹⁹ Gemäss dem von der Gasbranche entwickelten Grundsätzen bestimmt der Lokalnitzbetreiber die NNE lokal in seinem Versorgungsgebiet; vgl. Nemo, Basisdokument, Branchen-Standard für die Ermittlung von Netznutzungsentgelten in lokalen Erdgasnetzen, gültig ab 1. Januar 2016, Ziff. 2.2.1; www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Nemo Handbuch (23.7.2019).

51. Ein potentiell diskriminierendes Verhalten der IWB könnte vorliegend insbesondere in Bezug auf industrielle Grosskunden in ihrem Netzgebiet gegeben sein, die gemäss der Verbändevereinbarung²⁰ von einem Dritten mit Erdgas beliefert werden könnten. Gemäss der Anzeigerin sind im Netzgebiet von IWB zahlreiche gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden angesiedelt. Auf diese Endkundinnen und Endkunden würden rund 10 % des Erdgasverbrauchs in der Schweiz entfallen, der in den Anwendungsbereich der Verbändevereinbarung falle. Es sei zu befürchten, dass IWB vielen der gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden Vorzugsbedingungen gewähre, die ein Drittlieferant nicht erhalte.²¹ Zudem hat sich im Rahmen der Sachverhaltsermittlung gezeigt, dass IWB mit diversen eigenbelieferten Grosskunden, welche die Voraussetzungen für den Netzzugang gemäss der Verbändevereinbarung erfüllen, Details hinsichtlich der Berechnung und Verrechnung des NNE für die Nutzung der lokalen Netzebene (nachfolgend: NNE lokal) spezialvertraglich geregelt hat.²² Daher hat sich das Sekretariat bei der Sachverhaltsermittlung in Zusammenhang mit potentiell kartellrechtswidrigen Diskriminierungen der IWB im Bereich der Netznutzung insbesondere auf die Berechnung und Verrechnung des Netznutzungsentgelts in Bezug auf solche Grosskunden konzentriert, bei denen Lieferantenwechsel gestützt auf die Verbändevereinbarung zugelassen würden.

52. Bei der Berechnung der von den Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der IWB zu entrichtenden NNE lokal kommen zwei voneinander abweichende Kalkulationsmodelle zur Anwendung, je nachdem ob eine Endkundin oder ein Endkunde von IWB oder einem Dritten beliefert wird. Da die Berechnung des NNE lokal bei eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden [...], weicht das von diesen zu bezahlende Entgelt vom Preis ab, den eine drittbefeierte Endkundin oder ein drittbefeierte Endkunde mit gleichem Verbrauch und gleicher Leistungsspitze für die Netznutzung zu bezahlen hat. Bei den in der Vorabklärung näher betrachteten eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden führt das von IWB angewandte Modell gegenüber einer Drittbefeierte bei zwei von drei der geprüften Endkundinnen und Endkunden zu günstigeren Preisen.

53. Um die unterschiedliche Behandlung von eigenbelieferten und drittbefeierten Grosskunden durch IWB im Zusammenhang mit der Nutzung des IWB-Netzes aufzuzeigen, werden nachfolgend anhand der Vorgehensweise bei verschiedenen Kategorien von Endkundinnen und Endkunden die Details hinsichtlich der Berechnung und Verrechnung der NNE lokal dargestellt.

A.4.1 Berechnung und Verrechnung von Netznutzungsentgelten für die lokale Verteilnetzebene für Endkundinnen und Endkunden

54. IWB ist bei der Festlegung der Tarife zur Berechnung der NNE an das IWB-Gesetz gebunden. Gemäss § 22 und § 23 IWB-Gesetz sind für Nutzung der Verteilnetzinfrastuktur von IWB im Bereich Erdgas Gebühren zu erheben, wobei diese so zu bemessen sind, dass die Einnahmen die Aufwendungen (inklusive angemessener Gewinn) decken und zwischen den einzelnen Kundenka-

tegorien keine Quersubventionierung erfolgt (§ 24 Abs. 1 IWB-Gesetz).

55. Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt genehmigt die Gebührentarife für Leistungen gemäss öffentlichem Auftrag (§ 28 Abs. 5 IWB-Gesetz).

56. Bei besonderen Verhältnissen ist IWB berechtigt, das Entgelt für Leistungen unter Beachtung der im IWB-Gesetz verankerten gebührenrechtlichen Grundsätze vertraglich zu regeln (§ 23 Abs. 2 IWB-Gesetz; vgl. Fn 22).

A.4.1.1 Massgeblichkeit des Gebührentarifs der IWB zur Berechnung der NNE lokal

57. Die NNE für die Nutzung des IWB-Netzes sind in Anhang 1 zum Gebührentarif festgehalten.²³ Gemäss Art. 4 Abs. 5 des Gebührentarifs werden die NNE für die Nutzung des IWB-Netzes als Teil des Gebührentarifs gemäss «Branchenvereinbarung» festgelegt. Gemäss den Darlegungen von IWB beruht ihr Netzentgelt-Modell auf dem «Nemo»-Standard der Branche.²⁴

58. Gemäss den Vorgaben im Gebührentarif kommen für die an das IWB-Netz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden je nach Verbrauch und beanspruchter Leistung dieselben NNE zur Anwendung, unabhängig davon ob eine Endkundin oder ein Endkunde das Erdgas von IWB oder gestützt auf die Verbändevereinbarung von einem Drittlieferanten bezieht. Gemäss Anhang 1 zum Gebührentarif gibt es hinsichtlich der Berechnung des NNE zwei Tarifsysteme, wobei zwischen Endkundinnen und Endkunden mit und solchen ohne Leistungsmessung unterschieden wird.

59. Bei leistungsgemessenen Endkundinnen und Endkunden wird zum einen ein leistungsbezogenes Entgelt pro kW in Bezug auf die tatsächlich in Anspruch genommene Leistung (Jahres-Maximalleistung) und zum anderen ein Entgelt bezogen auf die Jahresarbeit in kWh erhoben. Nachfolgende Abbildung 1 zeigt die Tabelle aus dem Gebührentarif mit der detaillierten Ordnung der NNE für Kunden mit Leistungsmessung:

²⁰ Verbändevereinbarung (Fn 10), Ziff. 6, 8.

²¹ Schreiben Anzeigerin vom 2.7.2017, 2.

²² Gemäss § 23 Abs. 2 IWB-Gesetz ist IWB berechtigt, bei besonderen Verhältnissen das Entgelt für die Nutzung der Verteilnetze unter Beachtung der in diesem Gesetz verankerten gebührenrechtlichen Grundsätze vertraglich zu regeln. Der Gebührentarif legt dafür die Rahmenbedingungen fest. Im Rahmen von Auskunftsbegehren hat IWB diverse solcher mit eigenbelieferten Grosskunden abgeschlossener Verträge eingereicht, welche unter anderem die Berechnung und Verrechnung des NNE lokal beinhalten.

²³ Gebührentarif der IWB Industrielle Werke Basel betreffend Gas vom 6.9.2010 (GS 772.530; nachfolgend: Gebührentarif).

²⁴ Eingabe IWB vom 25.8.2017, 6; vgl. Nemo-Handbuch (Fn 19).

Zone	Leistung von [kWh]	bis [kWh]	Zonenpreis CHF/kW	Vorzonenentgelt CHF/a
1	0,001	550	16,00	0
2	551	1'500	12,70	8'800
3	1'501	5'000	9,40	20'865
4	5'001	25'000	6,20	53'765
5	25'001	200'000	4,90	177'765

Zone	Jahresarbeit von [kWh]	bis [kWh]	Zonenpreis Rp./kWh	Vorzonenentgelt CHF/a
1	1	1'000'000	0,42	0
2	1'000'001	3'000'000	0,34	4'200
3	3'000'001	10'000'000	0,27	11'000
4	10'000'001	50'000'000	0,19	29'900
5	50'000'001	500'000'000	0,14	105'900

Abbildung 1: NNE für Endkundinnen und Endkunden mit Leistungsmessung: Die Ordnung sieht eine Staffelung nach Zonen (tatsächlich bezogene Leistung bzw. Jahresarbeit) vor (Quelle: Gebührentarif, Anhang 1). Anmerkung des Sekretariats: Die oberen Spalten «Leistung von [kWh]» und «bis [kWh]» müssten mit «Leistung von [kW]» und «bis [kW]» betitelt werden.

60. Für die Berechnung des NNE an einem Anschlussobjekt mit Leistungsmessung sind die Zonen zu durchlaufen. Das Vorzonenentgelt stellt hierbei eine reine Hilfsgrösse dar und summiert die aufgrund der Leistung resp. Arbeit bis zur Vorzone zu entrichtenden Leistungs-

resp. Arbeitsentgelte. Folgendes fiktives Beispiel soll den entsprechenden Mechanismus bei direkter Anwendung des Gebührentarifs veranschaulichen:²⁵

Beispiel: Standort mit 22 723 kW Leistung und 134 203 920 kWh Arbeit in einem Gasjahr

Entgelt für 22 723 kW Leistung

$$= (550 \text{ kW} \times 16.00 \text{ CHF/kW}) + (950 \text{ kW} \times 12.70 \text{ CHF/kW}) + (3500 \text{ kW} \times 9.40 \text{ CHF/kW}) + (17\,723 \text{ kW} \times 6.20 \text{ CHF/kW})$$

$$= \text{CHF } 8\,800 + \text{CHF } 12\,065 + \text{CHF } 32\,900 + \text{CHF } 109\,883$$

$$= \text{CHF } 163\,648$$

Entgelt für 134 203 920 kWh Arbeit

$$= ([1\,000\,000 \text{ kWh} \times 0.42 \text{ Rp./kWh}] + [2\,000\,000 \text{ kWh} \times 0.34 \text{ Rp./kWh}] + [7\,000\,000 \text{ kWh} \times 0.27 \text{ Rp./kWh}] + [40\,000\,000 \text{ kWh} \times 0.19 \text{ Rp./kWh}] + [84\,203\,920 \text{ kWh} \times 0.14 \text{ Rp./kWh}]) / 100$$

$$= \text{CHF } 4\,200 + \text{CHF } 6\,800 + \text{CHF } 18\,900 + \text{CHF } 76\,000 + \text{CHF } 117\,885$$

$$= \text{CHF } 223\,785$$

Gesamtentgelt: CHF 387 433

²⁵ Eingabe IWB vom 13.11.2017, 2 f.

61. Bei Endkundinnen und Endkunden ohne Leistungsmessung wird ein Grund- sowie ein Arbeitspreis erhoben. Beide Komponenten hängen hinsichtlich ihrer Höhe von der bezogenen Gesamtjahresenergie resp. der Ge-

samtjahresarbeit ab. Nachfolgende Abbildung 2 zeigt die Tabelle aus dem Gebührentarif mit der detaillierten Ordnung der NNE für Kunden ohne Leistungsmessung:

Zone	Jahresarbeit von [kWh]	bis [kWh]	Grundpreis CHF/a	Arbeitspreis Rp./KWh
1	0	4'999	45	4,29
2	5'000	99'999	180	1,59
3	100'000	499'999	675	1,09
4	500'000	∞	1'596	0,91

Abbildung 2: NNE für Endkundinnen und Endkunden ohne Leistungsmessung: Die Ordnung sieht eine Staffelung nach Zonen (bezogene Jahresarbeit) für den Grundpreis und den Arbeitspreis vor.

A.4.1.2 Zwischenfazit

62. Damit kann festgehalten werden, dass gemäss den Vorgaben im Gebührentarif des Kantons Basel Stadt für sämtliche Endkundinnen und Endkunden, unabhängig davon, ob sie von IWB oder einem Dritten mit Erdgas beliefert werden, für die Netznutzung dieselben Tarife zur Anwendung gelangen sollen.

A.4.1.3 Berechnung und Verrechnung der NNE lokal bei drittbelieferten Endkundinnen und Endkunden

A.4.1.3.1 Vorgaben in Branchenrichtlinien

63. Bei der Berechnung und Verrechnung der NNE lokal für drittbelieferte Endkundinnen und Endkunden hat IWB spezifische Vorgaben in der Verbändevereinbarung sowie im Branchendokument Nemo zu berücksichtigen.

64. Für den Dritttransport zu gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten industriellen Grosskunden verpflichten sich die Netzbetreiber zu einem internen buchhalterischen Unbundling der Netzkosten von den Kosten der übrigen Aktivitäten, so dass jede Quersubventionierung unterbleibt.

65. In der Verbändevereinbarung ist festgehalten, dass die Ermittlung der NNE lokal gemäss den Vorgaben in den Branchendokumenten «Nemo»²⁶ für die lokalen Erdgasnetze zu erfolgen hat.²⁷ Der lokale Netzbetreiber hat das NNE lokal für alle an seinem Netz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden unabhängig davon zu ermitteln, ob die Endkundin oder der Endkunde netzzugangsberechtigt ist und unabhängig davon, ob das NNE im integrierten Tarif oder separat verrechnet wird.²⁸

A.4.1.3.2 Vorgehensweise von IWB bei der Berechnung und Verrechnung der NNE lokal bei drittbelieferten Endkundinnen und Endkunden

66. Das Sekretariat hat bei drittbelieferten Endkundinnen und Endkunden (namentlich bei [...] und [...]) die Umsetzung der Berechnung und Verrechnung der NNE lokal von IWB anhand der Vorgaben im Gebührentarif und in

den Branchenrichtlinien analysiert.²⁹ Dabei können zusammenfassend folgende Punkte festgestellt werden:³⁰

1. Die Berechnung und Verrechnung der NNE lokal nach Gebührentarif erfolgt auf Basis der effektiv realisierten Arbeitsmengen und Leistungsmaxima (Ist-Werte);
2. Für die Berechnung und Verrechnung der NNE lokal wird die Software SAP verwendet;
3. In den Rechnungen an Drittlieferanten werden die Kostenpositionen Medium (Erdgas), NNE lokal und sowie NNE regional und überregional separat aufgeführt.

67. Bei den in der Vorabklärung näher betrachteten drittbelieferten Endkundinnen und Endkunden ist deren Lieferant der Vertragspartner von IWB betreffend die Nutzung des IWB-Netzes. Der Drittlieferant seinerseits verrechnet in den vom Sekretariat geprüften Fällen das ihm in Rechnung gestellte NNE lokal ohne Zusatzmarge an die von ihm belieferten Endkundinnen und Endkunden weiter.³¹

A.4.1.3.2.1 Berechnung und Verrechnung der NNE lokal aufgrund von Ist-Werten³²

68. Gemäss IWB werde das NNE lokal aufgrund der Angaben, welche auch bei der Koordinationsstelle Durchleitung (nachfolgend: KSDL) publiziert seien, anhand der tatsächlich durchgeleiteten Erdgasmenge (in kWh) und der tatsächlich in Anspruch genommenen Maximalleistung innerhalb eines Bezugsjahres (in kW) ermittelt und in Rechnung gestellt.

²⁶ Vgl. Nemo-Handbuch (Fn 19).

²⁷ Verbändevereinbarung (Fn 10), Ziff. 6, 8.

²⁸ Ziff. 6 Abs. 1; Nemo-Handbuch (Fn 19), Ziff. 2.2.1 und 3.1.1.

²⁹ [...].

³⁰ Eingabe [...] vom 9.10.2019.

³¹ Eingabe [...] vom 9.10.2019, Beilagen 8 und 9.

³² Vgl. Eingabe [...] vom 9.10.2019.

69. Die Berechnung der monatlich zu entrichtenden NNE lokal für die vom Sekretariat überprüften drittbefierten Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB erfolgt mittels *direkter* Anwendung des Gebührentarifs gemäss Abbildung 1. Bei der Berechnung der Arbeitskomponente des NNE lokal wird die bis zum Abrechnungszeitpunkt verbrauchte Erdgasmenge kumuliert, um den Zonenpreis und das Vorzonenentgelt zu bestimmen. Zudem wird die im betreffenden Monat verbrauchte Erdgasmenge mit dem zuvor ermittelten Zonenpreis multipliziert.

70. Für die monatlichen *Leistungskosten* wird 1/12 der vertraglich vereinbarten maximalen stündlichen Transportkapazität multipliziert mit dem Leistungspreis gemäss Gebührentarif in Rechnung gestellt. Am Ende des Jahres erfolgt die Ermittlung der jährlichen Leistungskosten aufgrund des tatsächlich realisierten stündlichen Leistungsmaximums. Der daraus resultierende Betrag wird dann mit den unterjährig (monatlich) bezahlten Leistungskosten verrechnet.³³

A.4.1.3.2.2 Berechnung und Verrechnung über SAP

71. IWB führt aus, dass alle Berechnungen und Abrechnungen der NNE lokal für drittbefierte Endkundinnen und Endkunden mit Hilfe der Software SAP erfolgen. Das habe mitunter den Vorteil, dass in den Abrechnungen auf vorhandene Ist-Werte abgestellt werden könne.³⁴

A.4.1.3.2.3 Unbundling von Netz und Medium in Rechnungen

72. In den Rechnungen an Drittlieferanten wird das NNE für alle Netzebenen getrennt vom Erdgaspreis ausgewiesen. Dadurch werden für die drittbefierten Endkundinnen und Endkunden die Kosten für die Erdgaslieferung ersichtlich.³⁵

A.4.1.3.3 Zwischenfazit

73. In Bezug auf drittbefierte Endkundinnen und Endkunden wendet IWB den Gebührentarif direkt und basierend auf *Ist-Werten* an. Die daraus resultierenden NNE lokal werden dem Drittlieferanten in Rechnung gestellt und von diesem ohne Zuschlag an die von ihm belieferten Endkundinnen und Endkunden weiterverrechnet.

A.4.1.4 Vorgehensweise von IWB bei der Berechnung und Verrechnung der NNE lokal bei eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden

74. Das Sekretariat hat die Anwendung des IWB-Gebührentarifs bei drei eigenbelieferten und gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden analysiert. Es handelt sich dabei um [...] ³⁶.

75. Dabei können zusammenfassend folgende Punkte festgestellt werden:

1. Die Berechnung und Verrechnung des NNE lokal erfolgt aufgrund von «spezifischen Preisen» für Arbeit und Leistung, beide [...], basierend auf dem Gebührentarif, Vorjahresmengen oder prognostizierten Mengen (nachfolgend: *Plan-Werte*) und der vertraglich abonnierten Leistung;

2. Für die Berechnung und Verrechnung des NNE lokal wird je nach Endkundin oder Endkunde teilweise Excel und teilweise SAP verwendet;
3. In den Rechnungen an Endkundinnen und Endkunden werden die Kostenpositionen NNE lokal sowie NNE regional und NNE überregional nicht durchwegs von den Kosten für die Erdgaslieferung entflochten.

76. Das [...] Modell zur Berechnung des NNE lokal bei eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden hat zur Folge, dass andere Preise für die Netznutzung resultieren, als dies bei einer drittbefierten Endkundin oder einem drittbefierten Endkunden mit gleichem Verbrauch und gleicher Leistungsspitze der Fall wäre. Das Modell für eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden führt in den in der Vorabklärung näher betrachteten Konstellationen bei zwei von drei der untersuchten Endkundinnen und Endkunden zu günstigeren Preisen.

A.4.1.4.1 Berechnung und Verrechnung der lokalen NNE aufgrund von «spezifischen Preisen»

77. Für das bessere Verständnis der nachfolgenden Ausführungen ist eine Klassifizierung der Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB, die gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigt sind, hilfreich. Es ist zwischen vier Kategorien zu unterscheiden:

1. Eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden mit «strukturierter Beschaffung»;
2. Eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden mit einem «Fixpreis», der sowohl die Erdgaslieferung und als auch das Netz beinhaltet;
3. Drittbefierte Endkundinnen und Endkunden;
4. Eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden mit einem Spezialvertrag, für die keine «Back-to-Back-Beschaffung»³⁷ stattfindet.

78. Das Sekretariat hat eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden aus den ersten zwei Kategorien genauer analysiert und dabei unterschiedliche Berechnungs- und Verrechnungsweisen der NNE lokal festgestellt. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, werden die von IWB in

³³ Eingabe IWB vom 13.11.2017, 10 ff.

³⁴ Eingabe IWB vom 13.11.2017, 3.

³⁵ Eingabe IWB vom 13.11.2017, Sammelbeilage 3.

³⁶ [...] vgl. Eingabe IWB vom 25.8.2017, Beilage 1, [...] Netznutzungsverträge und Gaslieferverträge.

³⁷ Bei der «Back-to-Back-Beschaffung» handelt es sich um eine typische Beschaffungsform für Energieversorger im Grosskundenvertrieb. Dabei wird zunächst ein Angebot für den Kunden gelegt, während die Beschaffungsseite offen bleibt. Die Beschaffung erfolgt dann nur im Fall eines erfolgreichen Abschlusses. Soweit dabei verbindliche Angebote abgegeben werden, setzen sich die Lieferanten für die Dauer der Angebotsgültigkeit dem Risiko steigender Marktpreise aus. Da im Rahmen der Back-to-Back-Beschaffung für jeden Kunden eine individuelle Menge zum jeweils aktuellen Preisniveau beschafft wird, vereinbaren Energieversorger regelmässig eine Mehr-/Mindermengenregelung als Bestandteil des Liefervertrages, da später bei deutlichen Mengenabweichungen häufig nicht zum gleichen Preis nachgekauft werden kann; vgl. www.energiemarktplatz.de > über uns > Energie-Glossar > back-to-back (23.7.2019).

Aussicht gestellten Verhaltensanpassungen dazu führen, dass künftig sämtliche vorangehend aufgelisteten Kundenkategorien hinsichtlich der Berechnung und Verrechnung der NNE lokal gleich behandelt werden, so dass sich eine zusätzliche Betrachtung der Endkundinnen und Endkunden mit einem Spezialvertrag, für die keine «Back-to-Back-Beschaffung» stattfindet (Kategorie 4), erübrigt.

79. Hintergrund dieser Kategorisierung ist, dass IWB die Differenzen [...] in Bezug auf sog. «Fixpreiskunden» anders als bei Endkundinnen und Endkunden mit dem Erdgaslieferprodukt «strukturierte Beschaffung» auch nach Ende des Vertragsverhältnisses nicht ausgleicht. Hinsichtlich der Berechnung des NNE lokal unterscheiden sich diese beiden Kategorien im Übrigen jedoch nicht voneinander. In beiden Fällen führt das angewandte Berechnungsmodell dazu, dass preisliche Differenzen gegenüber der für drittbefördernde Endkundinnen und Endkunden zur Anwendung gelangenden Kalkulation des NNE lokal resultieren.³⁸

Eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden mit «strukturierter Beschaffung»³⁹ [...]

Berechnung der NNE lokal anhand «spezifischer Preise»

80. Gemäss den Ausführungen von IWB werde zur Berechnung der Arbeitskomponente des NNE lokal [...]. Diese Menge werde mit dem entsprechenden Zonenpreis verrechnet. In einem nächsten Schritt werde das entsprechende Vorzonenentgelt hinzugerechnet. [...]⁴⁰ In die Berechnung der Arbeitsentgelte fliessen die Gebührentarife damit ein, [...]. Demgegenüber wird für die Berechnung der Arbeitskomponente der NNE lokal bei drittbeforderten Endkundinnen und Endkunden der Gebührentarif [...] angewendet.⁴¹

81. Für die Berechnung der *Leistungsentgelte* werde die vertraglich vereinbarte maximale Jahresstundenleistung zugrunde gelegt. Für die entsprechenden Leistungswerte werde die relevante Zone gemäss Gebührentarif ermittelt und der Leistungsbedarf innerhalb dieser Zone mit dem entsprechenden Zonenpreis verrechnet. Hinzugerechnet werde dann das entsprechende Vorzonenentgelt. [...]⁴²

Verrechnung der NNE lokal

82. Die anhand der vorangehend beschriebenen Methode ermittelten NNE werden den Endkundinnen und Endkunden monatlich in Rechnung gestellt. Gemäss IWB findet nach Ende eines Gasjahres *kein Abgleich* der sich hieraus ergebenden NNE lokal mit jenen NNE lokal, die sich bei *direkter* Anwendung des Gebührentarifs⁴³ ergeben, statt. Der entsprechende Abgleich werde erst nach dem Auslaufen des Netznutzungsvertrags vorgenommen und dem Kunden zur Prüfung übermittelt.⁴⁴

83. Somit findet der Abgleich der NNE lokal, die sich aufgrund Berechnung anhand «spezifischer Preise» ergeben, mit den NNE lokal, die bei direkter Anwendung des Gebührentarifs basierend auf Ist-Werten resultieren, nicht jährlich, [...] statt. Da sich die Netznutzungsverträge zwischen IWB und Endkundinnen und Endkunden mit «strukturierter Beschaffung» nach Verstreichen der vertraglichen Kündigungsfrist jeweils automatisch um ein

weiteres Jahr verlängern,⁴⁵ kann es mehrere Jahre dauern, bis die aufgrund der unterschiedlichen Berechnungsmethodik von IWB entstehenden Differenzen ausgeglichen werden.

Ausgleich anhand der Ist-Werte bei direkter Anwendung des Gebührentarifs

84. Wie vorstehend erwähnt, erfolgt bei eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden mit «strukturierter Beschaffung» der Abgleich anhand der Ist-Werte nicht nach Ende des Gasjahres, sondern sowohl für die Leistungs- als auch für die Arbeitskomponente erst [...]. Die sich gegenüber der direkten Anwendung des Gebührentarifs ergebenden Abweichungen werden somit anders als bei drittbeforderten Endkundinnen und Endkunden nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt, sondern erst nach einigen Jahren ausgeglichen.

85. Nachfolgend werden beispielhaft für [...] die aufgrund des Vorgehens von IWB bei der Berechnung und Verrechnung des NNE lokal entstehenden Differenzen verglichen [...] ergebenden NNE lokal aufgezeigt:

- In Bezug auf [...] ergeben sich von Oktober 2013 bis September 2018 Differenzbeträge in der Summe von [250 000–500 000] Franken zu Gunsten von [...].⁴⁶ Dies entspricht einer Reduktion von [5–10] % gegenüber dem Betrag, der bei direkter Anwendung des Gebührentarifs in diesem Zeitraum für das NNE lokal hätte gezahlt werden müssen. Der Ausgleich soll nach Beendigung der Netznutzungsverträge mit den betroffenen Endkundinnen und Endkunden Ende Dezember 2019 vorgenommen werden.⁴⁷
- In Bezug auf [...] resultiert von Januar 2014 bis September 2018 ein Differenzbetrag in der Höhe von [25 000–50 000] Franken, die [...] zu viel bezahlt hat.⁴⁸ Bei einem tatsächlich gezahlten Betrag von [1–2] Mio. Franken sind dies ca. [0–5] % des in diesem Zeitraum bei direkter Anwendung des Gebührentarifs zu zahlenden NNE lokal.⁴⁹ Dabei ist zu bemerken, dass je nach Werk und Gasjahr Differenzbeträge resultierten, die zu Gunsten oder zu Lasten von [...] ausgefallen wären.⁵⁰ Der Ausgleich ist im Frühjahr 2018 erfolgt.

³⁸ Vgl. unten Rz 82 ff. und 86 ff.

³⁹ [...] vgl. Eingaben IWB vom 22.3.2019, 9 und vom 23.4.2018, 2 f.

⁴⁰ Eingabe IWB vom 13.11.2017, 5.

⁴¹ Vgl. oben Rz 67.

⁴² Eingabe IWB vom 13.11.2017, 6.

⁴³ Vgl. Abschnitt A.4.1.3.2.

⁴⁴ Eingabe IWB vom 13.11.2017, 6.

⁴⁵ Vgl. [...].

⁴⁶ Vgl. Eingabe IWB vom 7.1.2019, 17 f.

⁴⁷ Eingabe IWB vom 7.1.2019, 17.

⁴⁸ Eingabe IWB vom 7.1.2019, 18.

⁴⁹ Eingabe IWB vom 8.2.2018, 2.

⁵⁰ Eingabe IWB vom 8.2.2018, Beilage 1.

Eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden mit einem «Fixpreis»⁵¹ [...]

Berechnung der NNE lokal anhand «spezifischer Preise»

86. Gemäss den Darlegungen von IWB beruht die Preiskalkulation auf [...] für die Leistung und Arbeit. Die Berechnung der Arbeits- und Leistungskomponente des NNE lokal entspreche dem Vorgehen, welches von IWB in Bezug auf eigenversorgte Endkundinnen und Endkunden mit «strukturierter Beschaffung» angewendet werde (vgl. oben Rz 80 f.).⁵²

Verrechnung der NNE lokal

87. In Bezug auf Endkundinnen und Endkunden, mit denen ein Fixpreis vereinbart wurde, erfolgt kein Ausgleich anhand von Ist-Werten, weder nach Ende eines Gasjahres noch nach Beendigung des Vertrages mit den betreffenden Endkundinnen und Endkunden. [...].⁵³

Differenzen zum NNE lokal bei direkter Anwendung des Gebührentarifs

88. Nach entsprechender Aufforderung des Sekretariats hat IWB beispielhaft für [...] die für das NNE lokal gezahlten Beträge den bei direkter Anwendung des Gebührentarifs resultierenden Beträgen gegenübergestellt und *hypothetische* Abschlussrechnungen erstellt. Gemäss diesen Berechnungen hätte [...] für den Zeitraum von Oktober 2013 bis September 2018 eine Ausgleichszahlung von [25 000 – 50 000] Franken zu Gunsten von IWB nachzubezahlen gehabt.⁵⁴ Dies entspricht [0 - 5] % des Betrages, der bei direkter Anwendung des Gebührentarifs in diesem Zeitraum für das NNE lokal hätten gezahlt werden müssen.

89. Insofern beruht das Endkundinnen und Endkunden mit einem vertraglich vereinbarten Fixpreis verrechnete NNE lokal [...] Damit weicht die Berechnung und Verrechnung des NNE lokal vom Vorgehen von IWB in Bezug auf drittbefehrte Endkundinnen und Endkunden ab. Es unterscheidet sich *im Detail* aber auch vom Vorgehen bei eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden mit «strukturierter Beschaffung», [...].

A.4.1.5 Zwischenfazit

90. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die NNE lokal, die von den an das IWB-Netz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden zu entrichten sind, *unterschiedlich* berechnet werden:

- Für Endkundinnen und Endkunden, die *drittbefehrt* werden, werden die NNE lokal [...] berechnet.
- Für Endkundinnen und Endkunden, die *von IWB mit Erdgas beliefert* werden, werden die NNE lokal [...] und mittels «spezifischer Preise» berechnet.

91. Da die NNE lokal für eigen- und drittbefehrte Endkundinnen und Endkunden auf unterschiedliche Art und Weise berechnet werden, resultieren bei gleichem Verbrauch und gleicher Leistungsspitze unterschiedliche Preise. In zwei der drei näher untersuchten Konstellationen würden die betreffenden eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden bei denselben Bedingungen bei unmittelbarer Anwendung des Gebührentarifs basierend auf Ist-Werten einen höheren Preis für die Netznutzung

bezahlen, als dies momentan aufgrund der von IWB praktizierten Verrechnung der Fall ist.

92. Je nach Erdgaslieferprodukt werden diese Differenzbeträge hinsichtlich des Preises für die Netznutzung [...] (Endkundinnen und Endkunden mit «strukturierter Beschaffung») oder [...] («Fixpreiskunden») ausgeglichen.

93. Aufgrund der unterschiedlichen Berechnung des NNE lokal sowie des divergierenden Vorgehens hinsichtlich des Ausgleichs der hieraus resultierenden Differenzbeträge besteht die Möglichkeit, dass IWB eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden gegenüber drittbefehrten Endkundinnen und Endkunden bei der Netznutzung preislich bevorteilt, mit der möglichen Absicht, diese von einem Lieferantenwechsel abzuhalten (möglicher Behinderungsmissbrauch).⁵⁵

A.4.1.5.1 Margen bei der Weiterverrechnung der NNE regional und überregional

94. Eine Ungleichbehandlung könnte sich auch dadurch ergeben, dass IWB in ihrer Rolle als lokale Netzbetreiberin den in ihrem Netzgebiet angeschlossenen Grosskunden die NNE regional und überregional je nach Kundengruppe mit einer unterschiedlichen Marge respektive ohne Marge weiterverrechnet.

95. Für [...] wurde gemäss einer von IWB eingereichten *Kalkulation* ein Fixpreis berechnet, der u.a. aus den Kosten für die Nutzung der vorgelagerten Netzebenen zuzüglich einer Marge von [5–15] % besteht.⁵⁶ IWB hat auch in Bezug auf die weiteren eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden, die einen Fixpreis für die Netznutzung und die Gaslieferung zu bezahlen haben, Margen auf den Kosten für die Nutzung der vorgelagerten Netzebenen einkalkuliert. Diese sind je nach Endkundin oder Endkunde unterschiedlich (zwischen [0–5] % und [5–15] %) und weichen von der Marge ab, auf welcher der mit [...] vereinbarte Fixpreis beruht.⁵⁷

96. Bei drittbefehrten Kunden wird das sich aus den KSDL-Tarifen ergebende NNE regional und überregional für die Nutzung der vorgelagerten Netzebenen dem Drittlieferanten von IWB ohne Zusatzmarge in Rechnung gestellt. In den in der Vorabklärung näher betrachteten Konstellationen verrechnete der Drittlieferant diese Kosten den von ihm belieferten Endkundinnen und Endkunden unverändert weiter.⁵⁸

⁵¹ Mit eigenversorgten Grosskunden, die das Produkt «IWB Erdgas-Fix» wählen, wird bei Vertragsabschluss ein Preis für die geplante Erdgasbezugsmenge in einem definierten Lieferzeitraum festgelegt. Der vereinbarte Fixpreis beinhaltet als Gesamtpreis nebst den Kosten für das Erdgas auch das NNE lokal sowie die NNE regional und überregional (sog. «All-in-Preis»). IWB deckte sich in diesen Fällen exakt zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit den Liefermengen ein, die mit dem Kunden vereinbart sind. Somit bezieht der Kunde das Erdgas innerhalb dieses Lieferzeitraums immer zum gleichen fixen Preis. Auch in Bezug auf diese eigenversorgten Endkunden erfolgt eine «Back-to-Back-Beschaffung» am Markt; vgl. Eingabe IWB vom 23.4.2018, 2 und 9.

⁵² Eingabe IWB vom 13.11.2017, 6 f.

⁵³ Eingabe IWB vom 13.11.2017, 7.

⁵⁴ Eingabe IWB vom 7.1.2019, 18 f.

⁵⁵ Vgl. unten Rz 178.

⁵⁶ Eingabe IWB vom 7.1.2019, Beilage Tabelle «Kalkulation [...] 26.05.2015 final» > Angebotskalkulation.

⁵⁷ Eingabe IWB vom 22.3.2019, 8.

⁵⁸ Eingabe [...] vom 9.10.2017.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

98. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Als kantonale öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ist IWB als ein solches Unternehmen zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

99. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). 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.⁵⁹ Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

100. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob in den Versorgungsgebieten von IWB staatliche Markt- oder Preisordnungen für den Transport und die Verteilung von Erdgas vorliegen⁶⁰ bzw. ob IWB zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vom Gesetzgeber mit besonderen Rechten ausgestattet wurde.⁶¹

B.2.1 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG

101. 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 Sektorregulierung 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.

B.2.1.1 Allfällig vorbehaltene Vorschriften im Rohrleitungsgesetz

102. 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). Im Falle von Streitigkeiten entscheidet das Bundesamt für Energie (BFE) über die Verpflichtung des Vertragsabschlusses sowie über die Vertragsbedingungen (Abs. 2). Über zivilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag entscheiden die Zivilgerichte (Abs. 3).

103. Die Transportpflicht von 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 StromVG, wonach die Elektrizitätskommission (EiCom) Netznutzungstarife und -entgelte sowie Elektrizitätstarife von Amtes wegen überprüft und Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen kann.

104. Die Regelung in Art. 13 Abs. 2 RLG entspricht eher der Bestimmung zur Interkonnektion im Fernmeldewesen gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG⁶². Danach verfügt die 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.⁶³ Auch hier geht die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten dem behördlichen Eingriff vor.⁶⁴ Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass die Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht zur wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst.⁶⁵ 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.

⁵⁹ 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)*.

⁶⁰ Vgl. Abschnitt B.2.1.

⁶¹ Vgl. Abschnitt B.2.2.

⁶² Fernmeldegesetz vom 30.4.1997 (FMG; SR 784.10).

⁶³ 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).

⁶⁴ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/1, 223 E. 6.2, *Swisscom Mobile AG/WEKO*.

⁶⁵ 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.

105. 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 KG durch die genannte Bestimmung nicht ausgeschlossen. Entsprechend bleiben die Möglichkeiten einer kartellrechtlichen Prüfung und damit auch einer allfälligen Sanktionierung von unzulässigen Verhaltensweisen gemäss Art. 49a KG bestehen.

106. Dem Rohrleitungsgesetz sind auch sonst keine Bestimmungen zu entnehmen, welche den Wettbewerb in Bezug auf den Netzzugang und die Transportbedingungen für Dritte auf dem Hoch- und Niederdruckrohrleitungsnetz⁶⁶ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG einschränken würden.

B.2.1.2 Allfällig vorbehaltenen Vorschriften im kantonalen Recht

107. IWB bringt hinsichtlich vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG vor, bei den Tarifen für die Netznutzungsentgelte von IWB handle es sich um sogenannte administrierte Preise, welche auch bereits Gegenstand von Prüfungen des Preisüberwachers gewesen seien. Die Tarife für die Nutzung des Netzes könnten durch IWB nicht eigenständig festgelegt werden, sondern müssten gemäss Art. 28 Abs. 5 IWB-Gesetz vom Regierungsrat genehmigt werden. Es liege somit eine gesetzlich vorgesehene staatliche Preisordnung vor, welche gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu einem Vorbehalt der Anwendung der Regelungen des Kartellgesetzes führe.

108. Betreffend die kantonale Tarifgestaltung gilt es zunächst festzustellen, dass die Kantone souverän sind, soweit die Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.⁶⁷

109. Gemäss Art. 91 Abs. 2 BV ist die Gesetzgebung über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe Sache des Bundes. Dabei handelt es sich um eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung. D. h., die Kompetenz deckt den ganzen genannten Sachbereich ab. Zudem liegt eine so genannt «konkurrierende Kompetenz» vor: Solange der Bund von seiner Kompetenz nicht Gebrauch macht, bleiben die Kantone zuständig. Die kantonale Kompetenz geht sodann in dem Umfang unter, als der Bund seine Zuständigkeit durch Erlass von Gesetzen ausfüllt.⁶⁸

110. Der Bund hat von seiner Zuständigkeit durch Erlass des Rohrleitungsgesetzes Gebrauch gemacht. Im Hinblick auf die Tarifierung für den Netzzugang durch Dritte enthält das RLG keine Art. 13 Abs. 1 RLG («angemessene Gegenleistung») ergänzenden weiteren Vorgaben (vgl. oben Rz 21). In Bezug auf die Netznutzung von eigenbeliefernten Endkundinnen und Endkunden enthält das RLG ebenso wenig Vorgaben hinsichtlich der Berechnung und Verrechnung der Netznutzungsentgelte. Daraus erhellt, dass es dem Kanton Basel-Stadt im Rahmen seiner Souveränität grundsätzlich offen steht, in

die Tarifgestaltung für die Nutzung des IWB-Netzes einzugreifen, sofern diesbezüglich keine das kantonale Recht ausschliessende bundesrechtliche Regelung besteht.

111. In § 28 Abs. 5 IWB-Gesetz wird ausgeführt: «Der Regierungsrat genehmigt die Gebührentarife für Leistungen gemäss öffentlichem Auftrag gemäss § 23.» In § 23 IWB-Gesetz wird sodann ausgeführt für welche Leistungen, «die gestützt auf einen öffentlichen Auftrag erbracht werden», Gebühren zu erheben sind. Im Erdgasbereich sind dies der Anschluss an die Verteilnetze von IWB und die Nutzung der Verteilnetzinfrastruktur von IWB. In § 22 IWB-Gesetz wird unter dem Titel «Grundsatz» schliesslich ausgeführt, IWB erbringe ihre Leistungen gegen Entgelt. Leistungen gemäss öffentlichem Auftrag würden dabei durch Gebühren, gewerbliche Leistungen durch marktconforme Preise abgegolten. Daraus erhellt, dass lediglich jene Gebühren bzw. Preise durch den Regierungsrat genehmigt werden, welchen ein öffentlicher Auftrag zugrunde liegt.⁶⁹

112. In § 23 Abs. 2 IWB-Gesetz ist diesbezüglich eine Ausnahme vorgesehen: IWB ist berechtigt, bei besonderen Verhältnissen das *Entgelt* für Leistungen unter Beachtung der in diesem Gesetz verankerten gebührenrechtlichen Grundsätze *vertraglich* zu regeln. Der Gebührentarif legt dafür die *Rahmenbedingungen* fest. Demnach müssen die Gebühren nicht in jedem Fall vom Regierungsrat genehmigt werden und es besteht bei «besonderen Verhältnissen» die Möglichkeit einer individuellen vertraglichen Regelung zwischen IWB und einzelnen Netznutzern.

113. IWB hat von diesem Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht, indem mit diversen eigenbeliefernten Grosskunden, die gemäss der Verbändevereinbarung den Erdgaslieferanten wechseln könnten, unter anderem hinsichtlich der Berechnung und Verrechnung des Netznutzungsentgelts Spezialkonditionen vereinbart wurden. Derartige vertragliche Vereinbarungen zwischen IWB und den betreffenden Endkundinnen und Endkunden stellen keine gesetzlich staatliche Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG dar und diesbezüglich bleibt das KG anwendbar.

114. Vorliegend geht es überdies nicht um die Höhe des Netznutzungsentgelts an sich. Die vom Regierungsrat genehmigten Netznutzungstarife werden hinsichtlich ihrer absoluten Höhe und ihrer einzelnen Komponenten nicht in Frage gestellt. Das Sekretariat hat sich im Rahmen dieser Vorabklärung stattdessen mit der Frage beschäftigt, ob aus der unterschiedlichen Behandlung von Endkundinnen und Endkunden durch IWB bei der Berechnung und Verrechnung der NNE aufgrund unterschiedlicher spezialvertraglicher Vereinbarungen mit eigenbeliefernten Endkundinnen und Endkunden und Drittlieferanten kartellrechtswidrige Diskriminierungen resultieren könnten.

⁶⁶ Hochdruckrohrleitungen sind Rohrleitungen mit einem Druck grösser als 5 bar (Art. 1 Abs. 2 Bst. a RLG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Rohrleitungsverordnung vom 2.2.2000 [RLV; SR 746.11]).

⁶⁷ Art. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesverfassung, BV; SR 101).

⁶⁸ Vgl. RPW 2014/1, 112 Rz 21, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.

⁶⁹ Siehe dazu auch Abschnitt A.4.1.

115. Der Umstand, dass Gebühren vom Regierungsrat genehmigt werden müssen, ändert somit nichts daran, dass die WEKO zur Beurteilung des vorliegenden Falls zuständig ist.

B.2.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG

116. 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.⁷⁰

117. In Bezug auf den Netzzugang und die Transportbedingungen für Dritte billigt das Rohrleitungsgesetz den Leitungseigentümern keine besonderen, den Wettbewerb einschränkenden 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.

118. Ebenso wenig sind auf kantonaler und kommunaler Ebene Rechtsvorschriften bekannt, die den Leitungseigentümern besondere Rechte zubilligen würden. Solche wurden denn auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

119. 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).

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

121. Um festzustellen, ob sich IWB tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, sind vorab die relevanten Märkte abzugrenzen.

B.3.2 Marktabgrenzung

122. Die Praxis der WEKO bezüglich Marktabgrenzungen im Erdgasbereich lehnt sich stark an die Praxis der EU-Kommission an.⁷¹

123. Demnach gilt es im Erdgasbereich insbesondere zwischen den folgenden Märkten zu unterscheiden:

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

124. Vorliegend wird auf diese grundsätzliche sachliche Unterteilung der Märkte im Erdgasbereich abgestellt, wobei der Zugang zum Verteilnetz von IWB und die damit verbundenen NNE im engeren Fokus stehen.

B.3.2.1 Sachliche Marktabgrenzung

B.3.2.1.1 Markt für Erdgasverteilung über die Niederdruckrohrleitungen von IWB

125. Auf den infrastrukturbezogenen Märkten fragt die Marktgegenseite den 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 bringen wollen und dabei auf das Erdgasnetz von Gasnetzbetreibern zurückgreifen wollen bzw. müssen. Vorliegend sind als Marktgegenseite jene Akteure relevant, die das Verteilnetz von IWB – ein Niederdruckrohrleitungsnetz – für den Erdgastransport nutzen. Als solche Netzkunden gelten Lieferanten, Endkundinnen und Endkunden oder weitere Dienstleister.⁷²

126. Sämtliche Netzkunden, die Erdgas zu einer Endkundin oder zu einem Endkunden transportieren möchten, die resp. der direkt an das lokale Verteilnetz von IWB angeschlossen ist, sind auf die Durchleitung über dieses Netz angewiesen. Sie haben für diese Dienstleistung ein Netznutzungsentgelt zu entrichten. Insofern besteht ein sachlich relevanter Markt für Erdgasverteilung über die Niederdruckrohrleitungen von IWB.

B.3.2.1.2 Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB

127. Auf den Märkten für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden fungieren Endkundinnen und Endkunden als Marktgegenseite. Die Endkundinnen und Endkunden erhalten Erdgas gegen Entgelt. Das Erdgas kann zum Kochen und Heizen (insbesondere von kleineren Haushalten und Gewerbekunden) oder als Prozessgas (von Industriekunden) eingesetzt werden.

⁷⁰ 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 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995, 468, 540.

⁷¹ Vgl. RPW 2014/1, 119 Rz 71, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H. und Case M.8358 vom 16. März 2017 – *MACQUARIE / NATIONAL GRID / GAS DISTRIBUTION BUSINESS OF NATIONAL GRID*, Rz 15 ff.

⁷² Vgl. auch Verbändevereinbarung (Fn 10), Ziff. 2.4.2.

128. Die EU-Kommission hat in ihrer Praxis hinsichtlich der sachlichen Marktabgrenzung im Bereich der Erdgaslieferungen an Endkundinnen und Endkunden eine Unterscheidung zwischen folgenden Arten von Gaslieferungen erwogen:

- Erdgaslieferungen an grosse Endkundinnen und Endkunden (möglicherweise weiter unterschieden nach Industriekunden und Gaskraftwerken)
- Erdgaslieferungen an kleine Endkundinnen und Endkunden (Privathaushalte und kleine Gewerbetunden)

Sie hat jedoch jeweils offen gelassen, ob eine derartige Unterteilung des sachlich relevanten Marktes in den zu beurteilenden Konstellationen angezeigt war.⁷³

129. Die von IWB vorgenommenen Differenzierungen bei der Behandlung von eigenbeliefernten und drittbeliefernten Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der IWB im Kontext mit der Bestimmung der NNE könnten möglicherweise Auswirkungen auf den Erdgaslieferbereich haben, indem eigenbelieferte industrielle Grosskunden durch Vorzugsbehandlung bei der Berechnung und Verrechnung der NNE allenfalls den Anreiz erhalten, sich auch weiterhin durch IWB als integrierte Netzbetreiberin und Erdgaslieferantin mit Erdgas beliefern zu lassen. Damit könnte deren Nachfrageverhalten und der Wettbewerb um diese Endkundinnen und Endkunden im Bereich der Erdgaslieferung von IWB beeinflusst werden. Die betroffene Marktgegenseite konstituiert sich demnach aus Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB, welche die Netzzugangsbedingungen gemäss der Verbändevereinbarung erfüllen. Ob eine weitergehend Unterteilung des sachlich relevanten Marktes nach Endkundengruppen vorzunehmen ist, kann für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung offen gelassen werden.

130. Demnach ist vorliegend ein sachlicher Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB relevant.

B.3.2.2 Räumliche Marktabgrenzung

131. 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).

B.3.2.2.1 Markt für Erdgasverteilung über die Niederdruckrohrleitungen von IWB

132. Bei infrastrukturbezogenen Erdgasmärkten ist grundsätzlich eine enge räumliche Marktabgrenzung vorzunehmen. Praxisgemäss ist davon auszugehen, dass durch die geographische Ausdehnung der einzelnen Transport- und Verteilnetze getrennte räumlich relevante Märkte definiert werden.⁷⁴

133. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung sind allfällige Diskriminierungen im Zusammenhang mit der NNE-Berechnung und Verrechnung für die Nutzung des Verteilnetzes von IWB.

134. Die Nachfrage nach der Nutzung des Verteilnetzes von IWB bezieht sich damit räumlich auf die Ausdehnung des Verteilnetzes von IWB. Die räumliche Markt-

abgrenzung des Marktes für Erdgasverteilung über die Niederdruckrohrleitungen von IWB ist hiermit durch das Netzgebiet von IWB gegeben.

B.3.2.2.2 Markt für Erdgaslieferung an aufgrund der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB

135. Die Schweizer Wettbewerbsbehörden teilen die Auffassung der europäischen Wettbewerbsbehörden, 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 Erdgaslieferungen an Endkundinnen und Endkunden ausgegangen werden, wenn einerseits ein Versorgerwahlrecht für Endkundinnen und Endkunden besteht und andererseits ein diskriminierungsfreier Zugang zu den Transport- und Verteilnetzen gewährt ist. Für eine derartige Marktabgrenzung 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 erfüllt, so ist eine engere Marktabgrenzung vorzunehmen, die darauf hinausläuft, dass jeder einzelne Netzbetreiber mit seinem historisch gewachsenen Leitungsnetz einen eigenen abgeschlossenen räumlich relevanten Markt definiert.⁷⁵

136. 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 Durchleitung von Erdgas geltend machen können. Anders als etwa im Bereich der Stromversorgungsgesetzgebung⁷⁶ fehlt es im Erdgasbereich an detaillierten generell-abstrakten Regelungen hinsichtlich 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 entscheidet das BFE im Streitfall, ob ein Netzbetreiber zur Durchleitung gegenüber einem bestimmten Drittlieferanten resp. gegenüber einer Endkundin oder einem Endkunden verpflichtet ist sowie insbesondere auch über die Netzzugangsbedingungen. Ob in den nächsten Jahren in der Schweiz ein Gasversorgungsgesetz geschaffen wird, welches diesbezüglich generell-abstrakte Regelungen enthält, ist zurzeit noch unklar.

⁷³ Entscheid der EU-Kommission in den Fällen COMP/39.317 – E.ON GAS, Rz 17; COMP/M.5467 – RWE/ESSENT, Rz 100.

⁷⁴ Vgl. RPW 2011/4, 675 Rz 79 f., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*, unter 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*.

⁷⁵ 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*.

⁷⁶ Netzzugang: Art. 13 i. V. m. Art. 6 Abs. 2 StromVG; Netznutzungsentgelt: Art. 14 ff. StromVG.

137. Vor diesem Hintergrund hat die Schweizer Gasindustrie die Verbändevereinbarung als eigene Branchenlösung für den Netzzugang erarbeitet, welche jedoch nicht allgemein verbindlich ist.⁷⁷ 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.⁷⁸

138. 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 nicht-diskriminierende 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.⁷⁹

139. Daraus erhellt, dass das Verhalten des Netzbetreibers betreffend die Ausgestaltung des Netzzuganges, und damit die Berechnung und Verrechnung der NNE, einen Einfluss auf den Wettbewerb auf den nachgelagerten Erdgasliefermärkten haben kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der als Erdgasversorger integrierte Netzbetreiber für eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden die NNE so ausgestaltet, dass das Gesamtpaket aus Netz- und Energiekosten günstiger ausfällt, als wenn die Endkundin oder der Endkunde das Erdgas von einem Drittlieferanten beziehen würde und dabei höhere NNE bezahlen muss.

140. In Bezug auf gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden ist zumindest von einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung auszugehen, da einige dieser Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der IWB den Erdgaslieferanten gewechselt haben. Grundsätzlich könnten drittbelieferte Endkundinnen und Endkunden auch einen im Ausland domizilierten (Weiter-)Verkäufer von Erdgas auswählen.⁸⁰ Von welchen Erdgaslieferanten die drittbelieferten Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der IWB zurzeit beliefert werden, wurde im Stadium der Vorabklärung nicht im Einzelnen abgeklärt. Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung kann die definitive räumliche Abgrenzung des Marktes für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB offengelassen werden.

B.3.2.3 Marktstellung

141. 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.

142. 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 jedoch 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 oder ein Endkunde nur an ein Verteilnetz angeschlossen. Damit verbleibt den jeweiligen Verteilnetzbetreibern als lokal einzigen Anbietern von Erdgasverteildienstleistungen genügend Spielraum, um ihre Interessen gegenüber den Netzkunden einseitig durchzusetzen.⁸¹

B.3.2.3.1 Markt für Erdgasverteilung über die Niederdruckrohrleitungen von IWB

143. Die Tätigkeiten des Transports und der Verteilung von Erdgas («Netznutzung») über die Rohrleitungen der angestammten Gasnetzbetreiber stellen in aller Regel als natürliche Monopole dar, da es zu kostenintensiv wäre, wenn andere Anbieter parallele Rohrleitungsnetze aufbauen würden. Dies impliziert, dass aufgrund des Monopolcharakters des Leitungssnetzes grundsätzlich nur ungenügend Wettbewerb beim Transport und der Verteilung von Erdgas stattfinden kann. Gleichwohl kann bei geeigneter Regulierung des Netzzugangs wirksamer Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung – also dem Verkauf von Erdgas an Endkundinnen und Endkunden – entstehen.⁸²

144. Aufgrund dieser Befunde zu den aktuellen Wettbewerbsverhältnissen ergeben sich im vorliegenden Fall Anhaltspunkte, dass IWB auf dem Markt für Erdgasverteilung über die Niederdruckrohrleitungen von IWB als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

⁷⁷ Vgl. RPW 2014/1, 121 Rz 87, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁷⁸ Vgl. RPW 2014/1, 121 Rz 88, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁷⁹ Vgl. RPW 2014/1, 121 Rz 89, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁸⁰ Vgl. Frontier Economics, Studie betreffend möglicher Vorgehensweisen bei einer Öffnung des Schweizer Gasmarktes – Ein Bericht für das BFE vom Dezember 2015, 7; abrufbar unter: [https://www.bfe.admin.ch/>News und Medien > Publikationen](https://www.bfe.admin.ch/>News%20und%20Medien%20>Publikationen) (23.7.2019).

⁸¹ Vgl. RPW 2014/1, 122 Rz 94, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.

⁸² Vgl. RPW 2014/1, 115 Rz 43, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.

145. IWB hat mangels Alternativmöglichkeiten für den Transport und die Verteilung des Erdgases in ihrer Rolle als lokale Netzbetreiberin die Möglichkeit, die an ihr Erdgasnetz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden sowie weitere Netznutzer hinsichtlich der Art und Weise der Berechnung und Verrechnung der NNE unterschiedlich zu behandeln. Insofern ist IWB dazu in der Lage, hinsichtlich den Abwicklungsmodalitäten im Bereich der Netznutzung finanzielle Anreize zu setzen, um die gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten eigenbeliefernden Endkundinnen und Endkunden von einem Lieferantenwechsel abzuhalten.

B.3.2.3.2 Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsrechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB

146. Die Marktstellung von IWB im Markt für Erdgaslieferung an aufgrund der Verbändevereinbarung netzzugangsrechtigte Endkundinnen und Endkunden kann vorliegend offen gelassen werden. Aufgrund der verhältnismässig geringen Anzahl drittbeförderter Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB⁸³ ist zumindest davon auszugehen, dass IWB in diesem Markt eine starke Stellung hat.

B.3.3 Unzulässige Verhaltensweisen

147. 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).⁸⁴

148. 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 so genannten Behinderungsmissbrauch und einem so genannten 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.⁸⁵

149. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i. d. R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des

Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Der Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.⁸⁶

150. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d. h. insb. die Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.⁸⁷

151. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht⁸⁸, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.⁸⁹

⁸³ Gemäss den Angaben von IWB werden 4 von 17 gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet drittbefördert; vgl. Eingabe IWB vom 22.3.2019, 10.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Vgl. Verfügung der WEKO vom 30.10.2017 betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen, Rz 837, Publikationsversion; www.weko.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide (23.7.2019); RPW 2010/1, S. 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁸⁶ BGE 139 I 72, 101 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Vgl. Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (Fn 85), Rz 837; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBI 1995 468, 569.

⁸⁷ BGE 139 I 72, 102 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; vgl. Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (Fn 85), Rz 838.

⁸⁸ Vgl. hierzu BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 N 39; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 6. Bei Nachweis einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht ging auch die REKO/WEF von unzulässigem Verhalten aus, vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprengrer Autobahn AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission*.

⁸⁹ BGE 139 I 72, E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.

152. 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. Ausbeutungsmisbrauch zugewiesen werden kann, welchem ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen 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.⁹⁰

153. Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG umfasst zunächst alle denkbaren Verhaltensweisen mit volkswirtschaftlich schädigendem Effekt und sodann solche, welche die wirtschaftliche Freiheit der betroffenen Unternehmen behindern. Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.⁹¹

154. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung sind allfällige Diskriminierungen im Zusammenhang mit der Berechnung und Verrechnung von NNE für die Nutzung des IWB-Netzes sowie bei der Weiterverrechnung der NNE regional und überregional.

155. In diesem Zusammenhang könnten insbesondere die Tatbestände der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG sowie der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG tangiert sein.

B.3.3.1 Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

156. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden.⁹² Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber andererseits auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein.⁹³ Dies bedeutet, dass dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert («Legitimate Business Reasons»)⁹⁴.

157. Aus dem Gesetz geht hervor, dass die Tatbestandsvariante des Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllt ist,

wenn kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sind⁹⁵:

- i. es muss eine Ungleichbehandlung bei vergleichbaren Produkten vorliegen;
- ii. die Ungleichbehandlung zielt auf einen Handelspartner;
- iii. die Ungleichbehandlung führt zu einer Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs (Behinderungstatbestand) oder zu einer Benachteiligung der Marktgegenseite (Ausbeutungstatbestand);
- iv. die Ungleichbehandlung kann nicht durch «Legitimate Business Reasons» gerechtfertigt werden.

B.3.3.1.1 Ungleichbehandlung

158. Die Literatur und Praxis unterscheiden zwischen direkter Diskriminierung, bei welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet,⁹⁶ und indirekter Diskriminierung, bei welcher gleiche Geschäftsbedingungen auf nichtgleichartige Situationen angewendet werden.⁹⁷ Bei der Analyse, ob eine Diskriminierung vorliegt, genügt es, dass die Ausgangslagen äquivalent bzw. gleichwertig sind.⁹⁸ Das Diskriminierungsverbot von

⁹⁰ 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.

⁹¹ Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 609, *Sport im Pay-TV*; BGE 139 I 72, E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; vgl. auch Urteil des BGer 2A.520/2002 vom 17.6.2003, RPW 2003/4, 961 E. 6.5.1, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG*; RPW 2008/4, 579, Rz 173, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2006/4, 640 Rz 98, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; BOTSCHAFT 95, BBl 1995 I 468, 570; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 25; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2e édition, 2013 (nachfolgend: Commentaire romand LCart), Art. 7 LCart N 4 ff.

⁹² Vgl. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m. w. H.; RPW 2008/3, 399 Rz 140, *Publikation von Arzneimittelverfahren*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 525 E. 5.4, *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO*.

⁹³ Vgl. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m. w. H.; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 525 E. 5.4, *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO*.

⁹⁴ Vgl. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m. w. H.; RPW 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁹⁵ Vgl. Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (Fn 85), Rz 844; RPW 2014/4, 688 f. Rz 138, *Preispolitik SDA*; RPW 2012/3, 467 Rz 73, *Erdgas Zentralschweiz AG*. RPW 2011/1, 178 Rz 485, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁹⁶ Vgl. Verfügung der WEKO vom 30.10.2017 betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (Fn 85), Rz 845; RPW 2008/4, 544 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁹⁷ Vgl. Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (Fn 85), Rz 845; RPW 2008/4, 544 Rz 244, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁹⁸ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 206; Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (Fn 85), Rz 845.

Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss.⁹⁹

B.3.3.1.1.1 Ungleichbehandlung durch unterschiedliche Berechnung und Verrechnung der NNE lokal

159. Die Sachverhaltsabklärung hat ergeben, dass IWB für eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden die NNE lokal abweichend von der Kalkulation in Bezug auf drittbefieferte Endkundinnen und Endkunden berechnet. Dies könnte zur Folge haben, dass eine eigenbelieferte Endkundin oder ein eigenbeliefelter Endkunde aufgrund der Vorgehensweise von IWB möglicherweise einen tieferen Preis für die Netznutzung zu bezahlen hat als eine drittbefieferte Endkundin oder ein drittbefiefelter Endkunde mit demselben Verbrauch und derselben beanspruchten Leistungsspitze.¹⁰⁰

160. So fallen etwa die NNE lokal bei den eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden [...] und [...] aufgrund der Berechnung anhand «spezifischer Preise»¹⁰¹ von Oktober 2013 bis September 2018 tiefer aus, als wenn die betreffenden NNE [...] ermittelt worden wären¹⁰².

161. Bei eigenbelieferten Spezialvertragskunden fand der Abgleich der [...] NNE lokal, die den betreffenden Endkundinnen und Endkunden monatlich in Rechnung gestellt wurden, mit den NNE lokal, die bei [...] zu bezahlen gewesen wären [...], erst nach [...]¹⁰³ resp. gar nicht [...]¹⁰⁴ statt.

162. Damit werden gleiche Sachverhalte – die Berechnung und Verrechnung der NNE lokal durch IWB – differenziert behandelt, und zwar in Abhängigkeit davon, ob die Erdgaslieferung durch IWB oder einen Dritten erfolgt.

163. Bei drittbefieferten Endkundinnen und Endkunden hingegen werden die NNE lokal mittels [...] zunächst ihren Lieferanten als Vertragspartner von IWB und dann ihnen selbst in Rechnung gestellt (vgl. Rz 67 ff.).¹⁰⁵

164. Betroffen sind insofern unmittelbar sowohl Drittlieferanten, die direkte Vertragspartner von IWB hinsichtlich der Nutzung des Netzes von IWB zur Belieferung der entsprechenden drittbefieferten Endkundinnen und Endkunden sind, als auch mittelbar die Endkundinnen und Endkunden selbst, indem drittbefieferte Endkundinnen und Endkunden von ihrem Drittlieferanten ein – unter Berücksichtigung der benötigten Kapazität und des Verbrauchs – anderes NNE weiterverrechnet erhalten, als wenn sie es im Falle einer Belieferung durch IWB selbst erhalten würden.

B.3.3.1.1.2 Ungleichbehandlung von Endkundinnen und Endkunden durch unterschiedliche Margen bei der Weiterverrechnung der NNE regional und überregional

165. IWB hat den eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden einer bestimmten Kundengruppe auf den weiterverrechneten NNE regional und überregional unterschiedlich hohe Margen in Rechnung gestellt. Demgegenüber ist es gemäss den Branchenvorgaben untersagt, gegenüber drittbefieferten Endkundinnen und Endkunden bei der Weiterverrechnung der NNE regional und überregional eine Marge zu erheben.¹⁰⁶ Insofern

behandelt IWB Endkundinnen und Endkunden im Rahmen der Weiterverrechnung von Kosten für die Nutzung des regionalen und überregionalen Netzes unterschiedlich.

B.3.3.1.2 Betroffenheit von Handelspartnern

166. Damit sich der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisieren kann, muss ein Handelspartner von der Diskriminierung betroffen sein.¹⁰⁷ Als möglicher Handelspartner kommt immer die Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht, das heisst Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.¹⁰⁸

167. Bei Drittlieferanten und an das IWB-Netz angeschlossene Endkundinnen und Endkunden handelt es sich um die Marktgegenseite im Markt für Erdgasverteilung über die Niederdruckrohrleitungen von IWB.¹⁰⁹ In diesem Markt findet das potentiell missbräuchliche Verhalten von IWB statt. Diese Akteure sind damit als Handelspartner im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu qualifizieren. Vorliegend sind von den potentiell diskriminierenden Verhaltensweisen der IWB einerseits Drittlieferanten betroffen. Im Zusammenhang mit der Berechnung und Verrechnung der NNE lokal könnte ein Behinderungsmissbrauch vorliegen, worin Drittlieferanten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs auf dem Markt für Erdgaslieferung aufgrund der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden behindert werden. Andererseits könnten gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden durch die unterschiedliche Berechnung und Verrechnung benachteiligt werden.¹¹⁰ Bei den in der Vorabklärung näher betrachteten drittbefieferten Endkundinnen und Endkunden verhält es sich so, dass IWB dem Drittlieferanten das NNE lokal in Rechnung stellt und dieser es dem Kunden ohne Zuschlag weiterverrechnet. Insofern wären von den bei einer Drittbefieferte gegenüber der Berechnungsweise bei eigenbelieferten Grosskunden allenfalls höheren Preisen für die Netznutzung faktisch die drittbefieferten Endkundinnen und Endkunden betroffen.

⁹⁹ Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (Fn 85), Rz 845; RPW 2014/4, 689 Rz 139, *Preispolitik SDA*; RPW 2012/3, 467 Rz 74, *Erdgas Zentralschweiz AG* (Schlussbericht des Sekretariats vom 8. Mai 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Erdgas Zentralschweiz AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG).

¹⁰⁰ Vgl. Abschnitt A.4.1.5.

¹⁰¹ Vgl. Abschnitt A.4.1.4.1.

¹⁰² Vgl. Abschnitt A.4.1.3.2.

¹⁰³ Vgl. oben Rz 81 ff.

¹⁰⁴ Vgl. oben Rz 86 ff.

¹⁰⁵ Vgl. oben Rz 65 ff.

¹⁰⁶ Vgl. Abschnitt A.4.1.3.3.

¹⁰⁷ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 215.

¹⁰⁸ BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2 (= RPW 2013/1, 131 f. E. 10.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2014/4, 689 Rz 141, *Preispolitik SDA*.

¹⁰⁹ Vgl. oben Rz 124 f.

¹¹⁰ Vgl. oben Rz 158 ff.

B.3.3.1.3 Wettbewerbsbehinderung resp. Benachteiligung

168. Den Gegenstand des allgemeinen Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung bildet das Ausmass der potenziellen oder tatsächlichen nachteiligen Einwirkungen auf den bestehenden (Rest-)Wettbewerb auf den massgeblichen Märkten durch die Ablehnungshandlung des marktbeherrschenden Unternehmens.¹¹¹

169. Nach der Rechtsprechung des BVGer erfasst der Begriff der *missbräuchlichen Ausnutzung* im Sinne von Art. 7 KG Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, welche die Struktur eines Markts beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Präsenz des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die zur Folge haben, dass die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln eingeschränkt wird, die sich von den Mitteln eines normalen Produktwettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Wirtschaftsbeitragsparteien unterscheiden.¹¹² Einem marktbeherrschenden Unternehmen kommt demzufolge eine besondere Verantwortung zu, dass es durch sein Verhalten am Markt einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht (weiter) beeinträchtigt. Daher hat es auf die Anwendung von Praktiken zu verzichten, die nicht den Mitteln eines Leistungswettbewerbs entsprechen.¹¹³

170. In einem aktuellen Urteil hat das BVGer *mit Bezug auf den Tatbestand der Geschäftsverweigerung* festgehalten, der schweizerische Gesetzgeber habe mit diesem Regelbeispiel eines missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen klargestellt, dass jedenfalls mit der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorliege, die zudem gemäss Art. 49a KG ausnahmslos zu sanktionieren sei. Infolgedessen stehe im Rahmen der Rechtsanwendung auf einen konkreten Einzelfall das Vorliegen einer ausreichenden ökonomischen Schädigungstheorie bei einer Erfüllung der massgeblichen Tatbestandsmerkmale ausser Frage.¹¹⁴

171. Weiter hat das BVGer im betreffenden Urteil ausgeführt, da bereits eine geringe weitere nachteilige Einwirkung von Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens zu einer zusätzlichen Belastung des Wettbewerbs und der anderen Marktteilnehmer führe, sei festzustellen, dass Art. 7 KG kein Erheblichkeitsmerkmal im Sinne einer Geringfügigkeitsschwelle aufweise.¹¹⁵

172. Dazu kann als Ergänzung auch ein Blick auf das europäische Wettbewerbsrecht geworfen werden, weil sich das schweizerische Kartellgesetz stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert.¹¹⁶ Wie Art. 7 KG erfasst auch Art. 102 AEUV¹¹⁷ die Diskriminierung als den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.¹¹⁸

173. Bei der Frage nach Auswirkungen verfolgt die europäische Rechtsprechung den Ansatz, dass ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ausscheidet, wenn das fragliche Verhalten frei von wettbewerbswidriger Wirkung auf dem Markt ist oder eine solche Wirkung rein hypothetischer Natur ist. Eine Wirkung

muss aber nicht konkret eintreten, damit ein Missbrauch eintritt. Vielmehr genügt der Nachweis einer potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkung.¹¹⁹ Was den Grad der notwendigen Gefahr angeht, dürfte gelten, dass die wettbewerbschädigende Wirkung des Verhaltens wahrscheinlich sein muss, damit dieses als missbräuchlich gilt.¹²⁰

174. Weiter hat der EuGH für die Diskriminierung zur Frage von Auswirkungen in einer Vorabentscheidung auf Ersuchen Folgendes festgehalten: Der Begriff «*im Wettbewerb benachteiligt werden*» im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Bst. c AEUV sei dahin auszulegen, dass er, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen eine preisliche Diskriminierung zwischen Handelspartnern auf dem nachgelagerten Markt vornehme, den Fall betreffe, dass dieses Verhalten eine Wettbewerbsverzerrung zwischen den Handelspartnern *bewirken könne*. Die Tatbestandsmerkmale von Art. 102 Abs. 2 Bst. c AEUV seien nur dann erfüllt, wenn das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens angesichts des gesamten Sachverhalts darauf gerichtet sei, eine Wettbewerbsverzerrung zwischen Handelspartnern herbeizuführen. Unter diesen Voraussetzungen könne die Diskriminierung als missbräuchlich angesehen werden. Die Feststellung, ob ein Handelspartner «*im Wettbewerb benachteiligt*» wird, erfordere nicht den Nachweis einer *tatsächlichen* und *messbaren* Verschlechterung der Wettbewerbsposition, sondern sei auf eine Analyse aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu stützen, die den Schluss zulässt, dass dieses Verhalten einen Einfluss auf die Kosten, auf die Gewinne oder auf ein anderes massgebliches Interesse eines oder mehrerer dieser Partner hat, so dass dieses Verhalten geeignet ist, diese Position zu beeinträchtigen.¹²¹

¹¹¹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1055, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹¹² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1117, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹¹³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1119, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹¹⁴ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1126, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹¹⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1140 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹¹⁶ Vgl. BGE 139 I 72, E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 125f E. 8.2.3), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 604 ff. Rz 168 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

¹¹⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung, ABl. C 326 vom 26.10.2012, 47.

¹¹⁸ Vgl. 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, 45 f. Rz 75 ff.

¹¹⁹ Vgl. FRIEDRICH WENZEL BULST, in: *Kartellrecht – Kommentar*, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 13. Auflage, 2018, Art. 102 AEUV N 131.

¹²⁰ Vgl. BULST (Fn 119), Art. 102 AEUV N 131.

¹²¹ Vgl. Urteil des EuGH vom 19.4.2018 C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA/Autoridade da Concorrência*, Vorabentscheidungsersuchen Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, Rz 27; Urteil des EuGH vom 15.3.2007 C-95/04, *British Airways*, Rz 145.

175. Hinsichtlich der durch eine «primary-line-discrimination» realisierten Behinderung von direkten Wettbewerbern des diskriminierenden Unternehmens hat die EU in ihrer Praxis in der Regel darauf abgestellt, dass bereits eine Verhaltensweise, die dazu geeignet ist, eine nicht unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung hervorzurufen, als kartellrechtswidrig anzusehen ist.¹²²

176. Im Übrigen ist sich die Lehre hinsichtlich der nachzuweisenden Auswirkungen, welche für das Vorliegen einer wettbewerbsrechtlich unzulässigen Diskriminierung auf EU-Ebene vorausgesetzt sind, uneinig. So hat gemäss VAN BEAL/BELLIS trotz des klaren Wortlauts bei Fällen, in welchen ein marktbeherrschendes Unternehmen eine diskriminierende Praxis angewendet hat, der Nachweis eines konkreten Wettbewerbsnachteils kaum Bedeutung erlangt. Gemäss dem Fall *Irish Sugar plc v. Commission* ist ihrer Meinung nach eine Kundin oder ein Kunde eines marktbeherrschenden Unternehmens bereits dann gegenüber anderen Kundinnen und Kunden im Wettbewerb *benachteiligt*, wenn sie resp. er in *ungerechtfertigter* Weise einen *höheren* Preis zu entrichten hat und damit diskriminiert wird.¹²³ In diesem Urteil hielt der EuGH fest, dass ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung insbesondere darin bestehen kann, dass *unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern* angewendet werden, *durch die diese im Wettbewerb benachteiligt werden*.¹²⁴

177. In der Verfügung der WEKO betreffend Geschäftskunden-Preissysteme für adressierte Briefsendungen wurde für den Nachweis der Auswirkungen der wettbewerbswidrigen Diskriminierung u.a. auch darauf abgestellt, dass von Handelspartnern unterschiedliche Preise für dieselbe Leistung bezahlt wurden, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt werden konnte.¹²⁵

178. Aufgrund dieser Ausführungen kann in Bezug auf die Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG bereits die Eignung eines Verhaltens zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs in einem bestimmten Markt für die Sanktionierbarkeit nach Art. 49a KG ausreichen.

B.3.3.1.3.1 Wettbewerbsbehinderung resp. Benachteiligung durch unterschiedliche Berechnung und Verrechnung der NNE lokal

179. Durch die von IWB bei eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden angewandte Berechnung und Verrechnung des NNE¹²⁶ bestehen Anhaltspunkte dafür, dass IWB versuchen könnte, diese Endkundinnen und Endkunden von einem Lieferantenwechsel abzuhalten. Dadurch könnten Drittlieferanten im dem Markt für Erdgasverteilung über das Niederdrucknetz von IWB nachgelagerten Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB behindert werden («primary-line-discrimination»).

180. Basierend auf den Erkenntnissen im Rahmen der Vorabklärung erscheint das Verhalten von IWB auf den ersten Blick zumindest geeignet, den Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung zu beeinträchtigen. Die Anwendung des Modells zur Berechnung und Verrech-

nung des NNE lokal führte bei den näher betrachteten eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden in zwei von drei Konstellationen zu tieferen Preisen für die Netznutzung als im Falle einer Drittbelieferung.¹²⁷ [...] ¹²⁸ Entsprechende Anreize für eigenversorgte Grosskunden, bei IWB als Erdgaslieferantin zu bleiben, würden insbesondere gesetzt, wenn der Gesamtpreis für die Netznutzung und Erdgasbezug tiefer ausfällt als im Falle einer Drittbelieferung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden nicht mehr von möglichen Privilegien bei der Berechnung des Netznutzungsentgelts profitieren, falls sie sich zu einem Lieferantenwechsel entscheiden sollten. Dann käme hinsichtlich der Berechnung des NNE lokal die Vorgehensweise für drittbelieferte Endkundinnen und Endkunden zur Anwendung. Im Rahmen einer Untersuchung wären mögliche Anreize von eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden, aufgrund von Sonderkonditionen bei der Berechnung und Verrechnung des NNE auf einen Lieferantenwechsel zu verzichten, insbesondere auch aufgrund von auf die betreffenden Endkundinnen und Endkunden zugeschnittenen Konkurrenzangeboten für die Erdgaslieferung, zu verifizieren.

181. Zu berücksichtigen ist weiter, dass IWB zurzeit rund [...] % des Erdgases über die vorgelagerte Netzbetreiberin GVM von Swissgas bezieht, [...].¹²⁹ Insofern könnten eigenbelieferte Grosskunden im Netzgebiet der IWB, die nicht «back to back» versorgt werden, von derartigen Mehrkosten für die Energielieferung betroffen sein resp. könnten Dritte in der Lage sein, den betreffenden Endkundinnen und Endkunden das Erdgas bedarfsgerecht zu einem tieferen Preis zu verkaufen. Es ist somit auch aus diesem Grund nicht auszuschliessen, dass IWB versucht sein könnte, höhere Preise in Bezug auf die Energielieferung aufgrund eines gegenüber Konkurrenten allfällig ineffizienteren Vertriebssystems mit Sonderkonditionen bei der Berechnung und Verrechnung der NNE zu kompensieren.

182. Zudem bestehen Anhaltspunkte, dass aufgrund der unterschiedlichen Berechnung und Verrechnung der NNE lokal bestimmte Grosskunden verglichen mit anderen Grosskunden im Netzgebiet der IWB benachteiligt werden könnten, indem sie aufgrund der jeweils von IWB gewählten Berechnungsmethodik *unterschiedliche Preise* zu bezahlen haben («secondary-line-discrimination»). Je nachdem, [...] allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt oder gar nicht ausgeglichen werden [...], resultieren voneinander abweichende Preise für *dieselbe Leistung*.

¹²² Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 i.S. Untersuchung 32-0235 gemäss Art. 27 KG betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (Fn 85), Rz 903.

¹²³ IVO VAN BAELE/JEAN-FRANÇOIS BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4. Aufl. 2005, 917.

¹²⁴ Urteil des EuGH vom 7.10.1999 T-228/97, *Irish Sugar plc*, Rz 141.

¹²⁵ Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 i.S. Untersuchung 32-0235 gemäss Art. 27 KG betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (Fn 85), Rz 912 ff.

¹²⁶ Vgl. Abschnitt B.3.3.1.1.1.

¹²⁷ Vgl. oben Rz 84 und 87.

¹²⁸ Vgl. Eingabe IWB vom 22.3.2019, 10.

¹²⁹ Eingabe GVM vom 21.12.2018, Rz 11 ff.

183. Die unterschiedliche Behandlung von gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Grosskunden hinsichtlich der Berechnung und Verrechnung der NNE lokal, je nachdem ob diese von IWB oder einem Dritten beliefert werden, lässt sich soweit ersichtlich *nicht auf sachlich nachvollziehbare Kriterien zurückführen*. Es ist zurzeit kein Grund ersichtlich, weshalb der Gebührentarif nicht auch bei sämtlichen eigenbelieferten Grosskunden, denen der Netzzugang gewährt würde, fortlaufend angewendet werden kann, wie dies bei drittbeforzten Endkundinnen und Endkunden praktiziert wird.

B.3.3.1.3.2 Wettbewerbsbehinderung resp. Benachteiligung durch unterschiedliche Margen bei der Weiterverrechnung der NNE regional oder überregional

184. Eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden, die auf den von IWB weiterverrechneten Kosten für die Nutzung des regionalen und überregionalen Netzes eine Marge zu bezahlen haben, werden gegenüber Endkundinnen und Endkunden, denen bei der Weiterverrechnung dieser Kosten eine tiefere oder gar keine Marge in Rechnung gestellt wird, möglicherweise benachteiligt, indem sie aufgrund der Marge höhere Preise für dieselbe Leistung bezahlen müssen.¹³⁰ Dies könnte unter Umständen einen Ausbeutungsmissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen. Auch diese unterschiedliche Behandlung von bestimmten Grosskunden im Netzgebiet von IWB, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung für den Netzzugang erfüllen, lässt sich soweit ersichtlich nicht auf sachlich nachvollziehbare Kriterien zurückführen. Diesbezüglich ist anzumerken, dass hinsichtlich der unterschiedlichen verwendeten Margen bei der Weiterverrechnung der NNE regional und überregional auf den ersten Blick kein Zusammenhang zwischen der Marge, dem Verbrauch und der beanspruchten Leistung erkennbar ist.¹³¹

B.3.3.1.4 Zwischenfazit

185. Aufgrund der in der Vorabklärung erlangten Informationen liegen Anhaltspunkte vor, dass IWB versuchen könnte, durch die Gewährung von Sonderkonditionen bei der Berechnung und Verrechnung des NNE lokal für eigenbelieferte Grosskunden Anreize zu setzen, dass diese auf einen Lieferantenwechsel verzichten. Durch dieses Verhalten könnte IWB Drittlieferanten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Grosskunden behindern. Aufgrund des unterschiedlichen Vorgehens von IWB bei der Berechnung und Verrechnung des NNE lokal, je nachdem, ob es sich um eine eigen- oder eine drittbeforzte Endkundin bzw. einen eigen- oder einen drittbeforzten Endkunden handelt, bestehen zudem Anhaltspunkte, dass IWB bestimmte Grosskunden gegenüber anderen Grosskunden benachteiligen könnte. Die unterschiedliche Bepreisung für dieselbe Leistung in Abhängigkeit davon, ob eine Eigen- oder eine Drittbeforzung vorliegt, lässt sich zurzeit nicht auf sachlich nachvollziehbare Kriterien zurückführen. Schliesslich könnte aufgrund der Tatsache, dass IWB einigen Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet bei der Weiterverrechnung

des NNE regional und überregional unterschiedliche hohe respektive keine Margen in Rechnung stellt, ein Ausbeutungstatbestand vorliegen.

B.3.3.1.5 Rechtfertigungsgründe

186. Damit auf eine unzulässige Diskriminierung geschlossen werden kann, darf eine solche Diskriminierung zudem nicht durch sachliche Gründe (Legitimate Business Reasons¹³²) gerechtfertigt sein. Dabei kann zwischen objektiven Rechtfertigungsgründen und Effizienzgründen unterschieden werden.¹³³ Die Praxis der WEKO nimmt diesbezüglich auch Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.¹³⁴

187. Rechtfertigungsgründe für die möglicherweise kartellrechtswidrige Verhaltensweise sind zurzeit keine ersichtlich.

B.3.3.2 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)

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

- i. Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt;
- ii. durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;
- iii. die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine «Legitimate Business Reasons»).

189. Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung werden nachfolgend die Einschränkung des Absatzes (i.) und die Behinderung (ii.) zusammen geprüft.

B.3.3.2.1 Einschränkung des Absatzes und Behinderung

190. Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten.¹³⁵ Erfasst werden Verhaltensweisen, die den Marktzugang von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten

¹³⁰ Vgl. Abschnitt B.3.3.1.1.2.

¹³¹ Schreiben IWB vom 22.3.2019, 8.

¹³² Vgl. oben Rz 156.

¹³³ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 65 ff.

¹³⁴ Vgl. RPW 2011/1, 165 Rz 408, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹³⁵ Vgl. JÜRIG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 26; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 425; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 91), Art. 7 KG N 235 und 246.

künstlich beschränken, ohne dass dies Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs ist.¹³⁶

191. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stellt eine Ergänzung der übrigen spezifischen Behinderungstatbestände in Art. 7 Abs. 2 KG dar.¹³⁷ Dabei sollen nur Verhaltensweisen erfasst werden, welche die Produkte von Konkurrenten weniger attraktiv und absetzbar machen, nicht aber solche, welche zur Verbesserung der eigenen Produkte dienen.¹³⁸ Aus ökonomischer Sicht geht es um die Gewährleistung von Expansions- und Zugangsmöglichkeiten zugunsten der Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens, zur Ermöglichung/Erhaltung des Wettbewerbsdrucks.¹³⁹ Gemäss Lehre kann auch ein Diskriminierungstatbestand im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllen. Dies insbesondere dann, wenn es sich um eine «primary-line-discrimination» handelt (vgl. vorangehend, Rz 168 f.).¹⁴⁰

192. Unter «Einschränkung des Absatzes» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken.¹⁴¹ Erfasst wird dabei sowohl die Beschränkung des eigenen Absatzes als auch die Einwirkung auf den Absatz von Konkurrenten.¹⁴²

193. Wie vorangehend ausgeführt,¹⁴³ bestehen Anhaltspunkte dafür, dass IWB mit der Berechnung und Verrechnung der NNE den Absatz von Drittlieferanten zugunsten der eigenen Erdgasvertriebspartie einschränken und damit Drittlieferanten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB behindern könnte.

B.3.3.2.2 Rechtfertigungsgründe

194. Es sind zurzeit keine Gründe ersichtlich, welche die allenfalls kartellrechtswidrige Verhaltensweise von IWB rechtfertigen könnten.

B.3.3.2.3 Fazit

195. Aufgrund der vorangehenden Erwägungen bestehen Anhaltspunkte dafür, dass IWB aufgrund diskriminierender Berechnung und Verrechnung von NNE sowohl Endkundinnen und Endkunden benachteiligen als auch Drittlieferanten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Markt für Erdgaslieferung an gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB behindern könnte.

B.4 Verhaltensanpassungen

196. IWB hat die Bedenken des Sekretariats basierend auf den vorangehenden Erwägungen aufgenommen und folgende Verhaltensanpassungen angekündigt:

B.4.1 Unbundling

197. IWB wird künftig bei sämtlichen nach Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden die Positionen Gaslieferung, NNE lokal und

die Kosten für die Nutzung des vorgelagerten Netzes (NNE regional und NNE überregional) in den Rechnungen separat aufführen.¹⁴⁴

B.4.2 Verwendung von SAP

198. IWB wird künftig bei sämtlichen nach Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden eine auf SAP abgestützte automatisierte Rechnungsvorbereitung durchzuführen. Dies ermöglicht es, den Gebührentarif wie bei drittbeforzten Endkundinnen und Endkunden direkt anzuwenden, und ist gemäss IWB die Voraussetzung, damit das NNE lokal auch den eigenbeforzten Grosskunden basierend auf Ist-Werten verrechnet werden kann.¹⁴⁵

B.4.3 Berechnung der Netznutzungsentgelte auf Basis von Ist-Werten

199. IWB wird künftig bei sämtlichen nach Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden die NNE lokal auf Basis von Ist-Werten jährlich abrechnen,¹⁴⁶ wie dies bereits heute bei drittbeforzten Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der IWB praktiziert wird. Damit wird im Ergebnis der IWB-Gebührentarif direkt angewendet.

B.4.4 Keine Marge auf Netznutzungsentgelten für die Nutzung der vorgelagerten Netze

200. IWB wird künftig bei sämtlichen nach der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden darauf verzichten, eine Marge auf den weiterverrechneten Kosten für die Nutzung der vorgelagerten Netzebenen zu erheben.¹⁴⁷ Damit wird das Vorgehen von IWB jenem bei drittbeforzten Endkundinnen und Endkunden in den Rechnungen an Drittlieferanten entsprechen.

B.4.5 Umsetzungszeitpunkt der Verhaltensanpassungen

201. Die Umstellung auf eine Verrechnung der NNE lokal basierend auf Ist-Werten setzt je nach Inhalt der mit einzelnen Endkundinnen und Endkunden abgeschlossenen Spezialverträge voraus, dass diese im gegenseitigen Einvernehmen entsprechend angepasst respektive neue Verträge abgeschlossen werden. Auch hinsichtlich der weiteren Verhaltensanpassungen von

¹³⁶ CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 91), Art. 7 Abs. 2 KG N 235.

¹³⁷ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 397 f.

¹³⁸ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 399 und 436.

¹³⁹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 431, m. w. H.

¹⁴⁰ Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG, Rz 1022.

¹⁴¹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 418 und 441.

¹⁴² ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 KG N 141; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, N 688.

¹⁴³ Vgl. Abschnitt B.3.3.1.3.

¹⁴⁴ Vgl. Schreiben IWB vom 20.5.2019, 1.

¹⁴⁵ Vgl. Schreiben IWB vom 20.5.2019, 1 f.

¹⁴⁶ Vgl. Schreiben IWB vom 20.5.2019, 1.

¹⁴⁷ Vgl. Schreiben IWB vom 20.5.2019, 2.

IWB sind bestehende Verträge zu überarbeiten und erforderlichenfalls zu kündigen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden, die für die Gaslieferung und die Netznutzung zurzeit einen Fixpreis bezahlen. Vor diesem Hintergrund wird IWB die Verhaltensanpassungen im Sinne eines Gesamtpakets möglichst auf den 1. Oktober 2019 (Beginn des neuen Gasjahres) vornehmen. Nach Einschätzung von IWB dürfte das Gros der betroffenen Endkundinnen und Endkunden die neuen Verträge akzeptieren.¹⁴⁸ Falls dies nicht der Fall sein sollte, wird IWB den betreffenden Vertrag auf den frühestmöglichen Zeitpunkt kündigen und einen neuen Vertrag mit der Endkundin bzw. dem Endkunden abschliessen, der die vorstehend erwähnten Verhaltensanpassungen berücksichtigt.¹⁴⁹ In solchen Konstellationen sind Belege über Kontaktaufnahmen und Offerten seitens IWB zur Vertragsanpassung einzureichen.

B.4.6 Ergebnis

202. Grundsätzlich besteht im Kartellrecht ein Verfolgungszwang bezüglich direkt sanktionierbarer Tatbestände. Dennoch führen in der Praxis nicht alle Vorabklärungen, welche Anhaltspunkte für direkt sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen ergeben, zu einer Untersuchungseröffnung. Wichtige Faktoren stellen dabei einerseits Verhaltensanpassungen und andererseits die Art und Schwere der mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung, deren volkswirtschaftliche Bedeutung und Opportunitätsgründe dar.¹⁵⁰

203. Die von IWB in Aussicht gestellten Verhaltensanpassungen sind grundsätzlich geeignet, um die Bedenken hinsichtlich möglicher unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen durch Diskriminierung von drittbeforzten Endkundinnen und Endkunden gegenüber eigenbelieferten Grosskunden bei der Berechnung und Verrechnung von NNE für die Nutzung des IWB-Netzes zu beseitigen. Zudem erscheinen die Verhaltensanpassungen geeignet, die möglicherweise aufgrund des diesbezüglichen Verhaltens von IWB resultierende Behinderung von Konkurrenten im Markt für Erdgaslieferung an aufgrund der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB zu beseitigen.

204. Durch die Entflechtung der Netzkosten von den Kosten für die Gaslieferung in den Rechnungen für sämtliche gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden im Rahmen des Unbundlings erhalten diese Transparenz über die Höhe des von ihnen zu entrichtenden Preises für die Gaslieferung. Diese Transparenz erleichtert es ihnen, im Bereich der Erdgaslieferung mittels Einholung von Offerten durch Konkurrenzunternehmen Preisvergleiche vorzunehmen, was dem Wettbewerb förderlich sein wird. Mit den weiteren von IWB angekündigten Verhaltensanpassungen wird sichergestellt, dass die eigen- und drittbeforzten Endkundinnen und Endkunden bei der Berechnung und Verrechnung des NNE im Ergebnis gleich behandelt werden.

205. Die aufgrund des fehlenden Unbundlings gegenwärtig vorhandene Intransparenz ist mitunter auch ein weiterer Faktor, welcher die an sich schon hohe technische Komplexität der Materie zusätzlich verstärkt. Über-

dies müssten in einer Untersuchung weitere umfassendere Detailabklärungen im Hinblick auf eine kartellrechtliche Verurteilung gemacht werden (bspw. Margen und Kostenstrukturen von Drittlieferanten), die einen relativ hohen Arbeitsaufwand verursachen würden.

206. Vor dem Hintergrund der Verhaltenszusagen und der damit verbundenen Beseitigung der Bedenken des Sekretariats hinsichtlich einer möglichen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung kann auf die Aufnahme und das Führen dieser aufwändigen und vielschichtigen Untersuchungsmassnahmen verzichtet werden, sofern IWB die in Aussicht gestellten Verhaltensanpassungen per 1. Oktober 2019 umsetzt.

207. Zusammenfassend erscheint daher vor dem Hintergrund eines im vorliegenden Fall relativ grossen Untersuchungsaufwandes und der gemachten Verhaltenszusagen sowie der damit verbundenen Beseitigung der Bedenken des Sekretariats hinsichtlich einer möglichen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung die Einstellung der Vorabklärung als verhältnismässig.

B.5 Zusammenfassung

208. Die Vorabklärung hat im Wesentlichen Folgendes ergeben:

- Der Netzzugang und die damit verbundenen Dienstleistungen zum Transport- und Verteilnetz für Erdgas können in aller Regel als natürliche Monopole angesehen werden, da es zu kostenintensiv wäre, wenn andere Anbieter parallele Rohrleitungsnetze aufbauen würden. Daher bestehen Anhaltspunkte, dass IWB auf dem **Markt für Erdgasverteilung über die Niederdruckrohrleitungen von IWB als marktbeherrschendes Unternehmen** im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.¹⁵¹
- IWB hat in ihrer Rolle als lokale Netzbetreiberin und Monopolistin die Möglichkeit, die an ihr Erdgasnetz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden hinsichtlich der Art und Weise der Berechnung und Verrechnung der Netznutzungsentgelte unterschiedlich zu behandeln. Insofern ist IWB dazu in der Lage, hinsichtlich den Abwicklungsmodalitäten im Bereich der Netznutzung **finanzielle Anreize** zu setzen, um die gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten **eigenbelieferten** Endkundinnen und Endkunden davon abzuhalten, den **Erdgaslieferanten zu wechseln**.¹⁵²

¹⁴⁸ Schreiben IWB vom 20.5.2019, 2.

¹⁴⁹ Je nach Vertrag divergieren die zwischen IWB und eigenversorgten Grosskunden vereinbarten Kündigungsfristen. Nach unbenütztem Ablauf der Kündigungsfrist verlängern sich die Verträge in der Regel um ein weiteres Jahr.

¹⁵⁰ BEURET in: DIKE-Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 26 N 42 f.; RPW 2017/1, 94 Rz 174 ff., Interconnect Peering.

¹⁵¹ Vgl. oben Rz 142 f.

¹⁵² Vgl. oben Rz 144.

- Die NNE lokal, die von den an ihr Netz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden zu entrichten sind, werden von IWB **unterschiedlich** berechnet:
 - Für Endkundinnen und Endkunden, die **drittbeliefert** werden, werden die NNE mittels [...] berechnet.¹⁵³
 - Für Endkundinnen und Endkunden, die von **IWB** mit Erdgas beliefert werden, werden die NNE auf Basis von [...] und mittels **«spezifischer Preise»** berechnet.¹⁵⁴
- Da die NNE lokal für eigen- und drittbelieferte Endkundinnen und Endkunden auf unterschiedliche Art und Weise berechnet werden, resultieren **bei gleichem Verbrauch und gleicher Leistungsspitze unterschiedliche Preise**. In zwei der drei vorliegend näher untersuchten Konstellationen wäre von den betreffenden eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden ein höherer Preis für die Netznutzung erhoben worden, wenn das NNE lokal gemäss dem von IWB für drittbelieferte Endkundinnen und Endkunden praktizierten Vorgehen verrechnet worden wäre.¹⁵⁵
- Je nach Erdgaslieferprodukt werden diese Differenzbeträge hinsichtlich des Preises für die Netznutzung, die aufgrund der Vorgehensweise von IWB bei der Berechnung des NNE lokal bei den näher betrachteten eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden entstehen, **nach Ende der Vertragsdauer [...]** oder **gar nicht [...]** ausgeglichen.¹⁵⁶
- Aufgrund der **unterschiedlichen Berechnung des NNE lokal sowie des divergierenden Vorgehens hinsichtlich des Ausgleichs der hieraus resultierenden Differenzbeträge** besteht die Möglichkeit, dass IWB bestimmte eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden gegenüber drittbelieferten Endkundinnen und Endkunden im Bereich der Netznutzung preislich bevorteilt, mit der Absicht, diese von einem Lieferantenwechsel abzuhalten. Dabei könnte es sich um eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG handeln (Behinderungsmisbrauch). Im Falle einer Untersuchungseröffnung wäre dies etwa aufgrund von Konkurrenzangeboten zur Belieferung von eigenversorgten Grosskunden näher zu verifizieren.¹⁵⁷
- Zudem bestehen Anhaltspunkte, dass IWB drittbelieferte Grosskunden gegenüber eigenbelieferten Grosskunden in ihrem Netzgebiet benachteiligen könnte, indem diese bei gleichem Verbrauch und gleicher Leistung aufgrund der unterschiedlichen Vorgehensweise von IWB bei der Berechnung und Verrechnung des NNE lokal in der Regel höhere Preise zu bezahlen haben. Die **unterschiedliche Behandlung von gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Grosskunden hinsichtlich der Berechnung und Verrechnung der NNE lokal**, je nachdem ob diese von IWB oder einem Dritten beliefert werden, lässt

sich zurzeit nicht auf sachlich nachvollziehbare Kriterien zurückführen. Bei diesem Verhalten von IWB könnte es sich um einen **Ausbeutungstatbestand** im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG handeln. [...].¹⁵⁸

- Weiter bestehen Anhaltspunkte, dass IWB bestimmte Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet benachteiligt, indem IWB in ihrer Rolle als lokale Netzbetreiberin bei der **Weiterverrechnung der Kosten für die Nutzung der vorgelagerten Netze** je nach Endkundin oder Endkunde unterschiedlich hohe Margen erhebt. Aufgrund der in der Vorabklärung erhaltenen Informationen ist bei den hiervon betroffenen Endkundinnen und Endkunden kein Zusammenhang zwischen der Höhe der Marge, dem Verbrauch und der beanspruchten Leistung erkennbar. In diesem Zusammenhang könnte ein Ausbeutungstatbestand im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG vorliegen.¹⁵⁹
- Schliesslich bestehen Anhaltspunkte dafür, dass IWB **aufgrund des Vorgehens bei der Berechnung und Verrechnung der NNE den Absatz von Drittlieferanten zugunsten der eigenen Erdgasvertriebssparte einschränkt** und damit Drittlieferanten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Markt für Erdgaslieferung an aufgrund der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von IWB behindern könnte (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG). Die Anhaltspunkte ergeben sich aufgrund der in der Regel tieferen Preise für die Netznutzung für die in der Vorabklärung näher betrachteten eigenbelieferten Grosskunden gegenüber einer Drittlieferung.¹⁶⁰

C Kosten

209. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG¹⁶¹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

210. Im Vorabklärungen nach Art. 26 KG besteht eine Gebührenpflicht (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG), wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Verfahrensbeitragsberechtigten unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.¹⁶²

¹⁵³ Vgl. oben Rz 63 ff.

¹⁵⁴ Vgl. oben Rz 73 ff.

¹⁵⁵ Vgl. oben Rz 84, 87 und 158 ff.

¹⁵⁶ Vgl. oben Rz 79 ff. und 85 ff.

¹⁵⁷ Vgl. oben Rz 158 ff. und 178 f.

¹⁵⁸ Vgl. oben Rz 158 ff. und 181.

¹⁵⁹ Vgl. oben Rz 164 und 183 f.

¹⁶⁰ Vgl. oben Rz 187 ff.

¹⁶¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹⁶² RPW 2002/3, S. 546 f. E 6.1, *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

211. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Gebührenfreiheit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG nicht erfüllt. Es liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vor. Auf die Eröffnung einer Untersuchung wird insbesondere unter der Voraussetzung verzichtet, dass IWB die per 1. Oktober 2019 angekündigten Verhaltensanpassungen umsetzt.

212. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

213. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120 bis 290. Die aufgewendete Zeit beträgt 726 Stunden zum Stundenansatz von CHF 200 und 20 Stunden zum Stundenansatz von CHF 290. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 151 000.

D Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt, die vorangehenden Erwägungen und die von IWB gemachten Verhaltenszusagen,

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. stellt fest, dass IWB die vorliegend als kritisch beurteilten Verhaltensweisen per 1. Oktober 2019 aufgeben wird. Falls der Verhaltensanpassung Vertragsbestimmungen entgegen stehen sollten, die aufgrund der Kündigungsfristen nicht auf den 1. Oktober 2019 aufgehoben werden können, wird IWB den betreffenden Vertrag auf den frühestmöglichen Zeitpunkt einseitig kündigen;
3. verzichtet vorläufig darauf, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, sofern IWB die Verhaltensanpassungen nach Abschnitt B.4 umsetzt;
4. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit;
5. erhebt Verfahrenskosten von 151 000 Franken.
6. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	2. Beratung Meldepflicht

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

I. Sachverhalt

Die [X AG] betreibt eine für Nutzer und Inserenten grundsätzlich kostenlose [...]plattform. Langfristig soll sich [X AG] mit ihrem [...]portal im hartumkämpften Markt etablieren. Die Aktien von [X AG] werden von [10–20 X-Aktionären] gehalten, wobei keiner der Aktionäre mehr als [10 %] des Aktienkapitals hält.

[...] [Y AG] gehört [200–400] Kleinaktionären, wobei keiner der Aktionäre über mehr als 5 % der Aktien an [Y AG] verfügt. [Y AG] nimmt nicht als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess teil.

Die Aktionäre von [X AG] planen, ihre Aktien als Sacheinlage in die neu zu gründende [Z Holding] [...] mit Sitz in Zürich einzubringen. [Z Holding] soll die Interessen der Aktionäre gegenüber [X AG] vertreten und der administrativen Vereinfachung für die [X-Aktionäre] dienen. [Z Holding] wird nicht als Nachfragerin oder Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess teilnehmen. Keine[r] der [X-Aktionäre] wird über ein Vetorecht bei der Willensbildung in der [Z Holding] verfügen und Beschlüsse sollen mit Zweidrittelmehrheit getroffen werden. Folglich sollen wechselnde Koalitionen möglich sein.

[Y AG] soll durch die geplante Transaktion über eine Kapitalerhöhung der [X AG] 50% der Aktien (und Stimmrechte) von [X AG] erwerben. Nach Abschluss der Transaktion werden [Z Holding und Y AG] je 50 % des Aktienkapitals (und der Stimmrechte) der [X AG] halten. Bei [Y AG] bestehen keine über das Obligationenrecht hinausgehende Minderheitsrechte und Beschlüsse werden mit absoluter Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen gefällt, womit auch hier wechselnde Koalitionen möglich sein sollen.

Der Verwaltungsrat der [X AG] soll sich künftig aus maximal acht Verwaltungsräten zusammensetzen, wobei jeweils im Minimum zwei und maximal drei Mitglieder von [Z Holding und Y AG] nominiert werden sollen und diese Personen ebenfalls Verwaltungsräte von [Z Holding bzw. Y AG] sind. Die restlichen Verwaltungsräte und insbesondere der Präsident des Verwaltungsrats (mit Stichentscheid) sollen unabhängige Personen sein. Können sich die Aktionäre nicht auf einen Präsidenten einigen, nominiert der Präsident der Zürcher Handelskammer eine unabhängige Person als Präsidenten des

Verwaltungsrats. Die Parteien verpflichten sich diesbezüglich, bei der Wahl des Präsidenten ihre Stimmkraft an der Generalversammlung entsprechend dieser Nomination auszuüben. Ansonsten unterliegen die entsandten Verwaltungsräte keiner Stimmbindung.

Im Verwaltungsrat und in der Generalversammlung von [X AG] werden Entscheide jeweils mit Mehrheit der anwesenden Stimmen gefällt. Im Verwaltungsrat sind Pattsituationen aufgrund des Stichentscheids des Präsidenten ausgeschlossen. An der Generalversammlung kann bei Ablehnung eines Entscheids (fehlende Mehrheit) die unterliegende Partei eine Mediation veranlassen. Ist diese Mediation nicht erfolgreich, kann ein Schiedsgericht angerufen werden. [...] Bei [X AG] bestehen keine Minderheits- oder Vetorechte und wechselnde Koalitionen im Aktionariat in Bezug auf wesentliche Geschäftsentscheide sollen möglich sein.

II. Fragestellung

Mit der Beratungsanfrage wird das Sekretariat um Bestätigung ersucht, dass die Auffassung, wonach die vorliegende Transaktion keinen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 KG darstellt und diese daher unabhängig der Umsatzschwellen nicht meldefähig bzw. meldepflichtig ist, richtig ist.

III. Beurteilung

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

Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU¹ einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

Die Gründung der [Z Holding] ist vorliegend – wie von den Anfragenden zutreffend ausgeführt – nicht als Unternehmenszusammenschluss nach Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 KG zu qualifizieren, da [Z Holding] auf Dauer nicht alle Funktionen einer selbständigen Einheit erfüllt.

Die geplante Transaktion führt dazu, dass [X AG] neu nicht mehr nur von [den X-Aktionären] gehalten wird, sondern dass die Aktien von [X AG] neu zu je 50 % [Y AG und Z Holding] – die wiederum von den [X-Aktionären] gehalten wird – gehören. Um beurteilen zu können, ob ein meldepflichtiger Zusammenschluss vorliegt, muss vorliegend die Frage beantwortet werden, ob [Y AG] und [Z Holding] gemeinsame Kontrolle über [X AG] ausüben.

Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das kontrollierte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen.² Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.³ Ist die gemeinsame Beschlussfassung für strategische geschäftspolitische Entscheidungen nicht explizit vorgesehen, wird ein Unternehmen dennoch gemeinsam kontrolliert, wenn zwei oder mehr kontrollierende Unternehmen z.B. mittels Vetorechten strategische Entscheidungen blockieren können, was zur Folge hat, dass die beteiligten Unternehmen die Geschäftspolitik gemeinsam festlegen müssen.⁴ Schliesslich können die beteiligten Unternehmen auch ohne Vetorechte die gemeinsame Kontrolle erlangen, wenn sie bei der Ausübung der Stimmrechte gemeinsam handeln. Dies kann das Ergebnis einer Stimmrechtsbindung sein oder sich in seltenen Fällen de facto aufgrund gemeinsamer Interessen ergeben.⁵ Die einheitliche Stimmrechtsausübung lässt sich dabei durch eine Stimmbindungsvereinbarung oder über eine gemeinsam kontrollierte Holdinggesellschaft erreichen.⁶

Gemäss den vorliegenden Informationen ist für Beschlüsse von [X AG] keine Einstimmigkeit vorgesehen und die [Y AG und Z Holding] müssen bei wichtigen Entscheidungen nicht zwingend Übereinstimmung erzielen. Vielmehr werden Beschlüsse mit der Mehrheit der vertretenen Stimmen gefällt. Daher stellt sich die Frage, ob strategische Entscheidungen allenfalls von einzelnen Aktionären blockiert werden können. Aufgrund des Stichentscheids des (unabhängigen) Verwaltungsratspräsidenten sind Pattsituationen im Verwaltungsrat ausgeschlossen. Auch in der Generalversammlung ist die Blockierung durch einen der Aktionäre ausgeschlossen, da die Parteien einen Mechanismus vorsehen, um Uneinigkeiten zu beseitigen.⁷ Schliesslich bestehen keine Minderheits- oder Vetorechte für einzelne Aktionäre, die eine Blockierung ermöglichen würden. Daher liegt für einzelne Aktionäre keine Möglichkeit vor, die Entscheidung von [X AG] zu blockieren.

Weiter ist zu prüfen, ob zwischen den Verwaltungsräten bzw. den Aktionären eine Stimmbindung besteht. Dabei ist zu erwähnen, dass künftig alle Aktien der [X-Aktionäre] in der [Z Holding] eingebracht werden. Dies könnte zu einer einheitlichen Stimmrechtsausübung führen. Mangels ausführlicherer Informationen kann das Sekretariat nicht abschliessend beurteilen, ob dies der Fall ist. Die Gründung der [Z Holding] erfolgt nach den vorliegenden Angaben zur administrativen Vereinfachung

sowie zur Interessenwahrnehmung der [X-Aktionäre]. Mit diesen Informationen ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass [Z Holding] der Koordination der Stimmrechtsausübung dient. Vielmehr liegt der Schluss nahe, dass die Verwaltungsräte von [Z Holding] je nach Geschäft bei [X AG] wechselnde Mehrheiten bilden. Auch bezüglich [Y AG] liegen keine Informationen vor, die auf eine gemeinsame Stimmausübung der Verwaltungsräte von [Y AG bei X AG] schliessen lassen.

Eine gemeinsame Kontrolle könnte zuletzt aufgrund gemeinsamer Interessen vorliegen. Gemeinsame Interessen können vorrangig aus einem hohen Grad gegenseitiger Abhängigkeit der Mutterunternehmen bei der Verwirklichung der strategischen Ziele bestehen, wenn jedes Mutterunternehmen lebenswichtige Leistungen für die Gemeinschaftsunternehmen erbringt.⁸ Schliesslich ist anzumerken, dass die Möglichkeit wechselnder Koalitionen der Muttergesellschaften eine gemeinsame Kontrolle regelmässig ausser Betracht fallen lässt.⁹

Das Aktionariat der [X AG] hat zwar ein einheitliches Interesse an einer wachsenden Bedeutung von [X AG] im Markt, vor allem auch im Hinblick auf die starke Konkurrenz seitens anderer Mitbewerber. Daneben verfolgt die grosse Zahl von Aktionären aber teilweise unterschiedliche Interessen. Es ginge daher vorliegend zu weit, davon auszugehen, dass die Aktionäre in hohem Grad voneinander abhängig wären. Dies gilt sowohl für das Verhältnis der Aktionäre der [X AG] gegenüber [X AG] selbst als auch für das Verhältnis der Aktionäre untereinander. Den Ausführungen der Anfragenden diesbezüglich ist daher zuzustimmen. Folglich ist auch davon auszugehen, dass das Aktionariat je nach Geschäft unterschiedliche Koalitionen im Verwaltungsrat und der Generalversammlung bilden wird.

IV. Fazit

Mangels gemeinsamer Kontrolle von [Z Holding und Y AG über X AG] liegt kein meldepflichtiger Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 KG vor.

¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

² PATRIK DUCREY, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Von Büren/David (Hrsg.), Basel 2000, 239 f.

³ RPW 2017/3, 471 Rz 31, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2005/2, 349 Rz 23, *Swissgrid*.

⁴ RPW 2017/3, 471 Rz 31, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2006/3, 480 Rz 36, *Atel – EOSH-Aktiven*.

⁵ RPW 2017/3, 471 Rz 31, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2006/3, 480 Rz 37, *Atel – EOSH-Aktiven*; vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.2.2009, S. 10 ff., Rz 74 ff. (im Folgenden: EU-Zuständigkeitsmitteilung).

⁶ RPW 2012/4, 848 Rz 28, *Migros/Galaxus*; vgl. auch MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 289 ff.

⁷ Vgl. Beratungsanfrage vom [...].

⁸ Vgl. EU-Zuständigkeitsmitteilung (Fn. 5), Rz 77; RPW 2012/4, 848 Rz 31, *Migros/Galaxus*.

⁹ Vgl. EU-Zuständigkeitsmitteilung (Fn. 5), Rz 80; BSK KG-REINERT (Fn. 6), Art. 4 Abs. 3 KG N 224; vgl. auch DUCREY (Fn. 2), 240.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Stöckli Ski

Verfügung vom 19. August 2019 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Stöckli Ski wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG gegen Stöckli Swiss Sports AG, in Wolhusen vertreten durch [...].

A. Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

Fokus der Untersuchung

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 22. Oktober 2018 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) aufgrund der im Rahmen der Vorabklärung ermittelten Anhaltspunkte für mögliche Verstösse gegen Art. 5 KG¹ eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die Stöckli Swiss Sports AG (nachfolgend: Stöckli). Im Zentrum der Untersuchung standen Anhaltspunkte für möglicherweise unzulässige vertikale Preisabreden² gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zwischen Stöckli und den Stöckli Händlern³ betreffend Stöckli Skis⁴ bzw. Stöckli Produkte⁵.

2. Neben den mutmasslichen Preisabreden bestanden gestützt auf die Vertriebsverträge Anhaltspunkte für unzulässige vertikale Abreden über ein Verbot des Online-Handels⁶ und für ein Verbot von Querlieferungen⁷ zwischen Stöckli Händlern.⁸ Weiter lagen aufgrund der Verträge Anhaltspunkte für unzulässige vertikale Gebietschutzabreden zwischen Stöckli und ausländischen Händlern vor, die Parallel- und Direktimporte von Stöckli Skis bzw. Stöckli Produkten von Stöckli Händlern sowie Endkundinnen und Endkunden in die Schweiz möglicherweise beschränken.⁹

3. Eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung der möglicherweise unzulässigen vertikalen Abreden über ein Verbot des Online-Handels, ein Verbot von Querlieferungen und unzulässigen vertikalen absoluten Gebietsschutzabreden hätte zusätzliche Ermittlungsmassnahmen verlangt. Angesichts des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung, welche auch das zukünftige Verhalten von Stöckli bezüglich Online-Handel, Querlieferungen unter zugelassenen Stöckli Händlern und Umgang mit Parallel- und Direktimporten hinsichtlich Stöckli Produkten umfasst (vgl. unten, Rz 69), verzichtete das Sekretariat auf weitere diesbezügliche Ermittlungen

und eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung.

4. Die ersten Hinweise für möglicherweise unzulässige vertikale Preisabreden bezogen sich auf Stöckli Skis. Dementsprechend konzentrierte sich die durchgeführte Marktbefragung auf Stöckli Skis.¹⁰ Stöckli erzielte den überwiegenden Anteil des Umsatzes zudem mit Wintersportartikeln, insbesondere mit dem Verkauf von Skis mit Bindung (inklusive Platten).¹¹ Darüber hinaus beziehen sich [rund 61 % der] schriftlichen Vertriebsverträge mit Stöckli Händlern auf Stöckli Skis und [rund 39 % der] Verträge auf Stöckli Produkte.¹² Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände, aus Gründen der Verfahrensökonomie und der Verhältnismässigkeit sowie angesichts des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung, welche das zukünftige Verhalten von Stöckli hinsichtlich aller Stöckli Produkte umfasst (vgl. unten, Rz 69), verzichtete das Sekretariat auf weitere Ermittlungsmassnahmen bezüglich allfälliger Abreden über andere Stöckli Produkte als Skis und eine diesbezügliche abschliessende kartellrechtliche Beurteilung. Folglich standen in vorliegender Untersuchung die Stöckli Skis im Zentrum.

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

² Statt alle Verträge Act. [...].

³ Mit Händler ist vorliegend ein Wiederverkäufer von Stöckli Skis bzw. Stöckli Produkten gemeint, der wirtschaftlich und rechtlich von Stöckli unabhängig ist, ungeachtet dessen, ob zwischen dem Händler und Stöckli ein schriftlicher Vertrag besteht oder nicht (nachfolgend: Stöckli Händler).

⁴ Mit Stöckli Skis ist der Ski und die Bindung (inklusive Platten) gemeint (vgl. unten, Rz 4 und 49 ff.).

⁵ Stöckli hat neben Skis unter anderem Skibindungen, Skistöcke, Bekleidung und Accessoires im Sortiment, welche teilweise von Dritten hergestellt werden; vgl. <http://www.stoeckli.ch/chde> (6.5.2019).

⁶ Vgl. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b, c und d Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) und Rz 21 f. Erläuterungen der WEKO vom 12.6.2017 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen).

⁷ Vgl. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d VertBek.

⁸ Statt alle Verträge Act. [...].

⁹ Act. [...].

¹⁰ Act. [...].

¹¹ Act. [...].

¹² Act. [...].

Vertrieb von Stöckli Skis

5. Stöckli ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wolhusen und ist unter anderem in der Entwicklung, Konstruktion und Herstellung sowie im Handel und Vertrieb von Sportartikeln tätig.¹³ Stöckli vertreibt die vorliegend relevanten Stöckli Skis in der Schweiz einerseits über 16 Stöckli-Filialen, wobei es sich bei vier Filialen um Miet- und Servicecenter und bei einer Filiale um einen Outlet ohne Mietstation handelt, und andererseits im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems¹⁴, wozu [...] unabhängige Stöckli Händler zugelassen sind.¹⁵ Mit [80 % der] Stöckli Händler besteht ein schriftlicher Vertriebsvertrag.¹⁶ Das selektive Vertriebssystem von Stöckli ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Inhalt Bonusmeldung

6. Als Bestandteil der nach Untersuchungseröffnung von Stöckli eingereichten Bonusmeldung¹⁷ und diesbezüglichen Ergänzungen¹⁸ sind die bereits im Rahmen der Marktbeobachtung und der Vorabklärung freiwillig eingereichten Vertriebsverträge mit den Stöckli Händlern zu qualifizieren.¹⁹ Die Vertriebsverträge haben die nachfolgenden oder ähnlichen Bestimmungen enthalten: «Die Vertragspartnerin ist verpflichtet:

- in Bezug auf die bestellten Stöckli Ski die Schweizerischen Verkaufspreise der Stöckli Swiss Sports AG nicht zu unterbieten;
- keine Preise über Internet zu kommunizieren;
- keine Stöckli Ski über Internet zu verkaufen;
- keine Querlieferungen von Stöckli Ski vorzunehmen oder zu dulden».²⁰

7. [...] ²¹ In [rund 16 % der] Verträge war eine Konventionalstrafe [...] im Falle eines Verstosses gegen die Verpflichtung, die schweizerischen Verkaufspreise von Stöckli nicht zu unterbieten, geschuldet.²²

8. [...] ²³ [...] ²⁴

- [...]
- [...] ²⁵

9. Im Rahmen der Bonusmeldung anerkennt Stöckli, dass die Verträge die zuvor wiedergegebenen Klauseln enthalten bzw. enthalten haben. Stöckli anerkennt im Rahmen der einvernehmlichen Regelung zudem den ihr am 25. März 2019 präsentierten Sachverhalt.²⁶

10. Stöckli hat ihre Händler in der Schweiz mit Schreiben vom 21. Dezember 2018 über die Anpassung der Vertriebsverträge informiert und ihnen mit Schreiben vom 13. Januar 2019 die neuen Vertriebsverträge zugestellt. Die Verträge mit den Distributoren befinden sich zurzeit in Überarbeitung.²⁷

Ergebnis Marktbefragung

11. Die Antworten der im Rahmen der Vorabklärung befragten Stöckli Händler²⁸ belegen, dass der Anteil Stöckli Händler, der sich bei den zehn umsatzstärksten Skis der Saison 2017/2018 an die unverbindlichen Preisempfehlungen (nachfolgend: UVP) und damit an die schweizerischen Verkaufspreise von Stöckli gehalten hat, bei 88 % bis 95 % lag.²⁹ Zudem fühlten sich nicht alle Stöckli Händler in der Festsetzung ihrer Verkaufs-

preise frei.³⁰ Einige von ihnen gaben an, dass sie die UVP von Stöckli als verbindlich erachten, dass die UVP von Stöckli gemäss Vertrag bzw. gemäss Stöckli nicht unterboten werden sollten oder dass Stöckli vorgebe, die Stöckli Skis gemäss den UVP zu verkaufen.³¹ Insgesamt erhärtete das Ergebnis der Marktbefragung die Anhaltspunkte für Preisabreden zwischen Stöckli und den Stöckli Händlern.

A.2 Prozessgeschichte

12. Aufgrund von Hinweisen von Konsumentenseite, wonach ein Stöckli Händler auf Skis keine Rabatte gewähren würde, weil dies Stöckli so vorgebe, forderte das Sekretariat Stöckli am 8. Februar 2018 im Rahmen einer Marktbeobachtung nach Art. 45 Abs. 1 KG erstmals auf, zum Vorwurf allfälliger vertikaler Preisabreden Stellung zu nehmen und dem Sekretariat zusätzliche Fragen zu beantworten.³²

13. Zwischen dem 9. März 2018 und dem 20. Mai 2019 übermittelte Stöckli dem Sekretariat Zusatzinformation, die vorhandenen Vertriebsverträge mit den Schweizer Stöckli Händlern, Exemplare der Vertriebsverträge mit deutschen Stöckli Händlern und die Vertriebsverträge mit den ausländischen Distributoren.³³

14. Am 2. Mai 2018 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG. Gleichzeitig führte das Sekretariat im Zeitraum von Mai 2018 bis Februar 2019 eine Befragung aller dem Sekretariat bekannten Stöckli Händler in der Schweiz mittels Auskunftsbefragen durch.³⁴

¹³ Siehe den Handelsregistereintrag von Stöckli, abrufbar unter: <https://lu.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?jsessionid=102b05ce029e412a748dad4dd1db?uid=CHE-105.941.985> (6.5.2019).

¹⁴ Im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems verpflichtet sich der Anbieter, die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden und die Händler verpflichten sich, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind (vgl. Ziff. 4 Abs. 1 VertBek).

¹⁵ Act. [...]; siehe auch: <https://www.stoeckli.ch/chde/shop/filialen-finden> (6.5.2019); Act. [...].

¹⁶ Act. [...].

¹⁷ Act. [...].

¹⁸ Act. [...].

¹⁹ Act. [...].

²⁰ Statt alle Verträge Act. [...].

²¹ Statt alle Verträge Act. [...].

²² Act. [...].

²³ [...] (Act. [...]).

²⁴ Act. [...].

²⁵ Act. [...].

²⁶ Act. [...].

²⁷ Act. [...].

²⁸ Siehe auch Bericht über die Ergebnisse der Vorabklärung vom 18. September 2018, Act. [...].

²⁹ Vgl. Antworten zu den Fragen 7 und 8: Act. [...].

³⁰ Antworten zur Frage 3: Act. [...]. Ein Händler hielt fest: «Die Firma Stöckli gibt eine Preisempfehlung ab, mit der Bitte diesen Preis nicht zu unterbieten» (Antwort zur Frage 3: Act. [...]). Ein weiterer Händler gab an, dass er sich in der Preisfestlegung grundsätzlich frei fühle, obwohl der Vertrag es nicht vorsehe (Antwort zur Frage 3: Act. [...]). Ein anderer Händler führte aus: «Für aktuelle Modelle gelten die Verkaufspreise gemäss Preisliste von Stöckli. Bei Auslaufmodellen sind wir in der Preissetzung frei. [...]» (Antwort zur Frage 3: Act. [...]).

³¹ Antworten zu den Fragen 5 und 6: Act. [...]; ein weiterer Händler hielt fest: «[...] Stöckli nous conseille de ne pas dépasser les 10 % de rabais. [...]» (Antwort zur Frage 5: Act. [...]).

³² Act. [...].

³³ Act. [...].

³⁴ Act. [...].

15. Am 22. Oktober 2018 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO aufgrund der ermittelten Anhaltspunkte für das Vorliegen von möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet.³⁵ Die Öffentlichkeit wurde am 23. Oktober 2018 über die Eröffnung der Untersuchung informiert.³⁶

16. Am 3. Dezember 2018 setzte Stöckli einen Marker.³⁷

17. Am 20. Dezember 2018 begannen die Verhandlungen zwischen Stöckli und dem Sekretariat über eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG.³⁸

18. Am 1. Februar 2019 reichte Stöckli eine Bonusmeldung im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG ein.³⁹ Diesbezügliche Ergänzungen folgten am 1. März 2019, 30. April 2019, 20. Mai 2019 und am 27. Mai 2019.⁴⁰ [...] ⁴¹ [...] ⁴²

19. Am 25. März 2019 präsentierte das Sekretariat Stöckli das vorläufige Beweisergebnis.⁴³

20. [...] ⁴⁴

21. Am 8. Mai 2019 teilte das Sekretariat Stöckli im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums mit, dass die Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 SVKG für den Erlass der Sanktion hinsichtlich der im Rahmen der Bonusmeldung und deren Ergänzung gemeldeten Sachverhalte gegeben seien (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG). Gleichzeitig wies das Sekretariat darauf hin, dass sich die Bestätigung nicht auf die in Art. 8 Abs. 2 SVKG genannten Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion bezog.⁴⁵

22. Am 18. Juni 2019 bzw. am 24. Juni 2019 unterzeichneten das Sekretariat bzw. Stöckli die einvernehmliche Regelung (vgl. unten, Rz 69).⁴⁶

23. Am 27. Juni 2019 stellte das Sekretariat seinen Antrag Stöckli zwecks Stellungnahme zu (Art. 30 Abs. 2 KG).⁴⁷

24. Am 12. Juli 2019 nahm Stöckli zum Antrag des Sekretariats Stellung und beantragte bei der WEKO eine begriffliche Anpassung (vgl. insb. Rz 6 ff.), Anpassungen im Zusammenhang mit dem Argument von Stöckli, dass die Wettbewerbsabrede höchstens für einen Teil der Händler bestanden habe (vgl. unten, Rz 42), sowie die Festlegung der Sanktion auf höchstens den unteren Betrag der in der einvernehmlichen Regelung vereinbarten Bandbreite von CHF [...] oder einen tieferen Betrag (vgl. unten, Rz 73 ff.).⁴⁸

25. Nach erfolgter Anhörung von Stöckli am 19. August 2019 genehmigte die WEKO am selben Tag die einvernehmliche Regelung und fällte unter Berücksichtigung der Stellungnahme von Stöckli ihren Entscheid im vorliegenden Verfahren.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

Stöckli ist unter anderem in der Entwicklung, Konstruktion und Herstellung sowie im Handel und Vertrieb von Sportartikeln tätig (vgl. oben, Rz 5). Damit ist erstellt, dass Stöckli Güter und Dienstleistungen anbietet und als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren ist.

27. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob Stöckli solche Abreden getroffen hat und ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG vorliegen, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

B.2 Parteien/Verfügungsadressaten

28. Gemäss Art. 6 VwVG⁴⁹ (i. V. m. Art. 39 KG) gelten als Parteien, Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll. Vorliegend ist Stöckli Verfügungsadressatin.

29. Die Untersuchung wird aus Verhältnismässigkeitsgründen nicht auf die 55 Stöckli Händler ausgedehnt. Dies entspricht der bisherigen Praxis der WEKO bei Vorliegen von vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG, wenn die Händlerseite aus zahlreichen Händlern besteht.⁵⁰

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

30. 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).⁵¹ Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

³⁵ Act. [...].

³⁶ Act. [...].

³⁷ Act. [...].

³⁸ Act. [...].

³⁹ Act. [...].

⁴⁰ Act. [...].

⁴¹ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

⁴² Act. [...].

⁴³ Act. [...].

⁴⁴ Act. [...].

⁴⁵ Act. [...].

⁴⁶ Act. [...].

⁴⁷ Act. [...].

⁴⁸ Act. [...].

⁴⁹ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁵⁰ Vgl. RPW 2017/2, 286 Rz 27 und 294 Rz 109, *Husqvarna*; RPW 2016/3, 736 Rz 95 ff., *Saiteninstrumente*; RPW 2016/2, 398 f. Rz 127, *Altimum SA*; RPW 2016/2, 482 ff. Rz 345 ff., *Nikon*; RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., *BMW*.

⁵¹ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, *passim* (= RPW 2015/1, 131 ff. E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

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

B.4 Unzulässige Wettbewerbsabreden

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

B.4.1 Wettbewerbsabrede

33. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. auch Ziff. 1 und 8 VertBek).

34. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung⁵² und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.

B.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

35. Am eindeutigsten ist der Nachweis eines «bewussten und gewollten Zusammenwirkens», wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist jedoch nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,⁵³ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁵⁴. Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.⁵⁵ Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.⁵⁶

36. In [rund 61 % der] schriftlichen Vertriebsverträge verpflichteten sich die Stöckli Händler gegenüber Stöckli, in Bezug auf die Stöckli Skis die schweizerischen Verkaufspreise von Stöckli nicht zu unterbieten.⁵⁷ [Rund 39 % der] schriftlichen Vertriebsverträge enthielten dieselbe Klausel in Bezug auf Stöckli Produkte.⁵⁸ Gleichzeitig gab Stöckli den Stöckli Händlern auf dem Bestellformular für jedes aufgeführte Produkt eine «UVP CH» an,⁵⁹ welche den im Stöckli-Katalog⁶⁰ angegebenen Verkaufspreisen und damit den schweizerischen Verkaufspreisen von Stöckli entsprachen.⁶¹ Hinzu kommt, dass sich [rund 58 % der] Stöckli Händler im Vertriebsvertrag verpflichteten, keine Preise über das Internet zu kommunizieren.⁶² Die Marktbefragung zeigt zudem auf, dass auch Stöckli Händler ohne schriftlichen Vertriebsvertrag die UVP von Stöckli als verbindlich erachteten,

sich in ihrer Preispolitik nicht frei fühlten und dass Stöckli einzelnen von ihnen empfohlen hat, die UVP einzuhalten (vgl. oben, Rz 11).⁶³

37. Somit bestand zwischen Stöckli und den jeweiligen Stöckli Händlern (vgl. unten, Rz 42) eine Vereinbarung über die Festlegung ihrer Wiederverkaufspreise, indem sich die Stöckli Händler gegenüber Stöckli verpflichteten, die schweizerischen Verkaufspreise von Stöckli nicht zu unterbieten.

B.4.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

38. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».⁶⁴ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist nicht erforderlich.⁶⁵ Davon geht auch das Bundesverwaltungsgericht aus, wonach eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, wenn der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung von Wettbewerbsparametern ausgerichtet ist.⁶⁶

⁵² So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

⁵³ Vgl. RPW 2018/2, 237 Rz 31, *Gym 80*; RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 20 ff.; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

⁵⁴ NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz (Fn 53), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

⁵⁵ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

⁵⁶ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

⁵⁷ Statt alle Verträge Act. [...].

⁵⁸ Statt alle Verträge Act. [...].

⁵⁹ Act. [...]; Antworten zu den Fragen 3, 6 und 8: Act. [...].

⁶⁰ Vgl. <https://www.stoeckli.ch/chde/shops/katalog> (6.5.2019); Act. [...].

⁶¹ Act. [...].

⁶² Act. [...].

⁶³ Act. [...].

⁶⁴ Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz (Fn 53), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

⁶⁵ Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz (Fn 53), Art. 4 Abs. 1 KG N 71; Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*; RPW 2018/2, 237 Rz 32, *Gym 80*; RPW 2018/1, 78 Rz 121, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 201, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 53), Art. 4 Abs. 1 N 138.

⁶⁶ Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, E. 303, *Hallenstadion*.

39. Die vertragliche Verpflichtung der Stöckli Händler, die schweizerischen Verkaufspreise von Stöckli nicht zu unterbieten in Verbindung mit der Verpflichtung, keine Verkaufspreise über das Internet zu kommunizieren, und der gleichzeitigen Abgabe von UVP, welche den Verkaufspreisen von Stöckli entsprachen, war objektiv geeignet, den Wettbewerbsparameter Preis auszuschalten und eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen. Insgesamt gilt als erstellt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wurde.

B.4.1.3 Vertikale Wettbewerbsabreden

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

41. Vorliegend ist ausschliesslich Stöckli gleichzeitig als Herstellerin und Händlerin von Skis tätig. Damit treten Stöckli und die Stöckli Händler auf Händlerstufe als Wettbewerber auf. Auf die bestehenden Abreden sind somit die Grundsätze der VertBek anwendbar (Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek). Stöckli und die Stöckli Händler sind mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen, die auf verschiedenen Marktstufen tätig sind und die durch ihr koordiniertes Verhalten den Preiswettbewerb betreffend Stöckli Skis beschränken. Zwischen Stöckli und den jeweiligen Stöckli Händlern (vgl. unten, Rz 42) bestanden somit vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs.1 KG über die Höhe der Wiederverkaufspreise der Stöckli Händler.

42. Stöckli bringt vor, dass die Wettbewerbsabrede höchstens für einen Teil der Händler bestanden habe, weil es hinsichtlich der [...] Stöckli Händler ohne schriftlichen Vertrag keine Abrede über Mindestpreise gegeben habe, die fragliche Vertragsbestimmung von den allermeisten Stöckli Händlern nicht als Mindestpreisvorschrift verstanden worden sei und sich die überwiegende Mehrheit der Stöckli Händler in der Preissetzung frei gefühlt bzw. die UVP von Stöckli als nicht verbindlich betrachtet hätte. Zudem hätten beinahe alle Stöckli Händler Rabatte auf Stöckli Skis gewährt. Die fragliche Vertragsbestimmung habe ausserdem nicht flächendeckend, sondern nur für wenige Stöckli Händler während 15 Jahren bestanden.⁶⁷ Es trifft zwar zu, dass nicht für jeden einzelnen Stöckli Händler Belege für eine Wettbewerbsabrede mit Stöckli vorliegen. Aus verfahrensökonomischen Gründen und aufgrund des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung wurde darauf verzichtet, in dieser Hinsicht vertiefte Abklärungen vorzuneh-

men. Bereits die vorliegenden Belege zeigen genügend auf, dass mit [...] Stöckli Händlern, d.h. mit 80 % der Händler, schriftlich vereinbart wurde, die Verkaufspreise von Stöckli nicht zu unterbieten, dass sich mehrere Stöckli Händler mit und ohne schriftlichen Vertriebsvertrag in ihrer Preispolitik nicht frei fühlten und die UVP von Stöckli als verbindlich erachteten. Zudem haben sich rund 90 % der Stöckli Händler an die UVP von Stöckli gehalten (vgl. oben, Rz 6 ff. und 36). Dies lässt ohne weitere Abklärungen auf eine generelle Preispolitik von Stöckli und den Stöckli Händlern bezüglich des Wiederverkaufspreises von Stöckli Skis schliessen.⁶⁸ Aufgrund des Beweisergebnisses wird davon ausgegangen, dass alle bzw. nahezu alle Stöckli Händler an einer Wettbewerbsabrede mit Stöckli beteiligt waren. Selbst wenn einzelne Stöckli Händler ohne schriftlichen Vertriebsvertrag nicht an einer Abrede mit Stöckli beteiligt waren, ändert dies nichts am Ergebnis der vorliegenden Untersuchung, da die Stöckli Händler ihrerseits nicht Verfügungsadressaten sind (vgl. oben, Rz 29). Folglich kann die Frage der Abredeteilung in Bezug auf die einzelnen Händler offenbleiben. Vor diesem Hintergrund wird praxisgemäss von Wettbewerbsabreden zwischen Stöckli und den Stöckli Händlern ausgegangen, wobei offen bleiben kann, ob einzelne Händler keine Abrede mit Stöckli hatten.⁶⁹

B.4.1.4 Abrededauer

43. Der älteste vorliegende Vertriebsvertrag ist im November 2003 zwischen Stöckli und einem Stöckli Händler abgeschlossen worden.⁷⁰ Stöckli informierte die Stöckli Händler im Dezember 2018 per Rundschreiben über die Überarbeitung des Vertriebsvertrages und stellte ihnen den neuen Vertrag im Januar 2019 zur Unterzeichnung zu.⁷¹ Somit hatten die festgestellten Wettbewerbsabreden zwischen Stöckli und den jeweiligen Stöckli Händlern (vgl. oben, Rz 42) während rund 15 Jahren Bestand.

B.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

44. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs u.a. bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise vermutet.

B.4.2.1 Vorliegen einer vertikalen Abrede über Mindestpreise

45. Indem sich die Stöckli Händler gegenüber Stöckli verpflichteten, die schweizerischen Verkaufspreise von Stöckli in Bezug auf die bestellten Stöckli Skis bzw. Stöckli Produkte nicht zu unterbieten, haben Stöckli und die Stöckli Händler einen Mindestpreis im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG festgesetzt.⁷² Nachfolgend wird geprüft, ob die gesetzlich vermutete Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann.

⁶⁷ Act. [...].

⁶⁸ BGE 144 II 246, 254 ff. E. 6.5 (= RPW 2018/3, 703 f. E. 6.5), *Altimum SA*.

⁶⁹ RPW 2017/2, 287 Rz 45, *Husqvarna*; RPW 2016/3, 736 Rz 93, *Saiteninstrumente*.

⁷⁰ Act. [...].

⁷¹ Act. [...].

⁷² Vgl. RPW 2016/3, 737 Rz 102, *Saiteninstrumente*; RPW 2016/2, 400 Rz 141, *Altimum SA*.

B.4.2.2 Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

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

B.4.2.2.1 Relevante Märkte

Sachlich relevanter Markt

47. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU⁷³, der hier analog anzuwenden ist).⁷⁴ Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall. Der Begriff der «Marktgegenseite» bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede bzw. das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird.⁷⁵ Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁷⁶ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁷⁷

48. Vorliegender Untersuchungsgegenstand ist die Abrede zwischen Stöckli und den jeweiligen Stöckli Händlern (vgl. oben, Rz 42) über Mindestpreise nach Art. 5 Abs. 4 KG für den Wiederverkauf von Stöckli Skis. Marktgegenseite der Händler sind Endkundinnen und Endkunden, die Stöckli Skis bei Schweizer Stöckli Händlern nachfragen oder einen Kauf zumindest in Betracht ziehen. Folglich bilden die Präferenzen und das Verhalten der Endkundinnen und Endkunden den Ausgangspunkt für die Marktsegmentierung. Es stellt sich somit zunächst die Frage, ob Skis anderer Marken für die Marktgegenseite Substitute zu Stöckli Skis darstellen.

49. Es wird davon ausgegangen, dass die Stöckli Skis, trotz ihres Images als Premiumprodukt, von den Endkundinnen und Endkunden als durch Skis anderer Hersteller substituierbar angesehen werden und damit mit diesen im Wettbewerb stehen. Eine Marktsegmentierung nach Preissegmenten wird nicht vorgenommen.

50. Zu beantworten ist zudem die Frage, ob Bindungen und Platten zum selben sachlich relevanten Markt wie der Verkauf von Skis gehören. Der von Stöckli eingereichte Geschäftsbericht 2013/2014⁷⁸ und die von Stöckli bekannte gegebenen zehn umsatzstärksten Damen- und Herrenskis der Saison 2017/2018⁷⁹ legen nahe, dass Endkundinnen und Endkunden Skis im Bündel mit Bindung inklusive Platten nachfragen.⁸⁰ Daher wird im Rahmen dieser Untersuchung von einem sachlich relevanten Markt für den Verkauf von Skis mit Bindung (inklusive Platten) ausgegangen.⁸¹

51. Schliesslich geht die WEKO davon aus, dass Endkundinnen und Endkunden Snowboards und Langlaufskis aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften und Verwendungszwecke nicht als Substitute von Skis betrachten dürften. Ebenso dürfte der Kauf von Ski aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten nicht mit einer Skimiete austauschbar sein. Folglich ist davon auszugehen, dass Snowboards, Langlaufskis sowie die Skimiete nicht dem gleichen sachlichen Markt wie der Verkauf von Skis angehören.⁸²

52. Gestützt auf die erfolgten Erwägungen wird für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung von dem sachlich relevanten Markt für den Verkauf von Skis mit Bindung (inklusive Platten) ausgegangen.

Räumlich relevante Märkte

53. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).⁸³

54. Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz dürfen die Skis primär in der Schweiz nachfragen. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird daher basierend auf den verfügbaren Informationen davon ausgegangen, dass der sachlich relevante Markt für den Verkauf von Skis mit Bindung (inklusive Platten) eine mindestens schweizweite Dimension aufweist.⁸⁴

B.4.2.2.2 Intra- und Interbrand-Wettbewerb

55. Der Intra- und Interbrand-Wettbewerb unter den Stöckli Händlern war infolge der Preisabreden zwischen Stöckli und den jeweiligen Stöckli Händlern (vgl. oben, Rz 42) eingeschränkt (vgl. oben, Rz 11).

56. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass beinahe alle Stöckli Händler gegenüber Endkundinnen und Endkunden Rabatte gewährten, sei es in Form einer prozentualen Preisreduktion, eines Bonussystems, von Giveaways, einer Kundenkarte oder durch die Gewährung von Gratistesttagen für Stöckli-Skis oder Gratisski-

⁷³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁵ RPW 2010/4, 670 Rz 165, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁷⁶ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2 (= RPW 2015/1, 134 f. E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 53), Art. 5 N 64 f. und 75.

⁷⁷ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁸ Act. [...].

⁷⁹ Act. [...].

⁸⁰ Act. [...].

⁸¹ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 12.10.2005, COMP/M.3765, Rz 14–20 und 56, *AMER/SALOMON*.

⁸² So auch der Entscheid der EU-Kommission vom 12.10.2005, COMP/M.3765, Rz 13 f., *AMER/SALOMON*.

⁸³ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁸⁴ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 12.10.2005, COMP/M.3765, Rz 46, *AMER/SALOMON*, worin die EU-Kommission den räumlich relevanten Markt für Skis auf Einzelhandelsstufe im Rahmen der Fusionskontrolle i.S. *AMER/SALOMON* national abgrenzte.

Services.⁸⁵ Damit dürfte im Untersuchungszeitraum ein gewisser Intra- und Interbrand-Preiswettbewerb vorhanden gewesen sein.⁸⁶

57. Schliesslich dürfte zwischen den Stöckli Händlern ein gewisser Beratungs- und Dienstleistungswettbewerb bestehen. Stöckli misst der Beratung gegenüber Kundinnen und Kunden zwar generell einen hohen Stellenwert bei und verlangt Beratungsdienstleistungen von den Stöckli Händlern,⁸⁷ dennoch dürften die Beratungen der verschiedenen Stöckli Händler unterschiedliche Qualitäten aufweisen.

58. Der mengenbasierte schweizweite Marktanteil von Stöckli lag gemäss Stöckli und dem eingereichten Report von FESI (Federation of the European Sporting Goods Industry) im Jahr 2016/2017 bei [10–20%] und im Jahr 2017/2018 bei [10–20%]. Die wichtigsten Konkurrenten von Stöckli dürften in der Schweiz Head, Atomic, Salomon und Rossignol sein.⁸⁸ Gestützt auf die der WEKO vorliegenden Informationen ist davon auszugehen, dass Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht.

B.4.2.3 Zwischenergebnis

59. Die Betrachtung des vorhandenen Intra- und Interbrandwettbewerbs führt zum Ergebnis, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den Verkauf von Skis mit Bindung (inklusive Platten) gemäss Art. 5 Abs. 4 KG durch die Kombination von Intra- und Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann (vgl. Ziff. 11 VertBek).

B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

60. Das Bundesgericht hat im Entscheid Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist.⁸⁹ Die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden, d.h. vertikale Preisabreden und absolute Gebietsschutzabreden, erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.⁹⁰ Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der vertikalen Preisabreden hinweisen würden. Somit stellen die vertikalen Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zwischen Stöckli und den jeweiligen Stöckli Händlern (vgl. oben, Rz 42) erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar.

B.4.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

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

62. Bei Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek).⁹¹

63. Gemäss Stöckli sei die Gewährleistung eines gewissen Preisniveaus effizient. Bei Skis handle es sich um Produkte mit grosser Sicherheitsrelevanz. Es sei von grosser Wichtigkeit, dass Kunden fachmännisch beraten würden. Die richtige Einstellung des Skis müsse sichergestellt werden. Das bedürfe eine gute Abstimmung von Schuh, Bindung und Ski sowie die richtige Montage. Schliesslich seien die Herstellkosten von Stöckli in der Schweiz wesentlich höher als die Herstellkosten der Wettbewerber. Stöckli könne [...] sich von den anderen Skimarken über eine hohe Qualität des Produkts und der Beratung differenzieren. Die Erwartung der Kundinnen und Kunden, die Skis vor dem Kauf zu testen, erfordere die Vorhaltung von genügend Skis. All diese Investitionen könne der Stöckli Händler nur erbringen, wenn er über eine genügende Marge verfüge. Aufgrund der Produktionsengpässe von Stöckli seien die Stöckli Händler nicht in der Lage, eine Reduktion ihrer Marge durch eine Erhöhung der abgesetzten Menge zu kompensieren. Eine Reduktion der Marge führe daher notwendigerweise zu Kosteneinsparungen des Stöckli Händlers und damit zu einer schlechteren Beratung, weniger Sicherheit für die Kunden und weniger Testmöglichkeiten. Stöckli würde damit seine Unique Selling Proposition verlieren [...].⁹²

64. Diese Ausführungen werden dahingehend verstanden, dass Stöckli die Preisabrede als gerechtfertigtes Mittel zur Bekämpfung des Trittbrettfahrerproblems im Sinne von Ziff. 16 Abs. 4 Bst. d VertBek hinsichtlich Beratungs-, Einstellungs- und Montageleistungen sowie das Anbieten von Testskis anführt.

65. Die Festlegung von Mindestpreisen kann ein geeignetes Mittel sein, um Beratungs-, Einstellungs- und Montageleistungen sowie das Anbieten von Testskis zu fördern und das Trittbrettfahrerproblem zu bekämpfen. Dem ist allerdings entgegen zu halten, dass es sich bei den Einstellungs- und Montageleistungen von Bindung und Ski um separat verrechenbare Leistungen handelt, auch wenn Stöckli vorbringt, dass diese Leistungen wie die Beratungsleistung beim Kauf von Skis in der Regel im Kaufpreis enthalten seien und nur ausnahmsweise separat in Rechnung gestellt würden, wenn Ski und Bindung getrennt gekauft würden.⁹³ Die EU-Vertikalleitlinien⁹⁴ halten diesbezüglich fest, dass Trittbrettfahren unter Abnehmern lediglich bei der Kundenberatung vor dem Verkauf und bei verkaufsfördernden Massnahmen möglich sei, nicht jedoch beim Kundendienst nach dem Verkauf, den der Händler seinen Kunden einzeln in Rechnung stellen könne.⁹⁵ Darüber hinaus bestehen in casu mildere, ebenso geeignete Mittel

⁸⁵ Antworten zur Frage 4: Act. [...].

⁸⁶ Vgl. BGE 144 II 246, 259 f. E. 7.2 f. (= RPW 2018/3, 704 f. E. 7.2 f.), *Altimum SA*.

⁸⁷ Act. [...].

⁸⁸ Act. [...].

⁸⁹ BGE 143 II 297, 315 E. 5.1.6, *Gaba*.

⁹⁰ BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5 und 325 E. 5.5.6, *Gaba*.

⁹¹ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, *Gebro/WEKO*.

⁹² Act. [...].

⁹³ Act. [...].

⁹⁴ Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Mitteilung der EU-Kommission, ABl. C 130 vom 19.5.2010, S. 1 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien).

⁹⁵ Rz 107 Bst. a EU-Vertikalleitlinien (Fn 94).

zur Sicherung der Beratungs-, Einstellungs- und Montageleistungen sowie das Anbieten von Testskis, wie etwa das Aufstellen bestimmter Kriterien im Rahmen des bereits bestehenden selektiven Vertriebssystems bezüglich diesen Leistungen. Stöckli hält denn auch fest, dass die Stöckli Skis im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems mit Partnern vertrieben würden, um die hohe Beratungs- und Service-Qualität für ihre Kundinnen und Kunden sicherstellen zu können. Stöckli wolle nur Partner mit der grössten Fachkompetenz, der besten Beratung und dem besten Ski-Service.⁹⁶ Folglich war die Festlegung von Mindestpreisen vorliegend nicht erforderlich und damit nicht notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG, um die wirtschaftliche Effizienz zu erhöhen.⁹⁷

66. Weitere mögliche Effizienzgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden von Stöckli auch nicht geltend gemacht.

B.4.5 Fazit

67. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen kommt die WEKO zum Ergebnis, dass zwischen Stöckli und den jeweiligen Stöckli Händlern (vgl. oben, Rz 42) unzulässige vertikale Abreden über die Festsetzung von Mindestpreisen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG bestanden.

B.5 Massnahmen

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

B.5.1 Einvernehmliche Regelung

69. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 24. Juni 2019 mit Stöckli eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben, Rz 22). Diese lautet wie folgt:

A. Vorbemerkungen

- a) *Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0488 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 Bst. 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 reduziert werden.*
- c) *Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen hinsichtlich aller Gegenstand der Untersuchung 22-0488 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Stöckli einvernehmlich und abschliessend geregelt.*

- d) *Der Wille und die Bereitschaft von Stöckli 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 [...] bis [...] 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 Stöckli keine Anerkennung der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Stöckli fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Bst. d) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.*
- g) *Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von Stöckli.*

B. Vereinbarungen

1. *Stöckli verpflichtet sich, den Stöckli-Fachhandelspartnern in der Schweiz weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorzugeben. Die Preisempfehlungen werden explizit als unverbindlich deklariert.*
2. *Stöckli verpflichtet sich, den Stöckli-Fachhandelspartnern in der Schweiz die Kommunikation von Wiederverkaufspreisen im Internet nicht im Sinne von Art. 5 KG zu verbieten.*
3. *Stöckli verpflichtet sich, den Internetverkauf durch Stöckli-Fachhandelspartner in der Schweiz nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu beschränken. Zulässig ist die Anforderung, dass Stöckli-Fachhandelspartner über mindestens eine physische Verkaufsstelle verfügen müssen. Ebenfalls zulässig sind Qualitätsanforderungen, welche Stöckli an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf seiner Waren stellt, um zu gewährleisten, dass das Online-Geschäft der Stöckli-Fachhandelspartner mit dem Vertriebsmodell von Stöckli im Einklang steht.*

⁹⁶ Act. [...].

⁹⁷ Vgl. BGE 144 II 246, 268 ff. E. 13.4.3 (= RPW 2018/3, 708 f. E. 13.4.3), *Altimum SA*; RPW 2017/2, 290 Rz 72, *Husqvarna*; RPW 2016/3, 743 Rz 161 ff., *Saiteninstrumente*.

4. *Stöckli verpflichtet sich, im Rahmen des selektiven Vertriebs Querlieferungen zwischen Schweizer Stöckli-Fachhandelspartnern nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG und Querlieferungen von ausländischen Stöckli-Fachhandelspartnern an Schweizer Stöckli-Fachhandelspartner nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beschränken.*
5. *Stöckli verpflichtet sich, die Möglichkeit von Passivverkäufen von ausländischen Distributoren an Schweizer Stöckli-Fachhandelspartner nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beschränken.*
6. *Stöckli verpflichtet sich, den ausländischen Distributoren keine Pflicht aufzuerlegen, wonach diese die Möglichkeit von Passivverkäufen durch ihre eigenen ausländischen Stöckli-Fachhandelspartner an Schweizer Endkundinnen und Endkunden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG beschränken müssen.*

70. Zu den Vereinbarungen ist zu präzisieren, dass mit «Stöckli-Fachhandelspartner» Stöckli Händler gemeint sind. Der in Vereinbarung 3 verwendete Begriff «Waren» umfasst zudem sämtliche Produkte, die von Stöckli hergestellt und/oder im Rahmen des selektiven Vertriebssystems über zugelassene Selektivvertriebspartner vertrieben werden.

71. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche Stöckli eingegangen ist, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkungen sind mit den neuen Vertriebsverträgen mit den Stöckli Händlern beseitigt worden, und für Stöckli wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen.

72. 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.⁹⁸

B.5.2 Sanktionierung

B.5.2.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

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

74. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁹⁹ Zur Qualifizierung von Stöckli als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 26 verwiesen.

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

an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.¹⁰⁰

76. Die Voraussetzungen der Beteiligung von Stöckli an Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und der Unzulässigkeit dieser Abreden sind in casu erfüllt (vgl. oben, Rz 44 ff. und 61 ff.).

B.5.2.2 Vorwerfbarkeit

77. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.¹⁰¹ Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

78. 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.¹⁰² 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.¹⁰³

79. Das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen dürfen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.¹⁰⁴ Der Geschäftsleitung von Stöckli sollte insbesondere bekannt gewesen

⁹⁸ Vgl. Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique; Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multipay.

⁹⁹ Ständige Praxis, siehe statt aller RPW 2018/3, 508 Rz 581, Supermédiä; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1472, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) (nicht rechtskräftig).

¹⁰⁰ Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1492, SIX/DCC (nicht rechtskräftig); RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., SIX/DCC.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., SIX/DCC; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

sein, dass eine Abrede mit Vertriebspartnern über die Festsetzung von Preisen kartellrechtswidrig sein könnte. Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass Stöckli vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabrede ergriffen hätte, ist nicht ersichtlich. Somit ist zumindest ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

B.5.2.3 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

80. Der vorliegende Wettbewerbsverstoss dauerte von Ende November 2003 bis Ende Dezember 2018 (vgl. oben, Rz 43). Sanktionierbar ist der Verstoss ab Inkrafttreten von Art. 49a KG, d.h. ab dem 1. April 2004.

B.5.2.4 Bemessung

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

82. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁰⁵ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall.¹⁰⁶

B.5.2.4.1 Konkrete Sanktionsberechnung

83. 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.

a. Basisbetrag

84. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.¹⁰⁷

Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

85. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

86. In den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung, d.h. in den Geschäftsjahren 2015/2016¹⁰⁸, 2016/2017 und 2017/2018 erwirtschaftete Stöckli in der Schweiz einen Umsatz von CHF [...], CHF [...] respektive CHF [...] mit dem Verkauf von Skis mit Bindung (inklusive Platten) an Stöckli Händler.¹⁰⁹ Von den genannten Umsätzen ist der Umsatzanteil in Abzug zu bringen, der auf Mietskis entfällt, da dieser Umsatzanteil nicht auf dem vorliegend relevanten Markt erzielt wurde (vgl. oben, Rz 47 ff.). Gemäss einer von Stöckli bei den Stöckli Händlern anonym durchgeführten Umfrage liegt der Anteil der in der Vermietung eingesetzten Stöckli Skis bei den von Stöckli befragten Stöckli Händlern im Durchschnitt bei [...] %.¹¹⁰ Vor diesem Hintergrund scheint es angemessen, beim Umsatz ein Vermietungsanteil von [...] % abzuziehen. Der Gesamtumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung betrug auf dem relevanten Schweizer Markt folglich CHF [...] abzüglich [...] % Vermietungsanteil, ausmachend CHF [...]. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt somit CHF [...] (vgl. unten Tabelle 1: Sanktionsbemessung).

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

87. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Stöckli hat sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive¹¹¹ Faktoren im Vordergrund. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

¹⁰⁵ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1556, SIX/DCC (nicht rechtskräftig); RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

¹⁰⁶ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

¹⁰⁷ In diesem Sinne auch RPW 2016/2, 428 f. Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 121, Altimum SA; RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

¹⁰⁸ Das Geschäftsjahr von Stöckli beginnt jeweils am 1. April und endet am 31. März.

¹⁰⁹ Act. [...].

¹¹⁰ Act. [...].

¹¹¹ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

88. Vorliegend wurden die vertikalen Preisabreden mit [80 % der] Stöckli Händler schriftlich in den Vertriebsverträgen vereinbart (vgl. oben, Rz 6 f.). Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann allerdings widerlegt werden (vgl. oben, Rz 55 ff.). Unter Berücksichtigung, dass die Marktanteile von Stöckli von rund [10–20 %] auf funktionierenden Interbrand-Wettbewerb schliessen lassen (vgl. oben, Rz 58), erscheint es als angemessen, den Basisbetrag der Sanktion auf 3 % des Umsatzes festzusetzen, den Stöckli in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (vgl. oben, Rz 85 ff.). Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...] (vgl. unten, Tabelle 1: Sanktionsbemessung).

b. Dauer des Verstosses

89. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). Legt das kooperierende Unternehmen der WEKO Beweismittel über die Dauer des Wettbewerbsverstosses vor, von welchen diese keine Kenntnis hatte, so berechnet sie die Sanktion ohne Berücksichtigung dieses Zeitraums (Art. 14 Abs. 2 SVKG).

90. Vorliegend reichte Stöckli sämtliche ihr vorliegenden Vertriebsverträge mit ihrer ersten Stellungnahme im Rahmen der Marktbeobachtung und im Rahmen der Vorabklärung ein, d.h. vor Eröffnung der Untersuchung (vgl. oben, Rz 6 ff.). Diese Verträge belegen, dass der Wettbewerbsverstoss seit dem 1. April 2004 mindestens 14 Jahre gedauert hat (vgl. oben, Rz 43 und 80). Folglich legte Stöckli dem Sekretariat die Beweismittel über die Dauer des Wettbewerbsverstosses vor, von denen die Wettbewerbsbehörden bis zu den Eingaben von Stöckli keine Kenntnis hatten. In Anwendung von Art. 14 Abs. 2 SVKG ist die Sanktion daher ohne Berücksichtigung eines Dauerzuschlages zu berechnen (vgl. unten, Tabelle 1: Sanktionsbemessung).¹¹²

c. Erschwerende und mildernde Umstände

91. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Bonusmeldung und damit über den Bonus berücksichtigt werden, können nicht zusätzlich als erschwerende respektive mildernde Umstände Berücksichtigung finden. Die Einnahme einer anstiftenden oder führenden Rolle in einem Wettbewerbsverstoss (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG) wird im Rahmen der Beurteilung der Bonusmeldung gewürdigt (siehe unten, Rz 96 ff.). Weitere erschwerende Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich.

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

93. Im vorliegenden Fall signalisierte Stöckli die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung kurz nach Untersuchungseröffnung.¹¹³ Dank des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung konnte im

Sinne der Verfahrensökonomie auf zusätzliche Ermittlungsmassnahmen verzichtet und die Begründungstiefe und -dichte der Verfügung reduziert werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall, für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung eine Sanktionsreduktion von 20 % in Höhe von CHF [...] zu gewähren (vgl. unten, Tabelle 1: Sanktionsbemessung). Weitere mildernde Umstände sind nicht ersichtlich.

d. Maximalsanktion

94. 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).

95. Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze von Stöckli, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird (vgl. unten, Rz 101 f.).

B.5.2.4.2 Bonusmeldung – teilweiser Erlass der Sanktion

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

97. Stöckli reichte das vorliegend bedeutendste Beweismittel, d.h. die zur Bonusmeldung gehörenden Vertriebsverträge, im Rahmen der Marktbeobachtung und der Vorabklärung vor Untersuchungseröffnung freiwillig ein (vgl. oben, Rz 6 f.). Damit und mit der Eingabe der Bonusmeldung erfüllt Stöckli die Anforderungen von Art. 8 Abs. 1 SVKG. Die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nach Art. 8 SVKG sind in casu in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO in ähnlich gelagerten Fällen allerdings nicht gegeben, da Stöckli eine führende Rolle zukommt (Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG).¹¹⁴ In Anwendung von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG kann Stöckli die Sanktion infolgedessen nicht vollständig erlassen werden.

98. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion von bis zu 50 % der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

¹¹² Siehe auch Art. 14 Abs. 2 Erläuterungen SVKG.

¹¹³ Act. [...].

¹¹⁴ RPW 2017/2, 294 Rz 109, Husqvarna; RPW 2016/3, 752 Rz 225, *Saiteninstrumente*; RPW 2009/2, 157 Rz 101, *Sécateurs et cisailles*.

99. Die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion sind vorliegend erfüllt. Stöckli arbeitete ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit dem Sekretariat zusammen. Sodann anerkannte Stöckli den Sachverhalt (vgl. oben, Rz 6 ff.). Unter Würdigung sämtlicher Umstände erachtet die WEKO eine Reduktion der Sanktion um 50 % in Höhe von CHF [...] als angemessen (vgl. unten, Tabelle 1: Sanktionsbemessung). Damit wird der Antrag von Stöckli gutgeheissen (vgl. oben, Rz 23).

B.5.2.4.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

Tabelle 1: Sanktionsbemessung

Sanktionsbemessung		CHF
Umsatz auf dem relevanten Markt letzte drei Jahre		[...]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 %	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG)	3 %	[...]
Zuschlag für Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 0 %	0
Total Basisbetrag		[...]
Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	+ 0 %	0
Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	- 20 %	- [...]
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung		[...]
Reduktion der Sanktion: Bonus (Art. 12 SVKG)	- 50 %	- [...]
Total		[rund 140'000]

102. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF [rund 140'000] dem Verstoss von Stöckli gegen Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG, mit welchem der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt ist, als angemessen. Die Sanktion liegt in jedem Fall unter der Maximalsanktion, da die Obergrenze des Basisbetrags nicht überschritten ist.

C. Kosten

103. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹¹⁷ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

104. 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 hat die Verfügungsadressatin das beanstandete Verhalten aufgegeben und sich zu einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet. Eine Gebührenpflicht ist daher zu bejahen.

105. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

106. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 390,88 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

100. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.¹¹⁵ Vorliegend ist der Sanktionsbetrag [...] als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen.¹¹⁶

B.5.2.5 Ergebnis

101. Die nachfolgende Tabelle fasst die Sanktionsberechnung für Stöckli zusammen:

- 98,05 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 12'746.50
- 279,84 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 55'968
- 12,99 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 3'767.10

107. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 72'481.60.

108. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 72'481.60 gehen zu Lasten von Stöckli.

D. Ergebnis

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

- Zwischen Stöckli und den jeweiligen Stöckli Händlern (vgl. oben, Rz 42) bestanden seit Ende 2003 bis Ende 2018 vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die Höhe der Wiederverkaufspreise der Stöckli Händler (vgl. oben, Rz 40 ff.).

¹¹⁵ Vgl. dazu etwa Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 1085 ff. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1419, beide publiziert im Internet unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html> (12.6.2019); RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.Hw., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹¹⁶ Act. [...].

¹¹⁷ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

- Diese Wettbewerbsabreden stellen vertikale Preisabreden in Form von festgesetzten Mindestpreisen nach Art. 5 Abs. 4 KG dar (vgl. oben, Rz 45).
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann widerlegt werden (vgl. oben, Rz 59).
- Die vertikalen Preisabreden zwischen Stöckli und den Stöckli Händlern (vgl. oben, Rz 42) stellen erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 60).
- Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht gegeben (vgl. oben, Rz 63 ff.).
- Zwischen Stöckli und den jeweiligen Stöckli Händlern (vgl. oben, Rz 42) lagen somit vertikale Abreden über die Festsetzung von Mindestpreisen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vor, die nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind.
- Mit dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung werden die Massnahmen hinsichtlich aller Gegenstand der Untersuchung bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Stöckli einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF [rund 140'000] dem Verstoss von Stöckli gegen Art. 49a Abs. 1 KG als angemessen (vgl. oben, Rz 101 f.).
- Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat Stöckli die Verfahrenskosten in Höhe von CHF 72'481.60 zu tragen (vgl. oben, Rz 108).

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende, von der Stöckli Swiss Sports AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 24. Juni 2019 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 69):
 1. *Stöckli verpflichtet sich, den Stöckli-Fachhandelspartnern in der Schweiz weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorzugeben. Die Preisempfehlungen werden explizit als unverbindlich deklariert.*
 2. *Stöckli verpflichtet sich, den Stöckli-Fachhandelspartnern in der Schweiz die Kommu-*

nikation von Wiederverkaufspreisen im Internet nicht im Sinne von Art. 5 KG zu verbieten.

3. *Stöckli verpflichtet sich, den Internetverkauf durch Stöckli-Fachhandelspartner in der Schweiz nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu beschränken. Zulässig ist die Anforderung, dass Stöckli-Fachhandelspartner über mindestens eine physische Verkaufsstelle verfügen müssen. Ebenfalls zulässig sind Qualitätsanforderungen, welche Stöckli an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf seiner Waren stellt, um zu gewährleisten, dass das Online-Geschäft der Stöckli-Fachhandelspartner mit dem Vertriebsmodell von Stöckli im Einklang steht.*
 4. *Stöckli verpflichtet sich, im Rahmen des selektiven Vertriebs Querlieferungen zwischen Schweizer Stöckli-Fachhandelspartnern nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG und Querlieferungen von ausländischen Stöckli-Fachhandelspartnern an Schweizer Stöckli-Fachhandelspartner nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beschränken.*
 5. *Stöckli verpflichtet sich, die Möglichkeit von Passivverkäufen von ausländischen Distributoren an Schweizer Stöckli-Fachhandelspartner nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beschränken.*
 6. *Stöckli verpflichtet sich, den ausländischen Distributoren keine Pflicht aufzuerlegen, wonach diese die Möglichkeit von Passivverkäufen durch ihre eigenen ausländischen Stöckli-Fachhandelspartner an Schweizer Endkundinnen und Endkunden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG beschränken müssen.*
2. Die Stöckli Swiss Sports AG wird wegen Beteiligung an unzulässigen Abreden über die Festsetzung von Mindestpreisen gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF [rund 140'000] belastet.
 3. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
 4. Die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 72'481.60 werden der Stöckli Swiss Sports AG auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- Stöckli Swiss Sports AG, in Wolhusen vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

Verfügung vom 1. Juli 2019 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, gegen Bucher Landtechnik AG, in Niederweningen, vertreten durch [...]

A. Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

Fokus der Untersuchung

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 13. März 2017 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) aufgrund einer Anzeige der Bruno Lehmann AG (nachfolgend: Lehmann) eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG¹ gegen die Bucher Landtechnik AG sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften (nachfolgend: Bucher LT) wegen einem möglichen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 4 KG. Im Zentrum standen möglicherweise unzulässige vertikale Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG durch die Bindung von Bezügen von Ersatzteilen für Traktoren der Marken New Holland, Case IH und Steyr an den Verkauf von Traktoren der entsprechenden Marken. Daneben bestanden auch Anhaltspunkte dafür, dass Bucher LT ihren Wiederverkäufern Beschränkungen des geografischen Absatzgebietes für den Weiterverkauf auferlegt. In der Untersuchung wurde geprüft, ob Bucher LT tatsächlich unzulässige vertikale Abreden im erwähnten Sinn getroffen hat.

2. Der Fokus dieser Untersuchung lag auf möglichen unzulässigen Gebietsschutzabreden beim Vertrieb von Ersatzteilen für Traktoren der Marke New Holland, weil dies sowohl Gegenstand der Anzeige von Lehmann als auch der Selbstanzeige von Bucher LT (nachfolgend: Selbstanzeige) war.² Daneben lagen auch punktuelle Hinweise vor, welche auf das Vorliegen von kartellrechtlich relevanten Abreden im Sinne von Art. 5 KG bezüglich Traktoren hindeuteten, die von Bucher LT vertrieben werden. Auf die Weiterverfolgung dieser Aspekte wurde infolge des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung³, in welcher die Eckpunkte eines kartellrechtskonformen Verhaltens sowohl in Bezug auf den Vertrieb von Ersatzteilen als auch in Bezug auf Traktoren festgelegt wurden, verzichtet. Dies auch deshalb, weil sich Bucher LT und das Sekretariat darauf einigten, dass die Grundsätze der Vereinbarungen der einvernehmlichen Regelung für sämtliche von Bucher LT vertriebenen Traktoren und Ersatzteile gelten sollen.

Vertrieb von Ersatzteilen für Traktoren

3. Bucher LT mit Sitz in Niederweningen ist eine Tochtergesellschaft der Bucher Industries AG, letztere ist weltweit in der Maschinenbau-Branche tätig und an der Schweizer Börse kotiert. Der Konzern umfasst vier spezialisierte Divisionen des Maschinen- und Fahrzeugbaus sowie einen Bereich mit unabhängigen Einzelgeschäften. Neben der Bucher Specials, zu welcher auch Bu-

cher LT gehört, besteht eine Division für die Produktion von Maschinen zur Herstellung und Prüfung von Glasbehältern (Bucher Emhart Glass), eine für die Entwicklung und Produktion von Hydraulikgeräten und eine im Bereich Kommunalfahrzeuge sowie eine weitere im Bereich spezialisierter Landmaschinen.

4. Bucher LT ist Generalimporteurin von Traktoren der Marken New Holland, Case IH und Steyr in der Schweiz.⁴ Diese werden von der CNH Industrial N.V. (nachfolgend: CNH) mit Sitz in Amsterdam, Niederlande, hergestellt. Das Unternehmen vertreibt in der Schweiz exklusiv die Marken New Holland (hervorgegangen aus der Fusion der Traktorenhersteller Fiat und Ford) und Case IH / Steyr (hervorgegangen aus der Fusion beider Marken). Bucher LT ist auf Grosshandelsstufe tätig, der Traktoren-Vertrieb erfolgt über Händler, welche die Maschinen an Endkunden oder Endkundinnen (Landwirte oder Landwirtinnen und Lohnunternehmen) vertreiben. [...].⁵

5. [...].⁶

6. CNH ist Herstellerin von Landmaschinen und Baufahrzeugen und hat neben der Marke New Holland noch insgesamt 12 weitere Marken inne, darunter Iveco, Case IH, Steyr und Magirus. CNH ist börsennotiert und erzielte im Jahr 2015 einen globalen Umsatz in Höhe von 26,4 Mrd. USD und beschäftigte weltweit 64'391 Mitarbeiter.

7. Lehmann mit Sitz in 3556 Trub (BE) ist im Wesentlichen in den Bereichen Handel und Reparaturen von Landmaschinen aller Art sowie im Betrieb einer mechanischen Werkstätte tätig. Im Rahmen dieser Tätigkeit sah sich Lehmann in der Vergangenheit mit übersetzten Preisen für Traktor-Ersatzteile konfrontiert. Lehmann begann daher, solche Ersatzteile zu importieren, und etablierte sich als eigenständiger Anbieter von New Holland Ersatzteilen (inkl. der technisch identischen Ersatzteil für Case IH / Steyr-Traktoren). Lehmann importiert Traktor-Ersatzteile als Originalersatzteile in Originalverpackung und Originalersatzteile in neutraler Verpackung. Darüber hinaus stellt Lehmann Spezial(ersatz)teile⁷ (für ältere Traktorenmodelle) selbst her.

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

² Act. [...].

³ Act. [...].

⁴ Act. [...].

⁵ Act. [...].

⁶ Act. [...].

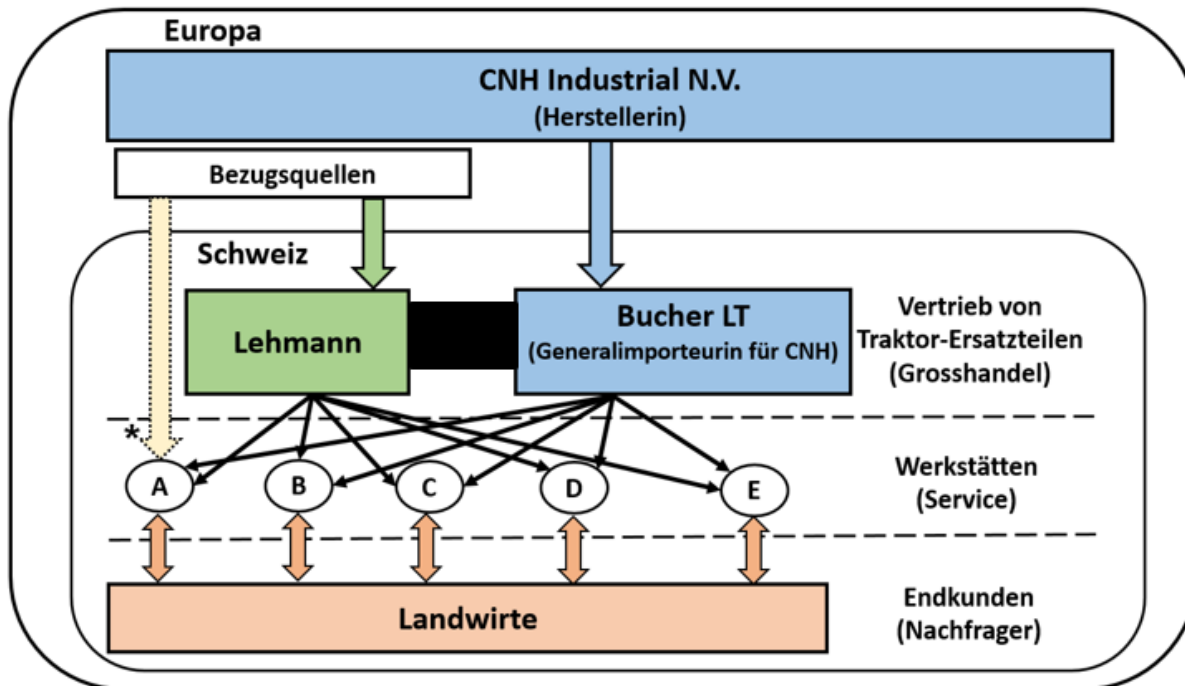
⁷ Act. [...].

8. Traktor-Ersatzteile werden für Nachverkaufsdienstleistungen an Traktoren benötigt und in der Schweiz an Werkstätten geliefert, welche die Teile für die Erbringung von Nachverkaufsdienstleistungen benötigen. Bucher LT ist im Ersatzteilhandel auf Grosshandelsstufe tätig. Ersatzteile werden hauptsächlich an Werkstätten und Landmaschinenhändler vertrieben, welche die Ersatzteile in der Regel im Rahmen von Wartungs- und Reparaturarbeiten in Maschinen von Endkunden oder Endkundinnen (Landwirte oder Landwirtinnen und Lohnunternehmen) verbauen.⁸ Neben Lehmann liefern, Angaben von Bucher LT zufolge, auch im Ausland ansässige

Handelsunternehmen, welche über Verkaufsinfrastrukturen in der Schweiz verfügen, Traktor-Ersatzteile an Schweizer Werkstätten und Landmaschinenhändler. Genannt wurden dabei die Unternehmen [...], Deutschland (nachfolgend: [...]), [...], Niederlanden (nachfolgend: [...]), und [...], Österreich (nachfolgend: [...]).⁹

9. Abbildung 1 gibt einen grafischen Überblick über den Vertrieb von Traktor-Ersatzteilen der Marke New Holland in der Schweiz.

Abbildung 1: Darstellung zum Vertrieb von Traktor-Ersatzteilen der Marke New Holland



* Aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung wurde nicht ermittelt, ob und in welchem Umfang Ersatzteile von ausländischen Bezugsquellen importiert wurden.

** [...].¹⁰

10. Der Vertrieb von Traktoren der Marke New Holland erfolgt derzeit über insgesamt ca. [...] Händler (nachfolgend: New Holland-Händler¹¹), wovon in etwa [...] Händler sog. Gebietshändler (nachfolgend New Holland-Gebietshändler) sind. Gebietshändler sind Händler, die über die technische Infrastruktur und personelle Ausstattung verfügen, die es ermöglicht, für die ab Werk von CNH gelieferten Traktoren Betriebsbereitschaft herzustellen. Der Vertrieb der Traktoren und Erntemaschinen der Marken Case IH und Steyr erfolgt über ein separates Händlernetz von insgesamt ca. [...] Händlern. Eine mit dem New Holland Vertrieb vergleichbare Struktur mit Gebietshändlern gibt es für diese beiden Marken nicht. [...].¹²

11. Abbildung 2 gibt einen grafischen Überblick über den Vertrieb von Traktoren der Marke New Holland in der Schweiz.

⁸ Act. [...].

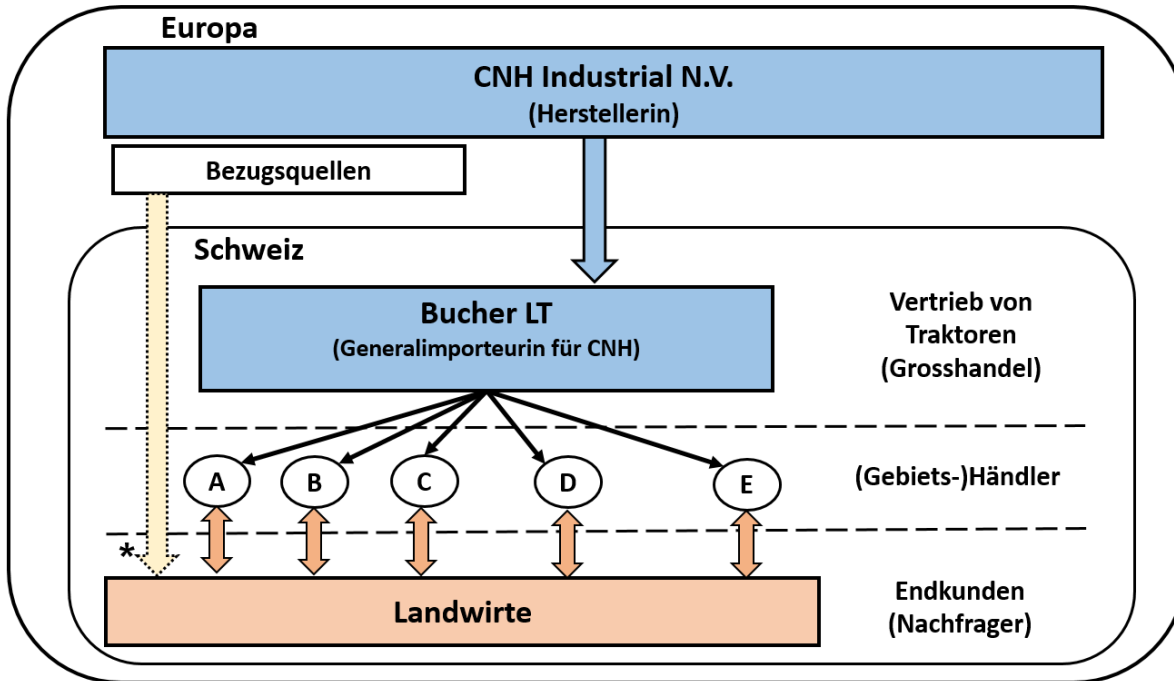
⁹ Act. [...].

¹⁰ Act. [...].

¹¹ [...], act. [...].

¹² Act. [...].

Abbildung 2: Darstellung zu Neu-Traktoren



* Laut Bucher LT beziehen Gebietshändler ihre Traktoren ebenfalls aus dem Ausland und nicht einzig bei Bucher LT.¹³

Inhalt Anzeige

12. Mit Eingabe vom 23. Januar 2017 wandte sich Lehmann an das Sekretariat und ersuchte dieses, eine Untersuchung gegen Bucher LT zu eröffnen und vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.¹⁴ Lehmann rügte in ihrem Gesuch, dass Bucher LT als Generalimporteurin von New Holland Traktoren mittels wettbewerbswidriger Klauseln jeglichen Wettbewerb auf dem Markt für Ersatzteile für New Holland Traktoren verhindern wolle. Lehmann sah sich mit übersetzten Preisen für Traktor-Ersatzteile konfrontiert und habe daher begonnen, solche Ersatzteile zu importieren und habe sich als eigenständiger Anbieter von Ersatzteilen für New Holland (inkl. der technisch identischen Ersatzteile für Case IH / Steyr-Traktoren) etabliert. Parallel dazu habe sie begonnen, sich auf die Herstellung mechanischer Komponenten zu spezialisieren, weshalb viele bei Bucher LT gar nicht mehr verfügbaren Spezialteile (welche jedoch weiterhin nachgefragt würden) heute auch selbst hergestellt werden könnten.

13. Hintergrund der Anzeige von Lehmann ist der Entscheidung von Bucher LT, mit ihren New Holland-Gebietshändlern im Verlaufe des Jahres 2016 neue Verträge abzuschliessen, wobei die New Holland-Gebietshändler nach Angaben von Lehmann neu zum exklusiven Bezug sämtlicher Ersatzteile bei Bucher LT verpflichtet worden seien. In ihrer Anzeige beanstandete Lehmann hauptsächlich, dass New Holland-Gebietshändler mit den neuen Verträgen zum Bezug von Ersatzteilen bei Bucher LT verpflichtet würden und dadurch auf dem Markt für Ersatzteile jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen werde.

14. Lehmann sei aus Gesprächen mit New Holland-Gebietshändlern bekannt, dass die Verkaufskonditionen neu auch vom Ersatzteilbezug bei Bucher LT abhängig gemacht würden. Bestelle ein New Holland-Gebietshändler nach Auffassung von Bucher LT zu wenig Ersatzteile, so erhalte er generell schlechtere Konditionen und werde damit massiv sanktioniert.¹⁵

15. Gemäss der Anzeige von Lehmann begann Bucher LT im Juli 2016¹⁶, die Kooperationsvereinbarung mit ihren New Holland-Gebietshändlern abzuschliessen. Dies führte Lehmann zufolge dazu, dass sie im Jahr 2016 einen (im Vergleich zum Vorjahr) spürbaren Umsatzrückgang habe hinnehmen müssen.¹⁷ Im Juni 2017 teilte Lehmann dem Sekretariat in einer Stellungnahme mit, dass sich die Umsätze erholt hätten.¹⁸

¹³ Act. [...].

¹⁴ Act. [...].

¹⁵ Vgl. act. [...].

¹⁶ Act. [...].

¹⁷ Act. [...].

¹⁸ Act. [...].

Inhalt der Selbstanzeige

16. Rund zwei Monate nach der Untersuchungseröffnung reichte Bucher LT eine Selbstanzeige mit folgendem Inhalt ein:

[...] ¹⁹ [...] ²⁰

17. [...].

18. [...] ²¹

19. Zur Sachverhaltsermittlung ist grundsätzlich anzumerken, dass aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung (vgl. Rz 87) nicht (vollumfänglich) ermittelt wurde, welche Ersatzteile Lehmann bei Bucher LT bezogen hat und welche Signifikanz die Ersatzteilbezüge für Lehmann hatten (ad Abb.1), ob und in welchem Umfang Neu-Traktoren von ausländischen Bezugsquellen durch Landwirte und/oder Gebietshändler importiert wurden (ad Abb. 2), ob die Angaben zur Umsatzentwicklung von Lehmann zutreffen (ad Rz 15) [...].

A.2 Prozessgeschichte

20. Am 13. März 2017 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Bucher LT.

21. Am 14. Juni 2017 erfolgte die Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) sowie im Bundesblatt (BBI) am 13. Juni 2017 betreffend die Untersuchungseröffnung gegen Bucher LT.

22. Am 14. und 15. März 2017 fand eine Hausdurchsuchung bei Bucher LT in Niederweningen statt. In der Folge fanden im Zeitraum von März bis Mai 2017 Einvernahmen mit aktuellen und vormaligen Verantwortlichen von Bucher LT in den Funktionen Geschäftsführer, Ersatzteildienstleiter und Verkaufsleiter statt. ²²

23. Am 31. März 2017 setzte Bucher LT [...] Marker, mit welchen sie ihre Absicht bekundete, Selbstanzeigen einzureichen. [Marker betraf] den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, sprich den Bezug von Ersatzteilen für Traktoren der Marke New Holland durch Händler bei Bucher LT. Am 12. Mai 2017 reichte Bucher LT [...] mündliche Protokollerklärungen beim Sekretariat betreffend den Vertrieb von Ersatzteilen für Traktoren [...] ein. ²³

24. Die Sichtung der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Daten erfolgte in den Monaten Juli bis September 2017.

25. Am 23. Mai 2018 stellte das Sekretariat Bucher LT und deren Rechtsvertretung das vorläufige Beweisergebnis vor. Bucher LT signalisierte bei dieser Gelegenheit das Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung.

26. Am 27. Juni 2018 begannen die Verhandlungen zwischen Bucher LT und dem Sekretariat über eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG. ²⁴ Am 10. Januar 2019 kam es zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und Bucher LT. ²⁵

27. Am 5. April 2019 stellte das Sekretariat seinen Antrag Bucher LT zwecks Stellungnahme zu. ²⁶

28. Die Stellungnahme von Bucher LT ging am 11. Juni 2019 beim Sekretariat ein. ²⁷ Bucher LT beantragte die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung (vgl. Rz 87 ff.), die Übernahme verschiedener Vorschläge zur Klarstellung des Verfügungsantrags, welche soweit angezeigt berücksichtigt werden, sowie die Anwendung der vollumfänglichen Reduktion von 80 % bei der Sanktionsberechnung (vgl. Rz 91 ff.).

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

29. 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). Bucher LT ist Teil der Bucher Industries AG (vgl. Rz 3 f.), welche einen Konzern darstellt und als Ganze den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt.

30. 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). Ob Bucher LT Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen hat und ob diese unzulässige absolute Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellen, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

B.2 Parteien/Verfügungsadressaten

31. Gemäss Art. 6 VwVG²⁸ (i.V.m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll. Vorliegend ist Bucher LT Verfügungsadressatin.

32. Die Untersuchung wird nicht auf die Händler von Bucher LT ausgedehnt. Dies entspricht der bisherigen Praxis der WEKO bei Vorliegen von vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG. ²⁹

¹⁹ Act. [...].

²⁰ Act. [...].

²¹ Act. [...].

²² Vgl. Act. [...].

²³ Act. [...].

²⁴ Act. [...].

²⁵ Act. [...].

²⁶ Act. [...].

²⁷ Act. [...].

²⁸ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

²⁹ Vgl. RPW 2016/3, 736 Rz 95 ff., *Saiteninstrumente*; RPW 2016/2, 482 ff. Rz 345 ff., *Nikon*; RPW 2016/2, 398 f. Rz 127, *Altimum SA*; RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., *BMW*.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

33. 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)³⁰. Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

35. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. auch Ziff. 1 VertBek³¹).

36. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung³².

B.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

37. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,³³ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.³⁴ Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.³⁵ Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.³⁶

38. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.³⁷ Am einfachsten gelingt der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.³⁸

39. In casu liegt die Kooperationsvereinbarung vor (vgl. Rz 42 ff.), mithin ein schriftlicher Vertrag:

- Die Kooperationsvereinbarung wurde erstmalig im August/September 2016 zwischen Bucher LT und einem New Holland-Gebietshändler abgeschlossen;³⁹
- Insgesamt schloss Bucher LT die Kooperationsvereinbarung mit rund [...] New Holland-

Gebietshändlern (Stand: Frühjahr 2017) ab.⁴⁰ Ziel war es, die Kooperationsvereinbarung mit sämtlichen New Holland-Gebietshändlern abzuschliessen.⁴¹

40. Bucher LT hat mit der Mehrheit ihrer New Holland-Gebietshändler die Kooperationsvereinbarung abgeschlossen. Somit haben Bucher LT und mindestens derjenige Teil ihrer New Holland-Gebietshändler, welcher die Kooperationsvereinbarung unterzeichneten, bewusst und gewollt im Bereich des Vertriebs von Traktoren der Marke New Holland und von entsprechenden Ersatzteilen zusammengearbeitet.⁴²

B.4.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

41. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».⁴³ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an

³⁰ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer vom 28.1.2015, RPW 2015/1, 131, *Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlung betreffend Cialis, Levitra und Viagra)*.

³¹ Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

³² So etwa auch das Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 627, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

³³ Vgl. RPW 2018/2, 237 Rz 31, *Gym 80*; RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 20 ff.; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

³⁴ RPW 2018/1, 106 Rz 114, *Verzinkung*; RPW 2017 /3, 445 Rz 194, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 33) Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und N 81.

³⁵ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

³⁶ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

³⁷ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 33), Art. 4 Abs. 1 N 81.

³⁸ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 33), Art. 4 Abs. 1 N 82.

³⁹ Act. [...].

⁴⁰ Act. [...].

⁴¹ Act. [...].

⁴² [...].

⁴³ Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz (Fn 33), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist nicht erforderlich.⁴⁴ Davon geht auch das Bundesverwaltungsgericht aus, wonach eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, wenn der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung von Wettbewerbsparametern ausgerichtet ist.⁴⁵

42. In der Kooperationsvereinbarung ist ein Bullet-point 10 mit folgendem Wortlaut enthalten:

«Der GH [Anm.: Gebietshändler] bestellt die benötigten Ersatzteile zu New Holland Händlerkonditionen im Bucher Shop. Der Ersatzteilumsatz soll im Verhältnis zu den gekauften Traktoren sein. Der Spartenleiter des Bucher Ersatzteilmagazins definiert die Zielsetzung.»⁴⁶

43. Laut dem Wortlaut dieser Klausel darf der New Holland-Gebietshändler nicht frei darüber bestimmen, bei wem er die Bestellungen vornehmen möchte, sondern diese haben im Bucher Shop zu erfolgen.

44. Hinzu kommt, dass sich die Kooperationsvereinbarung mit der Ausstellung und Unterzeichnung des sog. Händlerdossiers, welches jährlich abgeschlossen wird, automatisch um weitere 12 Monate verlängert. Damit ist das Händlerdossier als Bestandteil der Kooperationsvereinbarung zu betrachten.

45. Im Händlerdossier ist Folgendes festgehalten: *«[Der Händler⁴⁷] [b]ezieht E-Teile im Bucher Shop und erfüllt die Zielsetzung des LE [Leiters Ersatzteile]»*. Aus dem Wortlaut dieser Klausel geht klar hervor, dass es dem Händler (zumindest dem New Holland-Gebietshändler) nicht selber überlassen ist, darüber zu bestimmen, bei wem er die Ersatzteile bezieht.

46. Das Händlerdossier enthält zudem ein Anreizsystem, die Ersatzteile bei Bucher LT (im Bucher E-Shop) zu beziehen, indem die Bezugsmenge für Ersatzteile mit den Rabattkonditionen für Traktoren der Marke New Holland verknüpft wurde. Um dies zu verdeutlichen, wird in Abbildung 3 zunächst die allgemeine Preiskalkulation für Traktoren der Marke New Holland illustriert.

⁴⁴ Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz (Fn 33), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*. RPW 2018/2, 237 Rz 32, *Gym 80*; RPW 2018/1, 78 Rz 121, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 201, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 33), Art. 4 Abs. 1 N 138. 445.

⁴⁵ Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, E. 303, *Hallenstadion*.

⁴⁶ Act. [...].

⁴⁷ Vgl. Rz 48.

Abbildung 3: Preiskalkulation für Traktoren der Marke New Holland

**Schematische Übersicht über die Kalkulationsschritte bei BL
für Traktoren der Marke New Holland**



47. Abbildung 3 zeigt die Preiskalkulation für Traktoren der Marke New Holland gemäss Darstellung von Bucher LT sowohl hinsichtlich des von Bucher LT an die Herstellerin zu entrichtenden Preises als auch in Bezug auf den Preis, welchen die Händler an Bucher LT zu entrichten hätten. Massgebend in Bezug auf die Erfüllung von Ersatzteilvergaben/-zielen, welche Bucher LT ihren Händlern gesetzt habe, seien der «Nettoverkaufspreis BL» an die Händler und der «Händlerrabatt». Bucher LT gibt in ihrer Selbstanzeige weiter an, dass sie die Nettoverkaufspreise von Traktoren der Marke New Holland auf der Basis des «Bruttoverkaufspreises von BL (ohne

MwSt)» mit den Händlern verhandle und bestimme. Beim Begriff «Händlerrabatt» handle es sich um einen vom Einzelfall losgelösten Oberbegriff für die Summe aller Rabatte, welche ein Händler beim Bezug von Traktoren der Marke New Holland verhandeln und erhalten könne.⁴⁸ Der Händlerrabatt setze sich aus den Komponenten [...], Zielsetzungsrabatt [...] und [...] zusammen. [...],⁴⁹ ...⁵⁰]⁵¹.

⁴⁸ Act. [...].

⁴⁹ Act. [...].

⁵⁰ [...], act. [...].

⁵¹ Act. [...].

48. Hinsichtlich des Bezugs von Ersatzteilen der Marke New Holland massgebend ist der Zielsetzungsrabatt. Mit diesem verfügte Bucher LT über die Möglichkeit, New Holland-Gebietshändler, welche die ihnen gesetzten Umsatzziele bezüglich New Holland Ersatzteile nicht

erreichten, [...] des Zielsetzungsrabattes nicht zu gewähren. Dies erhellt bei der Betrachtung der nachfolgenden Beurteilungsmatrix (Abbildung 4), welche Bestandteil des Händlerdossiers war.⁵²

Abbildung 4: Beurteilungsmatrix Zielsetzungsrabatt aus dem Händlerdossier 2017⁵³

		Bezieht E-Teile im Bucher Shop und erfüllt Zielsetzung LE	

49. Von maximal zu gewährenden [...] des Zielsetzungsrabattes entfällt [...] darauf, ob ein Händler Ersatzteile im Bucher Shop bezieht und die Zielsetzung des Leiters Ersatzteile von Bucher LT erfüllt. Erfüllte ein New Holland-Gebietshändler die ihm gesetzten Umsatzziele beim Bezug von New Holland Ersatzteilen nicht, so hatte Bucher LT die Möglichkeit, die Bezugskonditionen für Traktoren der Marke New Holland zu verschlechtern, indem ihm das erwähnte [...] des Zielsetzungsrabatts nicht gewährt wurde. Auf diese Weise verknüpfte Bucher LT die Erfüllung von Umsatzzielen betreffend Ersatzteile für Traktoren der Marke New Holland mit den Bezugskonditionen für neue Traktoren der entsprechenden Marke. Diese Verknüpfung sollte dazu dienen, die Ersatzteilumsätze von Bucher LT zu verbessern, was die folgenden Auszüge aus dem im Recht liegenden Beweismittel illustrieren.

50. In einer internen E-Mail aus dem Jahr 2014 übermittelte [ein Mitglied der Geschäftsleitung] von Bucher LT seinen Vertriebsleitern und [...] den Vorgehensweg in Bezug auf das Ersatzteilgeschäft «Partsbusiness» in der Form einer Präsentation. [Ein Mitglied der Geschäftsleitung] wies die erwähnten Führungskräfte von Bucher LT an, die Massnahmen (s. Abb. 5 und 6) konsequent durchzusetzen.⁵⁴ Der wesentliche Abschnitt in der Präsentation ist in Abbildung 5 dargestellt.⁵⁵

⁵² Vgl. bspw. act. [...].

⁵³ Vgl. bspw. act. [...].

⁵⁴ Vgl. auch die E-Mail [eines Mitglieds der Geschäftsleitung] in act. [...], mit welcher die Führungskräfte darauf hingewiesen werden, dass deren Einflussnahme, die Händler zu fordern, alle Ersatzteile bei Bucher LT zu beziehen, sehr wichtig sei.

⁵⁵ Act. [...].

Abbildung 5: Folie aus der Präsentation zum Ersatzteilgeschäft

Ziel Partsbusiness

BUCHER
landtechnik

- [Redacted]
- [Redacted]

- Dies ist nur möglich, wenn wir konsequent den Verkauf der Produkte mit dem Verkauf der Parts koppeln.
- Dies ist rechtlich legal und einfach kontrollier- und durchführbar.
- Will der Händler den heutigen höchsten Rabatt, muss er die Parts bei uns bestellen, an sonst muss er beim Traktorenverkauf auf [Redacted] Rabatt verzichten. Dies kann mit einer schriftlichen Vereinbarung sofort geregelt werden.

51. Die gleiche Präsentation enthält auch eine Folie mit grafischer Darstellung eines Beispiels, wie das Rabattsystem Traktoren aussehen könnte (Abbildung 6):

Abbildung 6: Folie aus der Präsentation zum Ersatzteilgeschäft

Bsp. Rabattsystem Traktoren

BUCHER
landtechnik



52. Die Betrachtung vorstehender Auszüge aus Beweismitteln zeigen auf, dass Bucher LT ihre New Holland-Gebietshändler nebst der vertraglichen Verpflichtung zusätzlich mittels ihrer Rabattpolitik dazu anhalten wollte, sämtliche Ersatzteile bei Bucher LT zu beziehen. Um dieses Ziel zu erreichen, wurden die Konditionen beim Bezug von Traktoren der Marke New Holland für New Holland-Gebietshändler mit dem exklusiven Bezug von Ersatzteilen bei Bucher LT verknüpft.

53. Durch den Umstand, dass sich die auf ein Jahr befristete Kooperationsvereinbarung mit der Ausstellung und Unterzeichnung des jährlich abgeschlossenen Händlerdossiers automatisch um weitere 12 Monate verlängert (vgl. Rz 44), wäre die Kooperationsvereinbarung zudem (automatisch) ausgelaufen, wenn Bucher LT sich dazu entschieden hätte, einem New Holland-Gebietshändler – z.B. weil er sich nicht an die Vertragspflichten hielt – kein Händlerdossier mehr zu unterbreiten.⁵⁶ In diesem Fall hätte keine (vertragliche) Regelung für Traktoren der Marke New Holland zwischen Bucher LT und einem betroffenen New Holland-Gebietshändler mehr bestanden.

54. Die Regelung des Ersatzteilbezugs von Bucher LT mit ihren New Holland-Gebietshändlern, welche aufgrund der Kooperationsvereinbarung (verstärkt durch die rabattbezogenen Anreize) dazu verpflichtet wurden, Ersatzteile bei Bucher LT zu beziehen, ist objektiv geeignet, den Wettbewerbsparameter Bezugsquelle auszuschalten und eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.

B.4.1.3 Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen

55. Vertikale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken. Dieses betrifft die Geschäftsbedingungen (d.h. Haupt- oder Nebenleistungen), zu denen die Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek). Auf verschiedenen Marktstufen befinden sich Unternehmen, wenn sie tatsächlich oder der Möglichkeit nach auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren, d.h., auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind. Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen tatsächlich auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind oder ob sie nur der Möglichkeit nach (potenziell) auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren können.

56. Da die Kooperationsvereinbarung inkl. Händlerdossier die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, liegt in casu eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Diese wurde zwischen der auf der Grosshandelsstufe tätigen Bucher LT und ihren auf der Einzelhandelsstufe tätigen New Holland-Gebietshändlern abgeschlossen. Dabei handelt es sich um Unternehmen verschiedener Marktstufen.

B.4.1.4 Dauer der Abrede

57. Die vorliegende Wettbewerbsabrede dauerte zumindest von Juli 2016 bis April 2017 (vgl. Rz 15). Im Rah-

men der Prüfung der Frage, ob dem Antrag von Lehmann, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, stattzugeben ist, versandte Bucher LT im April 2017 ein Rundschreiben an ihre Händler, in welchem diesen insbesondere mitgeteilt wurde, dass sie frei seien, den Umfang des Ersatzteilbezuges bei Bucher LT nach eigenem Ermessen zu bestimmen.⁵⁷

B.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

B.4.2.1 Vorliegen einer vertikalen Abrede über absoluten Gebietsschutz

59. Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absolute Gebietsschutzabreden). Mit anderen Worten liegt ein absoluter Gebietsschutz dann vor, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind.⁵⁸ Der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes Folgendes voraus: Erstens einen Vertriebsvertrag, zweitens eine Gebietszuweisung, drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss (vgl. Rz 6 ff. VertBek-Erläuterungen⁵⁹).⁶⁰

Vertriebsvertrag

60. Der Begriff des Vertriebsvertrags ist umfassend zu verstehen und beinhaltet nicht nur eigentliche Vertriebsverträge, sondern auch einzelne Vertragsklauseln über den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Vertragsprodukten in anderen Verträgen, die einen absoluten Gebietsschutz vorsehen; derartige Klauseln finden sich z.B. in Franchise- oder Lizenzverträgen.⁶¹ Erfasst werden nicht nur schriftliche Vertragsklauseln, sondern sämtliche Arten und Formen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Ziff. 1 VertBek (z.B. auch Konditionenblätter und mündliche Vereinbarungen). Gefordert wird

⁵⁶ Act. [...].

⁵⁷ Act. [...].

⁵⁸ BGE 143 II 297, 330 E. 6.3.5 (= RPW 2017/2, 356 E. 6.3.5), *Gaba*.

⁵⁹ Erläuterungen der WEKO vom 12.6.2017 zur Vertikalbekenntmachung (Fn 31; VertBek-Erläuterungen).

⁶⁰ BGE 143 II 297, 328 E. 6.3 (= RPW 2017/2, 355 E. 6.3), *Gaba*; Urteil des BVGer, RPW 2016/3, 852 E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

⁶¹ BGE 143 II 297, 328 f. E. 6.3.1, 331 f. E. 6.4.1 (= RPW 2017/2, 355 E. 6.3.1, 356 f. E. 6.4.1), *Gaba*.

nicht eine bestimmte Art von Vertriebsvertrag wie ein Exklusiv-⁶² oder Selektivvertriebsvertrag (Ziff. 4 VertBek).⁶³

61. Die Kooperationsvereinbarung regelt die Zusammenarbeit zwischen der Generalimporteurin Bucher LT und ihren Händlern bezüglich des Vertriebs von Traktoren der Marke New Holland, wobei Bucher LT ihre Händler mit dem Abschluss der Kooperationsvereinbarung zu New Holland-Gebietshändlern (GH) ernannt. Im Bulletpunkt 4 der Kooperationsvereinbarung wird Folgendes festgelegt:

«[...]»⁶⁴

62. Gemäss dem Wortlaut dieser Klausel obliegt dem New Holland-Gebietshändler die Aufgabe, Traktoren der Marke New Holland in dem ihm zugewiesenen Gebiet zu vertreiben. Daneben regelt Bulletpunkt 10 der Kooperationsvereinbarung (vgl. Rz 42) den Bezug von (benötigten) Ersatzteilen für Traktoren der Marke New Holland. Diese werden von den New Holland-Gebietshändlern für die Erbringung von Nachverkaufsdienstleistungen benötigt.⁶⁵ Da die Kooperationsvereinbarung sowohl den Absatz von Traktoren als den Bezug von entsprechenden Ersatzteilen im Hinblick auf die Erbringung von Nachverkaufsdienstleistungen regelt, ist sie als Vertriebsvertrag zu qualifizieren.

Zuweisung von Gebieten

63. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst jede Art geografischer Aufteilung von Absatzgebieten, die eine Marktabschottung zum Resultat hat, indem anderen oder potenziellen Wettbewerbsteilnehmern der Zutritt auf den fraglichen Markt erschwert oder verunmöglicht wird. Damit soll der freie markeninterne Wettbewerb (sog. Intra-brand-Wettbewerb) grundsätzlich auf allen Gebieten gewährleistet werden. Folglich kann sich Art. 5 Abs. 4 KG sowohl auf den rein inländischen als auch auf den grenzüberschreitenden Vertrieb eines Produkts beziehen.⁶⁶

64. Die Bildung eines geografischen Verkaufsgebiets muss auf eine Zuweisung durch den Lieferanten bzw. Hersteller zurückzuführen sein. Nicht unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fällt somit eine auf dem freien Entschluss des Wiederverkäufers basierende Beschränkung des Vertragsgebiets.

65. Unter Art. 5 Abs. 4 KG wird sowohl die direkte als auch die indirekte Zuweisung von Gebieten erfasst (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek).⁶⁷ New Holland-Gebietshändler wurden mit der Kooperationsvereinbarung (inkl. Händlerdossier) vertraglich dazu verpflichtet, die benötigten Ersatzteile bei Bucher LT, d.h. in der Schweiz, zu beziehen. Damit wurde den New Holland-Gebietshändlern indirekt das Gebiet Schweiz zugewiesen (vgl. Rz 41 ff.).

Gebietsübergreifender Verkaufsausschluss

66. Im Vordergrund des Tatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG steht der Ausschluss von passiven Verkäufen (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek). Unter passivem Verkauf ist in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden zu verstehen, d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziff. 3 VertBek).

67. Eine absolute Gebietsschutzabrede kann auch auf indirekte Weise implementiert werden (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek).⁶⁸ Zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmer in der Schweiz führen vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartner in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.⁶⁹ Hingegen liegt kein indirekter Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmer in der Schweiz vor, wenn einem Schweizer Generalimporteur eine Bezugspflicht direkt beim ausländischen Hersteller auferlegt wird, während die Händler der nachgelagerten Handelsstufen sowie die Endkundinnen und Endkunden frei bleiben, die Produkte (günstiger) im Ausland zu beschaffen.⁷⁰

68. Im konkreten Fall verpflichtete die Kooperationsvereinbarung inkl. Händlerdossier und dem damit verbundenen Anreizsystem (vgl. Rz 39 ff.) die New Holland-Gebietshändler vertraglich dazu, die benötigten Ersatzteile für Traktoren der Marke New Holland bei Bucher LT zu beziehen. Damit war es New Holland-Gebietshändlern vertraglich indirekt untersagt, Kaufanfragen für Ersatzteile für Traktoren der Marke New Holland bei anderen Bezugsquellen im In- oder Ausland zu tätigen, welche passive Verkäufe in die Schweiz hätten auslösen können.

69. Im Ergebnis wurde den New Holland-Gebietshändlern vorliegend indirekt ein Gebiet zugewiesen, d.h., diese waren vertraglich dazu verpflichtet, die benötigten Ersatzteile bei Bucher LT in der Schweiz beziehen. Ein Bezug über andere inländische Lieferanten oder bei ausländischen Anbietern wurde vertraglich ausgeschlossen, da die New Holland-Gebietshändler aufgrund der Kooperationsvereinbarung inkl. Händlerdossier vertraglich dazu verpflichtet waren, die benötigten Ersatzteile der Marke New Holland bei Bucher LT zu beziehen. Eine solche Alleinbezugsverpflichtung führt indirekt zum Ausschluss von Passivverkäufen durch andere Ersatzteilverkäufer in die Schweiz. Demnach greift die gesetzliche Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG beseitigt ist.

⁶² In einem Exklusivvertriebsvertrag verpflichtet sich der Anbieter, seine Produkte zum Zweck des Weiterverkaufs in einem bestimmten Gebiet oder an eine bestimmte Kundengruppe nur an einen Händler zu verkaufen, vgl. Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, Rz 51, 151 (EU-Vertikalleitlinien).

⁶³ BGE 143 II 297, 328 f. E. 6.3.1 (= RPW 2017/2, 355 E. 6.3.1), *Gaba*; Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 854 E. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

⁶⁴ Act. [...].

⁶⁵ [...].

⁶⁶ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 5 N 528.

⁶⁷ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 5 N 531 ff.

⁶⁸ Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

⁶⁹ Vgl. Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

⁷⁰ Vgl. RPW 2018/2, 238 Rz 10, 241 f. Rz 40 ff., *Gym 80*; ANDREA GRABER CARDINAUX, Neuste Entwicklungen im Vertriebskartellrecht, in: Jusletter 15. Oktober 2018, Rz 10, 16.

B.4.2.2 Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

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

B.4.2.2.1 Relevante Märkte

71. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU⁷¹ analog).⁷² Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁷³ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁷⁴

72. Vorliegender Untersuchungsgegenstand sind die Abreden zwischen Bucher LT und ihren New Holland-Gebietshändlern über den indirekten absoluten Gebietschutz nach Art. 5 Abs. 4 KG beim Vertrieb von Ersatzteilen für Traktoren der Marke New Holland. Bei der Ermittlung des sachlich relevanten Marktes für den Vertrieb von Traktor-Ersatzteilen ist zu beachten, dass sich die Nachfrage der New Holland-Gebietshändler von der Nachfrage der Endkunden und Endkundinnen ableitet (abgeleitete Endnachfrage).⁷⁵ Massgebend ist folglich, welche Ersatzteile für Traktoren von den Landwirten oder Landwirtinnen, als Endkunden oder Endkundinnen, als austauschbar angesehen werden.

Markt für den Vertrieb von Traktor-Ersatzteilen

73. Zunächst ist davon auszugehen, dass sich der Markt für den Vertrieb von Traktor-Ersatzteilen von demjenigen für den Vertrieb von neuen Traktoren grundsätzlich unterscheidet. Beim Kauf eines neuen Traktors ist anzunehmen, dass sich das Nachfrageverhalten der Marktgegenseite (d.h. der Landwirte oder Landwirtinnen) an individuellen Präferenzen und/oder Verwendungszwecken orientiert sowie Substitute verschiedener Hersteller bestehen. Demgegenüber orientiert sich das Nachfrageverhalten beim Vertrieb von Ersatzteilen an faktischen Gegebenheiten, namentlich an der erforderlichen Reparatur eines Defekts an einem Traktor. So wird bspw. aus Sicht des Endkunden oder der Endkundin in zeitlich dringenden Fällen, bspw. bei einem Defekt während der Erntezeit, neben dem Preis und der Qualität die Verfügbarkeit zu einem entscheidenden Wettbewerbsparameter.⁷⁶ Angesichts der Modellvielfalt von Traktoren ist es denkbar, dass Traktoren marken- und modellspezifische Attribute aufweisen (z.B. Chassis, Fenster usw.) und bestimmte Ersatzteile für Traktoren einer Marke deshalb

nicht mit Ersatzteilen einer anderen Traktormarke austauschbar sind. Jedoch erscheint es naheliegend, dass andere Kategorien von Ersatzteilen für Traktoren (z.B. Dichtungen etc.) durch Produkte anderer Hersteller ersetzt werden könnten.

74. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der Markt für den Vertrieb von Traktor-Ersatzteilen weiter in ein Segment für nicht-substituierbare und eines für substituierbare Ersatzteile unterteilt werden müsste. Ein Blick auf die Überlegungen der Europäischen Kommission im Bereich KFZ zeigt, dass diese im Bereich Automobile einen eigenen Markt für Ersatzteile (für KFZ) annimmt und diesen markenspezifisch abgrenzt.⁷⁷ Ob diese Überlegungen auf den vorliegenden Fall übertragen werden können, bedürfte weiterer Ermittlungshandlungen, namentlich der Befragung von Marktteilnehmern. Dabei wäre insbesondere zu klären, welche Traktor-Ersatzteile substituierbar sind, d.h. mit Ersatzteilen anderer Hersteller teilweise oder vollständig ersetzt werden können. Angesichts des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung wurde auf entsprechende zusätzliche Ermittlungsmassnahmen verzichtet. Die konkrete Markt-abgrenzung wird in casu daher offen gelassen.

75. In räumlicher Hinsicht ist zu beachten, dass Ersatzteile für einen Traktor unter Umständen in einer bestimmten, kurzen Zeitspanne geliefert werden müssen. Dies ist bspw. vorstellbar, wenn ein Traktor in der Erntesaison mitten auf dem Feld einen Defekt aufweist; diesfalls muss das benötigte Ersatzteil aus wirtschaftlichen Gründen so schnell wie möglich geliefert werden.⁷⁸ Hinzu kommt, dass die Europäische Kommission im KFZ-Sektor die Ersatzteilmärkte in der Regel national abgegrenzt, weil der Ersatzteilhandel überwiegend in den selektiven Vertriebssystemen der Hersteller organisiert wird und die zugelassenen Werkstätten innerhalb dieser Systeme zu ähnlichen Bedingungen einkaufen können.⁷⁹

76. [...] Ob die genannten Überlegungen und Vorbringen von Bucher LT in casu zutreffend sind, bedürfte ebenfalls weiterer Ermittlungshandlungen, namentlich

⁷¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

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

⁷³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁷⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁵ Urteil des BVGer vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 821 ff. E. 7.1, *BMW/WEKO*; Erwägungsgrund III. zur KFZ-Bekanntmachung; REINHARD ELLGER in: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht Immenga/Mestmäcker, Art. 4 Kfz-GVO N 23.

⁷⁶ Act. [...].

⁷⁷ Vgl. Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABl. 2010 C 138 vom 28.5.2010, 16 ff., Rz 15 und 57 (Ergänzende Leitlinien zur Kfz -GVO); ELLGER (Fn 75), in: Kfz-GVO, Art. 4 Kfz -GVO N 25 sowie Ergänzende Leitlinien zur Kfz -GVO, Rz 15 und 57; ELLGER (Fn 75), in: Kfz-GVO, Art. 4 Kfz -GVO N 25.

⁷⁸ Act. [...].

⁷⁹ ELLGER (Fn 75), in: Kfz-GVO, Art. 4 Kfz-GVO N 26.

⁸⁰ Act. [...].

der Befragung von Marktteilnehmern. Infolge des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung mit Bucher LT wurde auf weitere Ermittlungshandlungen verzichtet. Ohne eine abschliessende Beurteilung vorzunehmen, wird für die Zwecke des vorliegenden Falles in räumlicher Hinsicht von einem mindestens nationalen Markt ausgegangen.

B.4.2.2.2 Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb

77. Indem Bucher LT ihren New Holland-Gebietshändlern, welche die Kooperationsvereinbarung inkl. Händlerdossier im untersuchungsrelevanten Zeitraum unterzeichnet haben, eine Alleinbezugsverpflichtung auferlegte, war es diesen Händlern, die vor dem Zeitpunkt der Kooperationsvereinbarung Ersatzteile für New Holland Traktoren auch bei Lehmann bezogen haben, nur noch bei Abweichen von den vertraglichen Verpflichtungen möglich, Ersatzteile bei der letztgenannten Unternehmung oder anderen (inländischen oder ausländischen) Anbietern zu beziehen.

78. Neben Lehmann nannte Bucher LT die [...] als Konkurrentin im Bereich von Traktor-Ersatzteilen. Aufgrund des aktuellen Ermittlungsstandes ist nicht ausgeschlossen, dass die [...] im untersuchungsrelevanten Zeitraum in begrenztem Masse disziplinierende Wirkung auf die Bucher LT ausgeübt haben könnte. Zudem könnte auch von im Ausland ansässigen Handelsunternehmen (vgl. Rz 8) eine disziplinierende Wirkung auf Bucher LT ausgegangen sein. Bucher LT zufolge seien ausländische Anbieter von Ersatzteilen im Schweizer Markt tätig (vgl. auch Rz 8).⁸¹ [...] ⁸² Ohne infolge des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung abschliessende Ermittlungshandlungen vorgenommen zu haben, ist im Lichte vorstehender Ausführungen in Bezug auf markenspezifische Ersatzteile für Traktoren während dem Untersuchungszeitraum davon auszugehen, dass ein bestimmtes Mass an Intrabrand-Wettbewerb vorhanden gewesen ist.

79. Schliesslich ist denkbar, dass zumindest bei bestimmten Traktor-Ersatzteilen, die nicht markenspezifisch sind, Substitute anderer Hersteller vorhanden sind (vgl. Rz 73), so dass auch ein bestimmtes Mass an Interbrand-Wettbewerb bestand.

80. Im Lichte vorstehender Ausführungen ist zu Gunsten von Bucher LT davon auszugehen, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG im Untersuchungszeitraum durch den vorhandenen Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann, obwohl dies letztlich mangels vollständig ermitteltem Sachverhalt infolge des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung unklar bleibt.

B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

81. Das Bundesgericht hat im Urteil *Gaba*⁸³ festgehalten, dass u.a. absolute Gebietsschutzabreden den Wettbewerb aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich erheblich beeinträchtigen.⁸⁴ Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt und unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der an der Abrede beteiligten Unternehmen.⁸⁵ Dabei genügt es, dass solche Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁸⁶ D.h., ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung der Abrede ist nicht erforderlich (Rz 10

VertBek-Erläuterungen).⁸⁷ Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der absoluten Gebietsschutzabreden hinweisen würden. Demnach stellen die vertikalen indirekten absoluten Gebietsschutzabreden zwischen Bucher LT und ihren Händlern erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

B.4.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

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

83. Bei absoluten Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek).

84. Mögliche Effizienzgründe sind in casu nicht ersichtlich und wurden von Bucher LT auch nicht geltend gemacht.

B.4.5 Fazit

85. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zum Ergebnis, dass die vertikalen indirekten absoluten Gebietsschutzabreden zwischen Bucher LT und ihren Händlern als unzulässiger Kartellrechtsverstoss im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.

B.5 Massnahmen

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

⁸¹ Act. [...].

⁸² Act. [...].

⁸³ BGE 143 II 297, *Gaba*.

⁸⁴ BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, 325 E. 5.6 (= RPW 2017/2, 351 E. 5.2.5, 354 E. 5.6), *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1 (= RPW 2017/4, 691 f. E. 4.3.1), *BMW*.

⁸⁵ BGE 143 II 297, 315 f. E. 5.2.1, 324 f. E. 5.5 (= RPW 2017/2, 350 E. 5.2.1, 354 E. 5.5), *Gaba*.

⁸⁶ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4, 325 E. 5.6 (= RPW 2017/2, 353 E. 5.4, 354 E. 5.6), *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2 (= RPW 2017/4, 692 E. 4.3.2), *BMW*.

⁸⁷ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2 (= RPW 2017/2, 353 f. E. 5.4.2), *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.4.1 (= RPW 2017/4, 692 E. 4.4.1), *BMW*.

B.5.1 Einvernehmliche Regelung

87. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 10. Januar 2019 mit der Bucher LT eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG abgeschlossen (vgl. Rz 26). Diese lautet wie folgt:

«A. Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0479 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 Bst. 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) alle Gegenstand der Untersuchung 22-0479 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen sowie Massnahmen zu deren Beseitigung, gegenüber der Bucher LT einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) Der Wille und die Bereitschaft von Bucher LT 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 [...] bis [...] 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 Bucher LT keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Bucher LT fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Bst. d) sowie bei Beachtung von Bst. c) im Sinne von Bst. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von Bucher LT.

B. Vereinbarungen

1. Bucher LT verpflichtet sich, Parallel- und Direktimporte von Traktoren der Marke New Holland sowie Ersatzteilen in die Schweiz im Sinne von

Art. 5 Abs. 4 KG weder direkt noch indirekt zu ver- oder behindern.

2. Bucher LT verpflichtet sich, beim Vertrieb von Traktoren der Marke New Holland, ihre Händler weder direkt noch indirekt im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG daran zu hindern, New Holland Ersatzteile bei einer Bezugsquelle ihrer freien Wahl zu beziehen. Zulässig ist die Gewährung von Rabatten, Rückvergütungen und Konditionen beim Bezug von New Holland Ersatzteilen und New Holland Traktoren, solange (i) die Bezugskonditionen für New Holland Traktoren nicht direkt oder indirekt von vertrieblichen Zielsetzungen für New Holland Ersatzteile abhängig sind, und (ii) die Bezugskonditionen für New Holland Ersatzteile nicht direkt oder indirekt von vertrieblichen Zielsetzungen für New Holland Traktoren abhängig sind.
3. Bucher LT verpflichtet sich, auf Kommunikationen mit CNH Industrial N.V. oder einer ihrer verbundenen oder affilierten Gesellschaften (CNH) zu verzichten, mit denen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG Passivverkäufe von Traktoren aus dem umliegenden Ausland ver- oder behindert werden sollen und die zu Interventionen durch CNH gegenüber ausländischen Händlern führen. Mitteilungen an CNH betreffend Parallelimporte im Rahmen von Preisverhandlungen, Verhandlungen über Belieferungskonditionen und Bestellmengen, Abwicklung von Garantieleistungen, Produktrückrufen usw. sind zulässig.
4. Bucher LT verpflichtet sich, die unternehmensinterne und –externe Kommunikation entsprechend vorstehender Ziffern anzupassen, insbesondere
 - a) die mit den Händlern abgeschlossenen Dokumente, die den Vertrieb von Traktoren der Marke New Holland und/oder den Bezug von Ersatzteilen zum Gegenstand haben, und
 - b) Dokumente, die zur Leistungsbeurteilung von Händlern, die im Vertrieb von Traktoren der Marke New Holland tätig sind, verwendet werden.
5. Bucher LT wird CNH über die vorstehenden Vereinbarungen in Kenntnis setzen.»

88. Mit der Vereinbarung 1 wird der Gegenstand der Selbstanzeige (vgl. Rz 17) geregelt. Zur Vereinbarung 2 bleibt in begrifflicher Hinsicht zu präzisieren, dass unter New Holland Ersatzteilen sämtliche Ersatzteile zu verstehen sind, welche ein New Holland-Händler für die Reparatur und den Unterhalt eines Traktors der Marke New Holland benötigt und die bei Bucher LT bezogen werden oder wurden. Weiter ist festzuhalten, dass mit vertrieblichen Zielen Vorgaben der Bucher LT gemeint sind, wie sie mit der Kooperationsvereinbarung inkl. Händlerdossier in der Vergangenheit festgelegt wurden (vgl. Rz 57).

89. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die vorlie-

gend zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkungen werden gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen.

90. 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.⁸⁸

B.5.2 Sanktionierung

B.5.2.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

91. Die Belastung der Verfahrenspartei mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt hat. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁸⁹ Zur Qualifizierung von Bucher LT als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 29 verwiesen.

92. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.⁹⁰ Die Voraussetzungen der Beteiligung von Bucher LT an Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und der Unzulässigkeit dieser Abreden sind in casu erfüllt (vgl. Rz 58 ff.).

B.5.2.2 Vorwerfbarkeit

93. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁹¹, welcher das BVGer gefolgt ist⁹², stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

94. 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.⁹³ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann

vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁹⁴

95. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass Bucher LT im Jahre 2002 (u.a.) in eine Vorabklärung des Sekretariats involviert war,⁹⁵ im Rahmen derer u.a. die Behinderung von Parallelimporten von Traktoren ein Thema war. Bucher machte gegenüber dem Sekretariat Verpflichtungszusagen, wobei die folgende hervorzuheben ist:

«Die Bucher Landtechnik AG verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt Parallelimporte von Traktoren der Marke New Holland zu verhindern. Das bedeutet, dass es den Wiederverkäufern (Vollleistungshändler, Teilleistungshändler und Preislisten- und Prospekt-Händler) erlaubt ist, die Traktoren bei anderen Grossisten, welche nicht zum offiziellen Vertriebskanal gehören oder sich im Ausland befinden, zu beschaffen.»⁹⁶

96. Damit steht fest, dass sich Bucher LT der Problematik von (direkten und indirekten) Behinderungen von Parallelimporten bewusst war bzw. sein musste. Obgleich es sich bei der damaligen Vorabklärung um Parallelimporte von Traktoren – und nicht um Ersatzteile für Traktoren – handelte und die damaligen Umstände nicht identisch waren mit denjenigen des vorliegenden Falls, hätte sich Bucher LT der kartellrechtlichen Problematik bezüglich Verhinderungen von unaufgeforderten Kaufanfragen ihrer Händler bei anderen (ausländischen) Bezugsquellen bewusst sein müssen. Selbst wenn Bucher LT sich hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Kooperationsvereinbarung und des Händlerdossiers unsicher gewesen sein sollte, hätte man von Bucher LT erwarten dürfen, dass sie sich zur Klärung mit dem Sekretariat in Verbindung setzt oder einen Rechtsberater

⁸⁸ 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*.

⁸⁹ Ständige Praxis; siehe statt aller RPW 2018/3, 508 Rz 581, *Supermédia*; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1472, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* (nicht rechtskräftig).

⁹⁰ Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

⁹¹ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁹² Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

⁹³ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

⁹⁴ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁹⁵ RPW 2002/4, 558 ff., *Tracteurs*.

⁹⁶ RPW 2002/4, 566 Rz 42, *Tracteurs*.

hinzuzieht. Dies insbesondere aufgrund des Umstandes, dass es sich bei Bucher LT nicht um ein KMU handelt, sondern um eine Division der börsenkotierten Bucher Industries AG. Somit ist ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

B.5.2.3 Bemessung

97. 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.

98. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG⁹⁷ näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit⁹⁸ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁹⁹ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall.¹⁰⁰

B.5.2.3.1 Konkrete Sanktionsberechnung

99. 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.

Basisbetrag

100. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.¹⁰¹ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

101. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

102. In den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung, d.h. in den Geschäftsjahren 2015, 2016 und 2017 erwirtschaftete Bucher LT in der Schweiz einen Umsatz von CHF [...], CHF [...] respektive CHF [...] mit dem Verkauf von Ersatzteilen für

Traktoren der Marke New Holland.¹⁰² Der Gesamtumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung betrug folglich CHF [...]. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt im vorliegenden Fall somit CHF [...].

103. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Bucher LT hat sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive¹⁰³ Faktoren im Vordergrund. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

104. Aufgrund der Tatsache, dass es sich beim vorliegend zu beurteilenden Kartellrechtsverstoss um eine indirekte absolute Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG handelt und die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion im vorliegenden Fall auf 4 % festzusetzen. Der Basisbetrag beträgt somit, gestützt auf die von Bucher LT in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielten Umsätze, CHF [...].

Dauer des Verstosses

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

106. Der festgestellte Wettbewerbsverstoss dauerte von Juli 2016 bis April 2017 (vgl. Rz 57), mithin weniger als ein Jahr. Deshalb wird kein Dauerzuschlag erhoben.

Erschwerende und mildernde Umstände

107. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Diejenigen Aspekte,

⁹⁷ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

⁹⁸ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

⁹⁹ 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*.

¹⁰⁰ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁰¹ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2016/2, 429 Rz 332 m.w.H. in Fn 121, *Altimum SA*.

¹⁰² Act. [...].

¹⁰³ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DAHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

welche im Rahmen der Selbstanzeige und damit über den Bonus berücksichtigt werden, können nicht zusätzlich als erschwerende respektive mildernde Umstände Berücksichtigung finden. Die Einnahme einer anstiftenden oder führenden Rolle in einem Wettbewerbsverstoss (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG) wird im Rahmen der Beurteilung der Selbstanzeige gewürdigt (vgl. Rz 118). Weitere erschwerende Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich.

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

109. Im vorliegenden Fall hat Bucher LT zu einem frühen Zeitpunkt ihre Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung signalisiert.¹⁰⁴ Dank des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung konnte im Sinne der Verfahrensökonomie auf zusätzliche Ermittlungsmassnahmen verzichtet und die Begründungstiefe und -dichte der Verfügung reduziert werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall, für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung eine Sanktionsreduktion von 20 % zu gewähren. Weitere mildernde oder erschwerende Umstände sind nicht ersichtlich.

B.5.2.3.2 Selbstanzeige – teilweiser Erlass der Sanktion

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

111. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG *erlässt* die WEKO einem Unternehmen die Sanktion *vollständig*, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.¹⁰⁵

112. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

mittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

113. Vorliegend hat Bucher LT dem Sekretariat als erstes Unternehmen Beweismittel vorgelegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 4 KG festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG).¹⁰⁶

114. Für einen vollständigen Sanktionserlass wird von einem Unternehmen gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG indes zusätzlich kumulativ verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt;
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle beim Wettbewerbsverstoss eingenommen noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

115. Diese Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG sind in casu nicht erfüllt; Bucher LT hat im hier in Rede stehenden Wettbewerbsverstoss eine führende Rolle eingenommen. Eine führende Rolle ist anzunehmen, wenn ein Unternehmen die Wettbewerbsabrede steuert, d.h. wenn es die eigentliche Initiative sowohl bei der Vorbereitung als auch der Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung ergreift. Indizien hierfür können beispielsweise die Organisation von Zusammenkünften und Austauschen im Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeschränkung sein, die Initiierung von Korrespondenz, eine Vorreiterrolle bei der Umsetzung oder die Interessenlage des Unternehmens.¹⁰⁷

116. Bucher LT hat als Urheberin der Kooperationsvereinbarung sowie des Händlerdossiers die Initiative sowohl bei der Vorbereitung als auch der Durchführung der hier in Rede stehenden Wettbewerbsbeschränkung ergriffen (vgl. Rz 39). Die Kooperationsvereinbarung (inkl. Händlerdossier) wurde von Bucher LT erstellt und (potentiellen) New Holland-Gebietshändlern zur Unterschrift vorgelegt; die Absicht von Bucher LT war es dabei, mit sämtlichen New Holland-Gebietshändlern eine Kooperationsvereinbarung inkl. Händlerdossier abzuschliessen (vgl. Rz 39). Zudem ist zu berücksichtigen, dass die hier zu beurteilenden Abreden hauptsächlich im Interesse von Bucher lagen, um dadurch die Ersatzteilumsätze von Bucher LT zu verbessern (vgl. Rz 49 f).¹⁰⁸

¹⁰⁴ Act. [...].

¹⁰⁵ So bereits RPW 2009/3, 219, Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁰⁶ Act. [...].

¹⁰⁷ RPW 2016/3, 724 Rz 224, *Saiteninstrumente*; PATRICK L. KRAUSKOPF, in: DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 49a Abs. 1-2 KG N 50.

¹⁰⁸ Act. [...].

117. In Anwendung von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG kann Bucher LT die Sanktion infolgedessen nicht vollständig erlassen werden. In Bezug auf die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG ist festzuhalten, dass die Kooperation von Bucher LT mit den Wettbewerbsbehörden zu keinen Beanstandungen Anlass gibt.

118. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat (vgl. Rz 57). Die Reduktion beträgt gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG bis zu 50 Prozent, wobei die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg massgebend ist.

119. Die Reduktion beträgt bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG (Art. 12 Abs. 3 SVKG).

120. Aus den nachfolgenden Überlegungen erachtet die WEKO in casu unter Berücksichtigung der entsprechenden Vorbringen von Bucher LT¹⁰⁹ eine Reduktion von [50–60 %] als angemessen:

- Bucher LT hat den von ihr angezeigten Sachverhalt sowohl bereits im Rahmen ihrer Selbstanzeige als auch danach anlässlich von Einvernahmen relativiert. Diese Relativierungen führten dazu, dass das Sekretariat zur Klärung sachverhaltsrelevanter Fragen mehrmals bei Bucher LT schriftlich nachfragen musste.¹¹⁰ Dies, obwohl die Bucher LT nach Art. 12 Abs. 1 SVKG unaufgefordert am Verfahren hätte mitwirken sollen. Zudem bestanden für das Sekretariat auch nach dem Eingang der Antworten von Bucher LT noch sachverhaltsbezogene Fragen.
- Die nach Einschätzung der WEKO für den Verfahrenserfolg wesentlichen Beweismittel im vorliegenden Fall sind die Kooperationsvereinbarung sowie das Händlerdossier. Über diese Dokumente verfügte das Sekretariat bereits vor der Untersuchungseröffnung. Somit leisteten die von Bucher LT im Rahmen ihrer Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel keinen entscheidenden Beitrag zum Verfahrenserfolg. Anzurechnen ist indes, dass Bucher LT eine Vielzahl von Beweismitteln vorgelegt hat, welche Hintergrundinformationen zur Kooperationsvereinbarung und zum Händlerdossier lieferten, wobei wiederum relativierend anzufügen ist, dass bestimmte, der von Bucher LT eingereichten Beweismittel anlässlich der Hausdurchsuchung bereits beschlagnahmt worden waren.
- [...].

121. Bucher LT bringt in diesem Zusammenhang vor, für Bucher LT sei nicht erkennbar, bei welchen Punkten noch sachverhaltsbezogene Fragen offen gewesen seien, welche eine Reduktion des Bonus von 80 % auf [50–60 %] rechtfertigen würde. Bucher LT beantragt deshalb eine vollumfängliche Reduktion um 80 %.¹¹¹ Der Antrag ist abzulehnen. Für die Sanktionsreduktion ist nicht alleine der Umfang der von einer Selbstanzeigerin gelieferten

Informationen und Dokumente massgebend, sondern auch und in besonderem Masse deren materieller Gehalt. Im vorliegenden Fall genügt der materielle Gehalt der Selbstanzeige zum Ersatzteilgeschäft nicht, eine insgesamt maximale Sanktionsreduktion im Umfang von 80 % zu gewähren, sondern lediglich im Umfang von [50–60 %].

B.5.2.3.3 Maximalsanktion

122. 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 Kartellgesetz 2003 ergibt,¹¹² sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.¹¹³ Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar; vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im Kartellgesetz 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.

123. Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze von Bucher LT, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich unterschritten wird (vgl. Rz 125).

B.5.2.4 Ergebnis

124. Die nachfolgende Tabelle fasst die Sanktionsberechnung für die Bucher LT zusammen:

¹⁰⁹ Act. [...].

¹¹⁰ Act. [...].

¹¹¹ Act. [...].

¹¹² Vgl. BBl 2002 2022, 2037.

¹¹³ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2016/2, 428 Rz 326, *Altimum SA*.

Tabelle 1: Sanktionsbemessung

Sanktionsbemessung		CHF
Umsatz auf dem relevanten Markt drei Jahre		[...]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 %	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG)	4 %	[...]
Zuschlag für Dauer (Art. 4 SVKG)	+0 %	0
Total Basisbetrag		[...]
Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	+ 0 %	0
Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	- 20 %	-[...]
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung		[...]
Reduktion der Sanktion: Bonus (Art. 12 SVKG)	- [50–60 %]	-[...]
Total		[rund 150'000]

125. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO für die Bucher LT eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF [rund 150'000] als dem Verstoss Art. 49a Abs. 1 KG als angemessen. Die beantragte Sanktion liegt in jedem Fall unter der Maximalsanktion, da die Obergrenze des Basisbetrags nicht überschritten ist.

C. Kosten

126. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹¹⁴ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

127. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde¹¹⁵. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

128. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

129. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 687.68 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 21.92 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 6'356.80

- 353.97 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 70'794.–
- 335.79 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 43'652.70

130. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 120'803.50.

131. Neben dem Aufwand nach Art. 4 AllgGebV¹¹⁶ hat der Gebührenpflichtige gemäss Art. 6 AllgGebV die Auslagen sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden, zu erstatten. Dieser Aufwand belief sich vorliegend auf CHF 4692.–.

D. Ergebnis

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

- Zwischen Bucher LT und ihren New Holland-Gebietshändlern bestanden zumindest im Zeitraum Juli 2016 bis April 2017 vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG, mit welchen die New Holland-Gebietshändler vertraglich verpflichtet waren, die benötigten Ersatzteile für Traktoren der Marke New Holland bei Bucher LT zu beziehen. (vgl. Rz 35 ff.).
- Diese Wettbewerbsabreden stellen einen indirekten absoluten Gebietsschutz nach Art. 5 Abs. 4 KG dar (vgl. Rz 59 ff.).

¹¹⁴ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹¹⁵ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

¹¹⁶ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

- Es ist zu Gunsten von Bucher LT davon auszugehen, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch den vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann (vgl. Rz 73 ff.).
- Die Abreden sind als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend einzustufen.
- Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gelingt nicht (vgl. Rz 76 ff.).
- Die vertikalen indirekten absoluten Gebietschutzabreden zwischen Bucher LT sind damit als unzulässiger Kartellrechtsverstoss im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren (vgl. Rz 86).
- Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF [rund 150'000] dem Verstoss von Bucher LT gegen Art. 49a Abs. 1 KG als angemessen (vgl. Rz 124 f.).
- Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat Bucher LT die Verfahrenskosten in Höhe von CHF 125'495.50 zu tragen (vgl. Rz 130).

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die WEKO genehmigt die von der Bucher LT mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 10. Januar 2019 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 87):

«1. Bucher LT verpflichtet sich, Parallel- und Direktimporte von Traktoren der Marke New Holland sowie Ersatzteilen in die Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG weder direkt noch indirekt zu ver- oder behindern.

2. Bucher LT verpflichtet sich, beim Vertrieb von Traktoren der Marke New Holland, ihre Händler weder direkt noch indirekt im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG daran zu hindern, New Holland Ersatzteile bei einer Bezugsquelle ihrer freien Wahl zu beziehen. Zulässig ist die Gewährung von Rabatten, Rückvergütungen und Konditionen beim Bezug von New Holland Ersatzteilen und New Holland Traktoren, solange (i) die Bezugskonditionen für New Holland Traktoren nicht direkt oder indirekt von vertriebli-

chen Zielsetzungen für New Holland Ersatzteile abhängig sind, und (ii) die Bezugskonditionen für New Holland Ersatzteile nicht direkt oder indirekt von vertrieblischen Zielsetzungen für New Holland Traktoren abhängig sind.

3. Bucher LT verpflichtet sich, auf Kommunikationen mit CNH Industrial N.V. oder einer ihrer verbundenen oder affilierten Gesellschaften (CNH) zu verzichten, mit denen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG Passivverkäufe von Traktoren aus dem umliegenden Ausland ver- oder behindert werden sollen und die zu Interventionen durch CNH gegenüber ausländischen Händlern führen. Mitteilungen an CNH betreffend Parallelimporte im Rahmen von Preisverhandlungen, Verhandlungen über Belieferungskonditionen und Bestellmengen, Abwicklung von Garantieleistungen, Produktrückrufen usw. sind zulässig.

4. Bucher LT verpflichtet sich, die unternehmensinterne und –externe Kommunikation entsprechend vorstehender Ziffern anzupassen, insbesondere

a. die mit den Händlern abgeschlossenen Dokumente, die den Vertrieb von Traktoren der Marke New Holland und/oder den Bezug von Ersatzteilen zum Gegenstand haben und

b. Dokumente, die zur Leistungsbeurteilung von Händlern, die im Vertrieb von Traktoren der Marke New Holland tätig sind, verwendet werden.

5. Bucher LT wird CNH über die vorstehenden Vereinbarungen in Kenntnis setzen.»

2. Die Bucher Landtechnik AG wird wegen Beteiligung an unzulässigen Abreden über den indirekten absoluten Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF [rund 150'000] belastet.
3. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
4. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gebühr von CHF 120'803.50 und Auslagen von CHF 4692.–, belaufen sich insgesamt auf CHF 125'495.50. Sie werden der Bucher Landtechnik AG auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- Bucher Landtechnik AG, in Niederweningen, vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Carlyle Group/Mubadala Investment Company PJSC/CEPSA

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30 Juli 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU² vom 31. Juli 2019

1. Am 8. Juli 2019 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, welches den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle – indirekt mittels der Matador Bidco S.a.r.l. (nachfolgend: Matador) – durch die Carlyle Group (nachfolgend: Carlyle) und die Mubadala Investment Company PJSC (nachfolgend: Mubadala) über die Compañía Española de Petróleos S.A.U (nachfolgend: CEPSA oder Zielunternehmen) betrifft. CEPSA wird bisher alleine von Mubadala kontrolliert.

2. **Carlyle** ist eine globale Investmentgesellschaft, die Fonds verwaltet, welche weltweit in die vier Investmentkategorien Corporate Private Equity, Immobilienvermögen, Global Credit und Investment Solutions investiert. Carlyle hält eine gemeinsam kontrollierende Beteiligung an der Varo Energy B.V. (nachfolgend: Varo), einem Raffinerieunternehmen und Lieferanten von Erdölprodukten. Varo besitzt und betreibt in der Schweiz eine Raffinerie in Cressier und ist zu 45 % an der Bayernoil Raffineriegesellschaft GmbH in Deutschland beteiligt.

3. **Matador** ist eine Akquisitionsgesellschaft, welche von Carlyle International Energy Partners I (CIEP I), Carlyle International Energy Partners II (CIEP II), Carlyle Europe Partners V (CEP V), und Carlyle Partners VII (CP VII) kontrolliert wird, wobei jeder Fonds von Gesellschaften verwaltet wird, die mit Carlyle verbunden sind.

4. **Mubadala** ist eine staatliche Aktiengesellschaft in Abu Dhabi, die sich auf Investitionen konzentriert. Diese Gesellschaft befindet sich im Besitz der Regierung des Emirats Abu Dhabi in den Vereinigten Arabischen Emiraten. Mubadala investiert in eine Vielzahl von Sektoren, darunter Energie, Öl und Gas und besitzt ein globales Portfolio von Finanzbeteiligungen. Mubadala ist Inhaberin des gesamten ausgegebenen Aktienkapitals der CEPSA.

5. **CEPSA** hat ihren Hauptsitz in Madrid, Spanien, und ist die Muttergesellschaft einer Gruppe von Unternehmen, die in der Lieferung von verschiedenen Arten von

Treibstoffen und Treibstoffderivaten tätig sind. Zu den Aktivitäten der CEPSA-Gruppe gehören u.a. Aktivitäten in der Öl- und Gasproduktion und deren Exploration sowie der Rohöl-Raffinierung. Weiterhin ist die CEPSA-Gruppe aktiv in der Lieferung von Motor-, Flug- und Schifftreibstoffen, der Herstellung von Petrochemikalien und von anderen Erdölproduktprodukten. In der Schweiz hat CEPSA keine Tochtergesellschaften.

6. Mit dem Zusammenschlussvorhaben verfolgt Carlyle das Ziel, das Wachstum und die Entwicklung von CEPSA zu unterstützen. Als finanzieller Investor beabsichtigt Carlyle, von der potentiellen Wertsteigerung der Investition zu profitieren. Mubadala beabsichtigt, das Geschäft von CEPSA weiter auszubauen, welches durch die Partnerschaft mit dem Investor Carlyle ermöglicht werden solle.

7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 3. Juli 2019 auch bei der Europäischen Kommission gemeldet.³

8. Carlyle beabsichtigt im Wege eines Aktienkaufvertrags, [...] % der Anteile an CEPSA zu erwerben. [...]. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden Carlyle und Mubadala jeweils Beteiligungen von [...] an CEPSA halten und dadurch die gemeinsame Kontrolle ausüben. Somit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU vor.

9. Carlyle und Mubadala erzielten im Geschäftsjahr 2017 insgesamt einen Umsatz von über CHF [...] und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

10. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

11. Carlyle (mittels Varo) und CEPSA sind im Europäischen Wirtschaftsraum (nachfolgend: EWR) in den Bereichen Rohöl Raffinierung und Verkauf von raffinierten

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

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

³ Case COMP M.9381, *Carlyle / Mubadala / CEPSA*.

⁴ Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis mit diesen beiden Bereichen u.a. in den Fällen beschäftigt: RPW 2015/4, 787 ff. Rz 13, *Vitol Holding/CIEP II S.a.r.l./NSH (North Sea Holding B.V./Varo Energy B.V./Argos Downstream Europe B.V.* und RPW 2015/2, 326 ff. Rz 7, *Varo Energy Germany GmbH/GEKOL Mineralölhandel GmbH & Co. KG*.

Erdölprodukten tätig.⁴ Im Bereich Rohöl-Raffinierung gibt es in der Schweiz keine horizontalen Überschneidungen, da nur Carlyle (mittels Varo) Aktivitäten in diesem Bereich hat. Der gemeinsame Anteil von Carlyle und CEPSA im EWR beträgt ca. [0–10] %. Im Bereich des Verkaufs von raffinierten Erdölprodukten hat Carlyle (mittels Varo) Aktivitäten in die Schweiz. Mehr als [80–90] % der Verkäufe von Varo innerhalb des EWR richten sich an Schweizer Kunden. Des Weiteren beliefert Varo Kunden in Belgien, Luxemburg, Frankreich, Deutschland und in den Niederlanden. CEPSA vertreibt raffinierte Erdölprodukte lediglich in Spanien und Portugal. Daher gibt es in der Schweiz keine Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten der Parteien im Bereich des Verkaufs von raffinierten Erdölprodukten. Der gemeinsame Anteil von Carlyle und CEPSA im EWR beträgt ca. [0–10] %.

12. CEPSA verkauft in die Schweiz hauptsächlich zwei Produkte, namentlich Basisöle und Phenol, mit welchen CEPSA im Jahr 2017 rund [90–100] % der Umsätze von total EUR [...] in der Schweiz generierte. Basisöle sind ein Zwischenprodukt aus dem Prozess der Rohölraffinierung.⁵ Phenol kann verwendet werden um verschiedene synthetische Verbindungen herzustellen.⁶ Auch hinsichtlich dieser beiden Produkte gibt es in der Schweiz keine Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten der Parteien.

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

⁵ Die Europäische Kommission hat sich in ihrer Praxis mit dem Bereich Basisöle beschäftigt. Darin hat sie einem separaten sachlichen Markt abgegrenzt und ist hinsichtlich des räumlich relevanten Marktes für Basisöle von EWR-weiten Märkten ausgegangen. (vgl. Case COMP M.1891, 18.5.2000, *BP AMOCO / CASTROL*, Rz 8 f. und Rz 17; Case COMP M.1383, 29.9.1999, *Exxon / Mobil*, Rz 315 ff. und Rz 322).

⁶ Die Europäische Kommission hat sich in ihrer Praxis mit dem Bereich Phenol beschäftigt, sie hat aber eine abschliessende sachliche Abgrenzung des Marktes letztlich offen gelassen (vgl. Case COMP M.439, 6.5.1994, *Hüls/Phenolchemie*, Rz 8; Case COMP M.3024, 19.12.2002, *Bain Capital/Rhodia*, Rz 12 und 15 und Case COMP M.6171, 5.7.2011, *IPIC/CEPSA*, Rz 11).

B 2.3

2. Migros/IP-SUISSE

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30. September 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 30. September 2019

1. Am 28. August 2019 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: MGB) bzw. die vom MGB kontrollierte Micarna SA (nachfolgend: Micarna) und die Schweizerische Vereinigung integriert produzierender Bauern und Bäuerinnen (nachfolgend: IP-SUISSE), ein gemeinsam kontrolliertes Unternehmen – die KOMIPS AG (nachfolgend: KOMIPS) – neu zu gründen.

2. Dem MGB kommt innerhalb der Migros-Gruppe die Funktion zu, Koordinationsaufgaben sowie zentrale Dienste für die angeschlossenen Migros-Genossenschaften zu erbringen und Tochtergesellschaften zu halten. Die Migros-Gruppe ist hauptsächlich im Detailhandel und in der Verarbeitungsindustrie tätig. Micarna ist eine 100%-Tochtergesellschaft des MGB. Sie ist eine führende Fleisch-, Geflügel- und Seafoodproduzentin in der Schweiz. Der MGB bzw. Micarna ist derzeit nicht im Schweinehandel tätig.

3. IP-SUISSE ist ein Verein nach schweizerischem Recht, der unter anderem die Festlegung von Richtlinien für das IP-SUISSE-Label im Landwirtschaftsbereich und die Förderung der Produktion und der Vermarktung von Produkten, die unter dem IP-SUISSE-Label produziert werden, bezweckt. Daneben ist IP-SUISSE durch ihre Tochtergesellschaften im Handel mit Agrarprodukten, insbesondere mit Schweinen tätig. Zwei Gesellschaften der IP-SUISSE-Gruppe sind im Schweinehandel tätig: die AG für Schlachtviehhandel und Fleischvermarktung (nachfolgend: ASF), welche sowohl Tiere aus konventioneller Produktion als auch aus Labelproduktion handelt, und die IPS Kuvag AG (nachfolgend: Kuvag), welche ausschliesslich Tiere aus Labelproduktion handelt.

4. Mit der Gründung von KOMIPS wird IP-SUISSE einen Teil der Schweinehandelsaktivitäten ihrer Tochtergesellschaften ASF und Kuvag auf KOMIPS übertragen. Zudem wird KOMIPS von der RUPROMI Swiss Schwein AG (nachfolgend: RUPROMI) den Bereich Schweinehandel übernehmen. RUPROMI ist eine Gesellschaft, an welcher Micarna mit einer Minderheitsbeteiligung von [...] beteiligt ist. Einziger Kunde der RUPROMI sei derzeit Micarna. Aufgaben der KOMIPS werden, neben der Beschaffung von Schlachtschweinen für die Migros-Gruppe sowie andere Abnehmer, das Erbringen von

Dienstleistungen und die Organisation und Koordination der Tiertransporte sein.¹ Gemäss Angaben der Parteien wird KOMIPS schwergewichtig im Handel mit Schweinen aus Labelproduktion tätig sein und hat keine Pläne, im Handel mit Bio-Schweinen aktiv zu werden. Der MGB bzw. Micarna und IP-SUISSE werden [...] % des Aktienkapitals und der Stimmrechte von KOMIPS halten.

5. Mit der Bündelung der Schweinehandelsaktivitäten im Rahmen von KOMIPS verfolgen die beteiligten Unternehmen das Ziel, durch gesteigerte Effizienz die Kosten zu senken. Ein weiteres Ziel sei eine höhere Beschaffungssicherheit für Schlachtschweine im Bereich der Labelproduktion. Zudem sollen Qualitätsthemen wie Tiergesundheit, Tierwohl und Nachhaltigkeit durch die gemeinsame Vermarktungsplattform KOMIPS weiter vorangetrieben werden.

6. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG² und Art. 2 VKU³. Das Gemeinschaftsunternehmen erfüllt auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit und Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen (IP-SUISSE) fliessen in das Unternehmen ein. Die in Art. 9 Abs. 1 KG genannten Umsatzschwellen sind gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien erreicht und somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

7. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Tätigkeit von KOMIPS sowie diejenigen Aktivitäten der Parteien, die einen Zusammenhang zur Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens aufweisen.

8. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft den Schweinehandel. Die Leistung des Schweinehandels besteht darin, schlachtreife Schweine bei den Schweineproduzenten zu beschaffen und diese an Fleischverarbeiter zu verkaufen.

9. In einer Untersuchung aus dem Jahr 2004 hat die WEKO den Markt für die Produktion von Schweinefleisch in drei Marktsegmente unterteilt: Schlachtschweine aus konventioneller Produktion, aus Labelproduktion und aus Bio-Produktion.⁴ Ob der Handel mit Schlachtschweinen aus konventioneller Produktion, aus Labelproduktion⁵ oder Bio-Produktion zu demselben Markt

¹ Vgl. Medieninformation von Micarna vom 28.8.19.

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁴ Vgl. RPW 2004/3, 683 f. Rz 30, *Markt für Schlachtschweine*.

⁵ Labels zeichnen Produkte aus, die über bestimmte Eigenschaften verfügen bzw. gemäss bestimmten Produktionsmethoden hergestellt worden sind. Die Anforderungen der Labels gehen u.a. hinsichtlich Tierhaltung und Tierfütterung über die gesetzlichen Mindestanforderungen aus. Schweinefleisch, welches unter einem Label produziert wird, erfüllt die besonderen Kriterien des jeweiligen Labels.

gehören, kann vorliegend offengelassen werden, da bei jeder denkbaren Marktabgrenzung keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU im Bereich Schlachtschweinehandel vorliegen.

10. Auf einem hypothetischen Schweizer Markt für den Handel mit Schlachtschweinen (nicht differenziert nach Art der Produktion) wird der Anteil von IP-SUISSE von [1-10] % auf [1-10] % sinken. KOMIPS wird über einen Marktanteil von [1-10] % verfügen. Die Migros-Gruppe ist heute nicht im Schweinehandel tätig (vgl. Rz 2). In einem möglichen Marktsegment für den Handel mit Schlachtschweinen aus Labelproduktion wird der Marktanteil von IP-SUISSE von [10-20] % auf [1-10] % sinken, KOMIPS wird einen Marktanteil gemäss Angaben der Parteien von ca. [10-20] % erreichen. In einem allfälligen Marktsegment für den Handel mit Schweinen aus Bio-Produktion wäre der Marktanteil von IP-Suisse [10-20] %. Wie bereits erwähnt hat KOMIPS derzeit keine Pläne, in diesem Markt tätig zu werden. Somit liegen – unabhängig von der genauen Marktabgrenzung – keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

11. Die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Schweineproduzenten sind als gering einzustufen. Zwar könnte Migros dadurch eine stärkere Verhandlungsmacht gegenüber den Schweineproduzenten erreichen, jedoch bestand bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben eine enge Zusammenarbeit zwischen der Migros-Gruppe und IP-SUISSE. So stimmen zum Beispiel die Richtlinien der beiden Labels (M7 Migros und IP-SUISSE) überein und IP-SUISSE-Schweine wurden überwiegend in den Migros-Kanal geliefert.⁶ Zudem stehen für die Schweineproduzenten mit mehr als 50 Schweinehändlern auf dem Schweizer Markt genug Absatzalternativen zur Verfügung.

12. Aus den eben genannten Gründen ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind daher nicht erfüllt.

⁶ Vgl. RPW 2004/3, 685 Rz 34, *Markt für Schlachtschweine*.

B 2.3

3. Brookfield Asset Management/Oaktree Capital Group

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. August 2019

A Sachverhalt

1. Am 2. August 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Brookfield Asset Management Inc. (nachfolgend: **Brookfield**) und die Oaktree Capital Group Holdings L.P. die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über die Oaktree Capital Group, LLC (nachfolgend: **Oaktree Capital Group**) und damit der Oaktree Unternehmensgruppe (die Oaktree Capital Group und die Oaktree Unternehmensgruppe gemeinsam, nachfolgend: **Oaktree**).

2. **Brookfield** ist ein global tätiger Asset Manager spezialisiert auf alternative Anlagen. Brookfield tätigt Anlagen schwergewichtig in Immobilien, Infrastruktur, erneuerbare Energien und ist im Bereich «Private Equity» als Investor u.a. in den Sektoren «Dienstleistungen», «Infrastruktur» und «Immobilien» aktiv. Währenddem Brookfield per Ende 2018 insgesamt Anlagen in der Höhe von USD 355 Milliarden verwaltete, generieren nur ein Teil (USD 138 Milliarden per Ende 2018) dieser verwalteten Vermögen Gebührenerträge.¹ Brookfield ist in der Schweiz mit gebührengenerierenden «Assets under Management» (AuM) von CHF [...] hauptsächlich in der Kundenbetreuung von institutionellen Anlagefonds tätig.²

3. Der Tätigkeitsbereich der **Oaktree** umfasst das Asset Management mit AuM von USD 120 Milliarden per Ende 2018. Die Gesellschaft verwaltet Investitionen hauptsächlich im Bereich der «Kreditfinanzierung für Unternehmen», «Private Equity Finanzierungen», «Real Assets» (Investitionen in Immobilien und Infrastruktur enthaltend) sowie «kotierte Beteiligungstitel». Oaktree verwaltete per Jahresende 2018 für Kunden in der Schweiz Anlagen in Höhe von CHF [...] Milliarden.

4. Der Meldungsentwurf wurde am 5. Juli 2019 bei der Europäischen Kommission eingereicht. Die Europäische Kommission hat dieses Zusammenschlussvorhaben am 31. Juli 2019 genehmigt.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

5. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

7. Oaktree wird zurzeit ausschliesslich durch die **Oaktree Capital Group Holdings L.P.** kontrolliert (die wirtschaftlich Berechtigten dieser Holding sind leitende Angestellte von Oaktree).

8. Als Ergebnis einer komplexen und mehrstufigen Transaktion werden die **Oaktree Capital Group** und die **Oaktree Unternehmensgruppe** nicht mehr ausschliesslich durch die **Oaktree Capital Group Holdings L.P.** kontrolliert werden, sondern werden künftig gemeinsam durch Brookfield, welche durch die Transaktion rund 62 % der Anteile an der Oaktree Unternehmensgruppe erhält, und der **Oaktree Capital Group Holdings L.P.**, bei welcher 38 % der Eigentumsrechte an der Oaktree Unternehmensgruppe verbleiben, kontrolliert.

9. Die Parteien haben vereinbart, dass alle wichtigen Entscheide bezüglich der Führung der Oaktree Operating Group vom Verwaltungsrat, welcher die Oaktree Operating Group kontrolliert, gefällt werden, wobei dieser aus 10 Mitgliedern besteht und je zwei Mitglieder durch Oaktree und Brookfield ernannt werden und bis zu sechs Verwaltungsräte durch Oaktree nominiert, jedoch gemeinsam ernannt werden.

10. Das Zusammenschlussvorhaben führt damit zum Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen und ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

¹ Vgl. Annual Report 2018 der Brookfield Asset Management Inc., 4, <<https://bam.brookfield.com>> unter Reports & Filings > Financial Reports > Annual Reports > 2018 > Full Annual Report.

² Vgl. Meldung vom 2. August 2019, Fn 19.

B.3 Meldepflicht

12. Gemäss Parteiangaben erzielten die beiden beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2018 einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt CHF [...] und weltweit einen Umsatz von insgesamt CHF [...]. In der Schweiz erzielte die Brookfield im Jahr 2018 einen Umsatz von CHF [...] und die Oaktree Capital Group Holdings LP (inkl. Oaktree) erzielte einen Umsatz von CHF [...]. Der Zusammenschluss ist deshalb im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.2 Sachlich relevanter Markt

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

16. Die Praxis der WEKO hat in der Vergangenheit auf einen sachlich relevanten Markt für das Asset Management abgestellt, welcher die Verwaltung von Vermögensteilen und Beratungsdienstleistungen an institutionelle und private Anleger beinhaltet.³ In der Fallpraxis wurde aufgrund der Unbedenklichkeit jeweils offengelassen, ob je von einem separaten sachlichen Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte und der klassischen Vermögensverwaltung ausgegangen werden muss.⁴

17. Im vorliegenden Fall kann die definitive Marktabgrenzung ebenfalls offengelassen werden, da selbst bei einer engeren sachlichen Marktabgrenzung (i.e. Unterteilung des Asset Management Markts in einen Untermarkt «Fonds- und fondsähnliche Produkte» sowie einer allfälligen Aufteilung des Marktes für Asset Management nach Kundengruppen und/oder Anlagekategorien) der Zusammenschluss zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führen würde. Folglich wird für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem sachlich relevanten Markt für das Asset Management ausgegangen.

B.4.1.3 Räumlich relevanter Markt

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

19. In der Praxis der WEKO wird der Markt für das Asset Management international abgegrenzt, mit Ausnahme des Asset Management für Schweizer Pensionskassen. Das Subsegment Fonds und fondsähnliche Produkte wurde bis anhin mindestens national abgegrenzt, es wurde jedoch in Erwägung gezogen, dass es sich allenfalls auch um einen europaweiten oder internationalen Markt handeln könnte.⁵

20. Im vorliegenden Fall kann die räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden, da auch bei einer nationalen Marktabgrenzung das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich zu betrachten ist (vgl. die Herleitung der Marktanteile unter B 4.3).

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

21. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.4.3 Marktstellung

22. Die beteiligten Unternehmen sind im Asset Management tätig und als Ausfluss dieser Tätigkeit an einer Reihe von Portfoliogesellschaften, welche eine Geschäftstätigkeit in der Schweiz aufweisen, beteiligt.

23. Da die jeweiligen Portfoliogesellschaften der beiden Unternehmen in jeweils unterschiedlichen Märkten tätig sind und diese Gesellschaften keine Marktanteile über 30 % in der Schweiz aufweisen, bestehen damit keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

24. Aus der Tätigkeit der beiden beteiligten Unternehmen im Asset Management in der Schweiz bestehen ebenfalls keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU (vgl. Abb. 1 nachfolgend).

³ RPW 2008/1, 127 Rz 34 f., *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC*.

⁴ RPW 2002/3, 499 Rz 9 f., *Zürcher Kantonalbank/ BZ-Visionen*.

⁵ RPW 2008/1, 127 Rz 39, *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC*; RPW 1997/4, 527 Rz 17, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

Beteiligtes Unternehmen	AuM (in CHF Mia.) per 31.12.2018	Marktanteil (in %) ⁶
Brookfield	[...]	[...]%
Oaktree	[...]	[...]%
Kombiniert	[...]	[...]%

Abb. 1: Geschätzte Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Asset Management in der Schweiz für das Geschäftsjahr 2018.

25. Selbst unter Beizug des Gesamtvolumens für «alternative Investments» per Ende 2018 in Höhe von CHF 16.02 Milliarden⁷ und davon ausgehend, dass die durch Oaktree und Brookfield in der Schweiz verwalteten Vermögen vollumfänglich dieser Kategorie zuzuordnen wären, kämen die gemeinsamen Marktanteile mit einem Wert von [...] % immer noch wesentlich unter der Schwelle für vom Zusammenschluss betroffene Märkte nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu liegen.

26. Die meldenden Parteien haben beantragt, die Meldung im Sinne von Art. 12 VKU als erleichterte Meldung entgegenzunehmen und Sie von der Einreichung von Informationen gemäss Ziff. 4.2 – 6 des Meldeformulars für das Asset Management zu befreien. Da aufgrund der geringen Marktanteile der meldenden Parteien keine Märkte vom Zusammenschluss im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen sind, hat das Sekretariat diesem Antrag mit Schreiben vom 5. August 2019 stattgegeben.

B.4.4 Ergebnis

27. Die vorläufige Prüfung ergibt aufgrund der [...] Marktstellung der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Parteien im [...] für das Asset Management in der Schweiz, dass der Zusammenschluss weder eine marktbeherrschende Stellung begründen noch verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁶ Die Marktanteile wurden basierend auf den AuM für institutionelle Fonds per Dezember 2018 von CHF 390.4 Mia. berechnet und zwar der von den meldenden Parteien vorgenommenen Approximation folgend, wonach alle Fondsanteile in der Schweiz ausschliesslich an institutionelle Investoren vertrieben worden sind. Die detaillierten AuM können unter <<https://www.swissfunddata.ch/sfdpub/fondsinvestment-statistiken-institutionelle-fonds>> (02.08.2019) abgerufen werden.

⁷ Vgl. <<https://www.swissfunddata.ch/sfdpub/news/showSfd/1229>> (02.08.2019).

B 2.3

4. BKW Energie AG/swisspro group AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. Oktober 2019

1. Am 26. September 2019 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, wonach die BKW Energie AG beabsichtigt, 100 % des Aktienkapitals der swisspro group AG zu erwerben.

2. Die BKW Energie AG, eine Tochterunternehmung der BKW AG, gehört zur BKW-Gruppe. Die BKW-Gruppe (nachfolgend: BKW) ist ein international tätiges Energie- und Infrastrukturunternehmen. Sie ist in den drei Geschäftsfeldern Energie, Dienstleistungen und Netze tätig. Das Geschäftsfeld Energie baut, betreibt und unterhält die eigenen Kraftwerke im In- und Ausland. Im Weiteren beinhaltet es den Vertrieb von Energie sowie den Handel mit Strom, Zertifikaten und Rohstoffen. Das Geschäftsfeld Netze baut, betreibt und unterhält das eigene Verteilernetz. Das Geschäftsfeld Dienstleistungen umfasst die Ingenieurplanung und -beratung (Engineering) für Energie-, Infrastruktur- und Umweltprojekte, integrierte Angebote im Bereich der Gebäudetechnik (Building Solutions) sowie Bau, Service und Unterhalt von Energie-, Wasser- und Telekommunikationsnetzen (Infra Services).¹

3. Die swisspro group AG ist die Konzernmuttergesellschaft der swisspro-Gruppe. Die swisspro-Gruppe (nachfolgend: swisspro) umfasst neben der swisspro group AG die swisspro AG, swisspro NW AG, swisspro Solutions AG, swisspro SR SA, swisspro PM SA und Kull Elektro AG. Die swisspro-Gruppe erbringt hauptsächlich Elektroinstallationsdienstleistungen. Daneben erbringt sie Annexdienstleistungen in den Bereichen ITC², IT³ und Gebäudeinformatik⁴.

4. Die BKW beabsichtigt mit der Übernahme der swisspro die Ergänzung und Erweiterung ihres Angebotsportfolios in den Märkten, in welchen swisspro tätig ist.

5. Die Übernahme von 100 % des Aktienkapitals der swisspro group AG stellt einen Unternehmenszusammenschluss i.S. von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, durch welchen BKW die alleinige Kontrolle über swisspro erwirbt (Art. 1 Bst. a VKU). Da die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG überschritten sind, handelt es sich um ein meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben.

6. Das Zusammenschlussvorhaben führt namentlich in Bezug auf die Geschäftstätigkeiten der BKW im Elektrizitätsbereich⁵ zu keinen Marktanteilsadditionen.⁶

7. Die WEKO hat in der Vergangenheit nachfolgende Marktabgrenzungen vorgenommen oder zumindest in Erwägung gezogen, welchen die Geschäftstätigkeiten der swisspro⁷ zugeordnet werden können: Elektroinstallationen⁸, Gebäudeautomation⁹, Verkehrsinfrastruktureinrichtung¹⁰, Energieberatung¹¹, Systemintegration¹², Unified Communications & Collaborations¹³, IT-Dienstleistungen¹⁴ und Energieversorgungstechnik¹⁵.

8. Die Zusammenschlussparteien haben darauf hingewiesen, dass die in der Branche verwendeten Begriffe¹⁶ sich teilweise nicht mit jenen der oben genannten möglichen Marktabgrenzungen decken. Die WEKO ist sich bewusst, dass sich die Einteilung namentlich von IT-Dienstleistungen in verschiedene Märkte als schwierig

¹ Geschäftsbericht BKW-Gruppe 2018, S. 10-13, vgl. auch RPW 2016/3, 771 Rz 4, BKW/AEK.

² Der Begriff *ICT* steht gemäss den Zusammenschlussparteien für Information and Communications Technology und umfasst Information- und Datenverarbeitungen (inkl. Kommunikationstechnik) auf dem Servicelevel sowie der technischen Systemebene. Es handelt sich um einen Oberbegriff. *ICT* umfasst Systemintegration, Unified Communications & Collaboration (UCC) und IT-Dienstleistungen. Unter *UCC* versteht man die Möglichkeit, die verschiedenen Medien Telefon, Fax, E-Mail, Instant Messaging und Internet einheitlich zu gestalten und integriert an einem Zugangspunkt anzubieten.

³ *IT-Dienstleistungen* umfassen gemäss den Zusammenschlussparteien Dienstleistungen der Informations- und Datenverarbeitung auf Basis dafür bereitgestellter technischer Services und Funktionen. Im Unterschied zu *ICT* bzw. zur Systemintegration und zu *UCC* umfassen *IT-Dienstleistungen* keine Kommunikationstechnik.

⁴ Die *Gebäudeinformatik* befasst sich gemäss den Zusammenschlussparteien mit der Planung und Umsetzung von Intelligenten Gebäuden. Dazu werden Systeme und Geräte durch ein übergeordnetes Managementsystem gesteuert.

⁵ Zur praxisgemässen Marktabgrenzung der Märkte im Elektrizitätsbereich siehe RPW 2016/3, 776 Rz 56-60, BKW/AEK, m.w.H.

⁶ Dies ist unabhängig davon, ob es sich um betroffene Märkte handelt oder nicht, vgl. dazu auch RPW 2016/3, 776 Rz 77-80, BKW/AEK, m.w.H.

⁷ Die BKW ist, mit Ausnahme der Bereiche Systemintegration, Unified Communications & Collaborations sowie IT-Dienstleistungen, ebenfalls in den genannten Bereichen tätig.

⁸ RPW 2018/4, 860 Rz 8, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftwerkenanlagen München GmbH* m.w.H.

⁹ RPW 2018/4, 860 Rz 13, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftwerkenanlagen München GmbH* m.w.H.

¹⁰ RPW 2018/4, 861 Rz 23 ff., *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftwerkenanlagen München GmbH*.

¹¹ RPW 2017/2, 316 Rz 66 ff., *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*, m.w.H.

¹² RPW 2013/4, 659 Rz 34, *Swisscom (Schweiz) AG/DL – Groupe GMG SA*, m.w.H.

¹³ RPW 2013/4, 659 Rz 34, 36 ff., *Swisscom (Schweiz) AG/DL – Groupe GMG SA*, m.w.H.

¹⁴ RPW 2013/4, 667 53 ff., *Mediaspectrum, Inc./Publigruppe S.A./xentive sa*, m.w.H.

¹⁵ RPW 2018/4, 861 Rz 25 f., *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftwerkenanlagen München GmbH* m.w.H.

¹⁶ Namentlich Haustechnik- und Bauinstallationen, Telematik und Elektro-Telematik, Netzwerkinstallationen, Netztechnik, Verkehrstechnik.

erweist, da sich die einzelnen Dienstleistungen teilweise überschneiden bzw. ineinander übergehen.¹⁷

9. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens kann wie in der Vergangenheit im Sinne einer Arbeitshypothese von den oben genannten Märkten ausgegangen werden. Eine definitive sachliche und räumliche Marktabgrenzung kann jedoch auch vorliegend aufgrund der marginalen Marktanteile der Zusammenschlussparteien in diesen hypothetischen Märkten offen gelassen werden. So haben die Zusammenschlussparteien einerseits begründet, weshalb sie bestimmte Tätigkeiten den oben genannten Märkten zugeordnet haben und welche alternativen Zuordnungen möglich wären. Andererseits haben sie aufgezeigt, dass auch bei engen regionalen räumlichen Marktabgrenzungen keine betroffenen Märkte vorliegen würden.

10. Unabhängig von den konkreten Marktabgrenzungen ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben. Das vereinbarte Wettbewerbsverbot zu Lasten der Verkäufer ist als Nebenabrede des Zusammenschlussvorhabens zu qualifizieren.¹⁸

¹⁷ RPW 2013/4, 667 Rz 53, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa.*

¹⁸ Zur Praxis betreffend Nebenabreden insb. betreffend Konkurrenzverboten siehe RPW 2018/2, 384 Rz 78 ff., *SDA/Keystone*.

B 2.3

5. Evonik/DSM

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. Oktober 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. Oktober 2017

1. Am 29. September 2017 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Meldung der Evonik Industries AG (Evonik) und der Koninklijke DSM N.V. (DSM) über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Evonik und DSM (gemeinsam auch: die Parteien) die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (GU).

2. Das Spezialchemieunternehmen Evonik hat seinen Sitz in Essen (Deutschland) und ist an der Frankfurter Börse notiert. Evonik wird durch die RAG Stiftung kontrolliert. Von den sechs anderen direkten Tochtergesellschaften der RAG Stiftung ist keine in der Chemiebranche tätig. Evonik ist aktiv in der Produktion und Vermarktung von Spezialchemikalien.

3. DSM ist ein unabhängiges Chemieunternehmen mit Sitz in Heerlen (Niederlande), welches an der NYSE Euronext notiert ist. DSM ist ein auf Life Sciences und Materialwissenschaften spezialisiertes Unternehmen.

4. Das GU soll ein neuartiges, aus Algen hergestelltes Omega-3-Fettsäure-Produkt für Tierfutter (GU-Produkt), welches die Parteien gemeinsam entwickelt haben, produzieren und kommerzialisieren.

5. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde der Europäischen Kommission (EU-Kommission) am 22. September 2017 im vereinfachten Verfahren gemeldet.¹

6. Das geplante Zusammenschlussvorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) zu qualifizieren.

7. Die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG sind in casu erreicht, womit das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

8. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Tätigkeit des GU sowie die Aktivitäten der Parteien, die nach deren Ansicht einen Zusammenhang zur Tätigkeit des GU aufweisen.

9. Für die Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird davon ausgegangen, dass Omega-3-Fettsäure-Produkte für die Tierernährung, d.h. Futtermittel-

telzusätze mit Omega-3-Fettsäuren, und Omega-3-Fettsäure-Produkte zur menschlichen Ernährung nicht zum selben sachlich relevanten Markt gehören. Ob dies tatsächlich so ist, kann vorliegend schliesslich offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse in jedem Fall dasselbe ist (siehe unten, Rz 14). Die Definition des sachlich und räumlich relevanten Marktes respektive der sachlich und räumlich relevanten Märkte bezüglich Futtermittelzusätze mit Omega-3-Fettsäuren kann vorliegend offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben bei jeder denkbaren Marktabgrenzung zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt (siehe unten, Rz 13).

10. Gemäss ihrer Praxis² und in Übereinstimmung mit der Praxis der EU-Kommission³ geht die WEKO nachfolgend davon aus, dass jedes Vitamin einen eigenen sachlich relevanten Markt bildet und es sich jeweils um einen weltweiten Markt handelt.

11. Die genaue sachliche und räumliche Marktabgrenzung betreffend Hefeextrakt kann offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse bei jeder denkbaren Marktabgrenzung dasselbe bleibt (siehe unten, Rz 16).

12. Evonik stellt keine Produkte her, die Omega-3-Fettsäuren (Docosahexaensäure [DHA] und/oder Eicosapentaensäure [EPA]) enthalten, und vertreibt auch keine solchen. DSM ist zurzeit aktiv in der Produktion und Kommerzialisierung von DHAGold, welches DHA enthält und insbesondere für den Verkauf an Futtermittelhersteller für Schweine, Haustiere und Legehennen bestimmt ist. Nach Vollzug des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens wird DSM die Kommerzialisierung von DHAGold auf das GU übertragen und DSM wird keine Produkte mehr vermarkten, die mit dem GU-Produkt konkurrieren.

13. Im weltweiten Markt für Futtermittelzusätze mit Omega-3-Fettsäuren gibt es somit keine horizontalen Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten der Parteien auf der einen Seite und dem GU auf der anderen Seite. Zudem werden mit DHAGold im weltweiten Markt für Futtermittelzusätze mit Omega-3-Fettsäuren – auch bei weiterer Segmentierung nach Aquakulturen, Haustieren und Nutztieren (ohne Aquakulturen, z.B. Geflügel, Schweine, Rinder) – lediglich vernachlässigbare Marktanteile erzielt. Folglich liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

¹ KOMM, COMP/M.8514, *Evonik/DSM/JV*.

² RPW 2003/2, 383 Rz 16 und 384 Rz 25, *DSM/Roche Vitamine und Feinchemikalien* mit Hinweis auf RPW 2000/2, 191 Rz 38 f. und 192 Rz 40 ff., *Accords sur les prix/répartition des ventes sur le marché des vitamines*.

³ KOMM, COMP/M.2956 vom 28.10.2002, *CVC/Pai Europe/Provimi*, Rz 14 und 21.

14. DSM ist weiter im Bereich der Herstellung von Omega-3- und Omega-6-Fettsäure-Produkten für die Humanernährung tätig. Würden Omega-3- und Omega-6-Fettsäure-Produkte für die Humanernährung zum selben sachlich relevanten Markt gehören wie Omega-3-Fettsäure-Produkte für die Tierernährung, würde der weltweite Marktanteil von DSM für das Jahr 2016 mengenbasiert lediglich maximal rund [0–10] % betragen. Folglich würde auch bei dieser Marktabgrenzung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.⁴

15. Von gewissen Vitaminen und Hefeextrakt abgesehen, werden die vom GU benötigten Zutaten für die Herstellung des GU-Produkts nicht von den Muttergesellschaften hergestellt. DSM stellt Vitamin E, Vitamin B1, Vitamin B5 und Vitamin H/B7 sowie Hefeextrakt her, die Zutaten für die Herstellung des GU-Produkts sind.

16. Die Marktanteile von DSM auf den Märkten für Vitamin B5, Vitamin H/B7 sowie Hefeextrakt betragen sowohl weltweit als auch in der Schweiz unter 30 %, womit keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

17. Der Marktanteil von DSM im Markt für Vitamin E beträgt weltweit [30–40] % und in der Schweiz [20–30] %. Da der Markt weltweit abgegrenzt wird (siehe oben, Rz 10), wird auf möglicherweise bestehende vertikale Effekte eingegangen.

18. Gemäss Angaben der Parteien stellt Vitamin E keine wichtige Zutat für das GU-Produkt dar. Die Einkäufe von Vitamin E würden voraussichtlich [0–10] % der gesamten Produktionskosten des GU-Produkts ausmachen. Darüber hinaus sei Vitamin E ein Rohstoff, welcher auf dem Markt jederzeit erhältlich sei und bei der Produktion des GU-Produkts nicht für seine Eigenschaften als Vitamin E verwendet werde. Als solches sei Vitamin E nicht ein wichtiges Einsatzmittel. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im weltweiten Markt für Vitamin E nicht von einer relevanten vertikalen Beziehung zwischen DSM und dem GU auszugehen ist und somit keine nachteiligen vertikalen Effekte zu erwarten sind.⁵

19. Der Marktanteil von DSM im Markt für Vitamin B1 beträgt weltweit [30–40] % und in der Schweiz [30–40] %. Es handelt sich folglich um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Es wird deshalb auf die möglicherweise bestehenden vertikalen Effekte eingegangen. Darüber hinaus wird kurz die Konkurrenzsituation auf diesem Markt dargelegt.

20. Gemäss Darstellung der Parteien sei Vitamin B1 keine wichtige Zutat für die Herstellung des GU-Produkts. Die Einkäufe von Vitamin B1 würden schätzungsweise [0–10] % der Gesamtkosten für die Herstellung des GU-Produkts ausmachen. Zudem sei auch Vitamin B1 ein leicht erhältlicher Rohstoff. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im weltweiten Markt für Vitamin B1 nicht von einer relevanten vertikalen Beziehung zwischen DSM und dem GU auszugehen ist und somit keine nachteiligen vertikalen Effekte zu erwarten sind.

21. Auf dem Markt für Vitamin B1 sind neben DSM mindestens drei weitere Konkurrenten mit beträchtlichen

Marktanteilen tätig. Aufgrund der Anzahl Konkurrenten und der Höhe der Marktanteile kann geschlossen werden, dass der Wettbewerb im Markt für Vitamin B1 spielt. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Vitamin E eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

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

⁴ Es ist davon auszugehen, dass dies selbst dann gilt, wenn die Marktanteile gestützt auf die Umsätze (Omega-3- und Omega-6-Fettsäure-Produkte für die Humanernährung sind wesentlich teurer als Futtermittelzusätze mit Omega-3-Fettsäuren) berechnet würden.

⁵ Siehe hierzu Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, ABl. C 366 vom 14.12.2013 S. 5 Fn 10, sowie Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008 S. 6 Rz 34.

B 2.3

6. Spital STS AG/Medbase AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. Oktober 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. Oktober 2019

A Sachverhalt

1. Am 17. September 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Gemäss Angaben in der Meldung haben die Spital STS AG und die Medbase AG am 19. Februar 2019 die Ambulantes Operationszentrum Berner Oberland AG und am 8. Juni 2019 die Medbase Berner Oberland AG gegründet. Beide Gemeinschaftsunternehmen haben die Geschäftstätigkeit noch nicht aufgenommen.

2. Die **Spital STS AG** ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Thun. Der Kanton Bern hält 100 % der Aktien an der Spital STS AG. Bei der Spital STS AG handelt es sich um die Konzernmuttergesellschaft. Die Spital STS AG ist die Muttergesellschaft des Konzerns und hält direkte Mehrheitsbeteiligungen an der Alterswohnen STS AG, der Medizinisches Zentrum Thun AG und der easyCab AG. Weiter hält sie eine 40%-Beteiligung an der Radio-Onkologie Berner Oberland AG.

3. Die Spital STS AG gewährleistet als Regionales Spitalzentrum in den Spitalbetrieben Thun und Zweisimmen die medizinische Versorgung der Wohnbevölkerung und der Touristen in diesen Ortschaften. Über 1'800 Mitarbeitende sorgen rund um die Uhr für das Wohl der Patienten. Neben stationären werden auch ambulante Behandlungen durchgeführt. Im Medizinischen Zentrum Thun am Bahnhof Thun werden Patienten mit körperlichen nicht lebensbedrohlichen Beschwerden, Verletzungen oder Unfällen, für die eine Konsultation notwendig ist, die aber nicht direkt im Notfallzentrum des Spitals stattfinden muss, ohne vorherige Terminabsprache medizinisch betreut. Nebst der medizinischen und pflegerischen Akutversorgung gewährleistet die Spital STS AG in ihrem Versorgungsgebiet den Ambulanz- und Rettungsdienst und die ambulante und tagesstationäre psychiatrische Versorgung. Hinzu kommt die Führung von Langzeitpflege- und Altersheim-Einrichtungen (Alterswohnen STS AG) sowie die Beteiligung an der easyCab AG im Bereich der Behinderten-, Rollstuhl- und Patiententransporte.

4. Die **Medbase AG**, mit Sitz in Winterthur, ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht. Die Medbase AG gehört zur Migros-Gruppe. Sie ist eine 100%-Tochtergesellschaft der Migros Vita AG. Die Anteile der Migros Vita AG werden zu 100 % vom Migros-

Genossenschafts-Bund und verschiedenen Migros-Genossenschaften gehalten.

5. Die Medbase AG erbringt Dienstleistungen im medizinischen und therapeutischen Bereich. Im medizinischen Bereich bietet die Medbase AG für Patienten ein breites Behandlungsangebot im Bereich der ambulanten Grundversorgung und Spezialarztmedizin. Zudem ist die Medbase AG u.a. in den Bereichen der medizinischen Massage und der Komplementärmedizin tätig. Seit der Übernahme der Topwell-Gruppe per 30. April 2019 betreibt die Medbase AG auch Apotheken und ist im Pharmagrosshandel (primär für den SD-Ärzt kanal) tätig.

6. Die **Migros-Gruppe** ist hauptsächlich im Detailhandel (Food / Near Food / Non Food) tätig. Mit den Migros-Industrien verfügt die Migros-Gruppe zudem über eigene Produktionsbetriebe. Daneben ist die Migros-Gruppe unter anderem auch im Grosshandel, der Gastronomie und dem Treibstoffgeschäft tätig.

7. Die **Ambulantes Operationszentrum Berner Oberland AG**, mit Sitz in Thun, wurde am 19. Februar 2019 gegründet. Bisher hat die Ambulantes Operationszentrum Berner Oberland AG keine Geschäftstätigkeiten aufgenommen. Die Umsetzungsmassnahmen werden erst nach der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) ergriffen. Die Spital STS AG hält [...] % der Aktien, die Medbase AG hält [...] % der Aktien.

8. Die Ambulantes Operationszentrum Berner Oberland AG bezweckt die Erbringung von medizinischen Dienstleistungen insbesondere im Bereich des ambulanten Operierens sowie den Betrieb von ambulanten Operationszentren im Berner Oberland. Das Unternehmen hat seinen Betrieb noch nicht aufgenommen. Der Bau des Operationszentrums soll im Jahr 2020 beginnen und bis im Jahr 2022 abgeschlossen werden. Ziel ist eine vollständige Verlagerung der ambulanten Operationen seitens des Spitals in Thun hin zum Operationszentrum Berner Oberland AG.

9. Die **Medbase Berner Oberland AG**, mit Sitz in Winterthur, wurde am 8. Juni 2018 gegründet. Die Spital STS AG hält [...] % der Aktien, die Medbase AG hält [...] % der Aktien an der Medbase Berner Oberland AG.

10. Die Medbase Berner Oberland AG bezweckt die Planung, den Aufbau und den Betrieb von ambulanten Grundversorgungszentren im Berner Oberland. Die Versorgungszentren sollen die heutigen Bedürfnissen der Patienten und gesellschaftlichen Trends abdecken. Die Medbase Berner Oberland AG hat noch keine Geschäftstätigkeiten aufgenommen.

11. Gemäss Angaben in der Meldung würden die politischen Vorgaben zu einer Verlagerung von Operationen aus dem klassisch stationären Spitalbereich in den ambulanten Bereich führen. Die Kooperation solle die Kompetenzen und Erfahrungen der beiden Muttergesellschaften mit einem neuen Angebot «Ambulantes Opera-

tionszentrum Berner Oberland» zu Gunsten der zu versorgenden Patienten optimieren. [...].

12. Gemäss Meldung seien ambulante medizinische Versorgungszentren einerseits nicht Kerngeschäft des Spital STS AG, andererseits aber aufgrund der Zuweisungsfunktion der medizinischen Zentren für das Kerngeschäft des Spitals von grosser Bedeutung. Aus Sicht der Spital STS AG soll gegenüber den Patientinnen und Patienten im Kanton Bern und insbesondere im Berner Oberland ein integriertes, qualitativ hochstehendes Grundversorgungsangebot sichergestellt werden. Aus Sicht der Medbase AG soll mit der Medbase Berner Oberland AG das Ziel verfolgt werden, die medizinische Grundversorgung der regionalen Bevölkerung langfristig sicherzustellen.

B Erwägungen

B.1 Kurzbegründung

13. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft lediglich die Geschäftsbereiche im Gesundheitswesen. Auf diese Tätigkeitsbereiche wird nachfolgend kurz eingegangen. Die übrigen Tätigkeitsgebiete der Unternehmen werden nicht überprüft.

14. Für diesen Zusammenschluss sind folgende Geschäftsbereiche von Belang:

- Ambulante medizinische Eingriffe
- Ambulante medizinische Versorgung
- Ambulante medizinische Rehabilitation
- Physiotherapie ausserhalb des Grundversicherungsbereiches

15. In diesen Bereichen liegen selbst bei der jeweils engsten Marktabgrenzung keine betroffenen Märkte vor.

Zwischenergebnis

16. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung verstärkt oder begründet.

B.2 Nebenabreden

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

18. Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Nebenabreden nicht von Amtes wegen. Einzelne und explizit in der Meldung ausgewiesene Nebenabreden werden hingegen auf Begehren geprüft. Dabei müssen diese von den meldenden Unternehmen präzise beschrieben werden. Zudem muss für jede zu prüfende Nebenabrede von den meldenden

Unternehmen begründet werden, weshalb diese eine mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbundene und notwendige Vereinbarung darstellt.¹

19. Die Parteien haben in der Meldung zwischen [...] ein Konkurrenzverbot sowie eine Klausel bezüglich [...] als Nebenabrede ausgewiesen. Für die [...] wurde in der Präambel des Aktionärbindungsvertrages eine Klausel bezüglich [...] vereinbart.

B.2.1 Allgemeines

20. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind² (nachfolgend: EU-Bekanntmachung), gerichtet.³

B.2.2 Konkurrenzverbot

21. Gemäss EU-Bekanntmachung können Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wenn sich diese Verpflichtung auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete bezieht, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung oder in der Satzung vorgesehen sind. Sie können unter anderem durch die Notwendigkeit begründet sein, den Gutgläubensschutz während der Verhandlungen zu gewährleisten, die Vermögenswerte des Gemeinschaftsunternehmens in vollem Umfang zu nutzen, dem Gemeinschaftsunternehmen die Aneignung des Know-hows und des Geschäftswerts der Gründer zu ermöglichen oder die Interessen der einzelnen Gründer am Gemeinschaftsunternehmen vor Wettbewerbshandlungen zu schützen, denen unter anderem durch den privilegierten Zugang der Gründerpartner zu dem Know-how oder dem Geschäftswert Vorschub geleistet wird, welches bzw. welcher auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen oder von diesem selbst aufgebaut wurde. Zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote können so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.⁴

¹ RPW 2018/4; 1009 Rz 122, *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.

² Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005, S 24 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

³ RPW 2018/4; 1009 Rz 127 ff., *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*; RPW 2017/1, 119 ff. Rz 53 ff., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*; RPW 2016/3, 757 ff. Rz 58 ff., *7Days Group/Güll-Gesellschaften*; 2014/1, 312 f. Rz 44 ff., *Debrunner Koenig Holding AG/BST Holding AG*; RPW 2013/1, 99 Rz 54 f.; *Publigroupe/ImproveDigital*.

⁴ EU-Bekanntmachung, Rz 36.

22. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt bzw. erbracht haben. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen die Gründerunternehmen zum Zeitpunkt der Unternehmensgründung geschäftlich tätig zu werden planten, sofern sie bereits entsprechende Investitionen getätigt haben.⁵

23. Ebenso sind Wettbewerbsverbote auf die Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Gründung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Produkte, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden.⁶

24. [...].

25. [...].

26. [...].

27. [...].

28. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das in der Meldung genannten Konkurrenzverbot [...] in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO entspricht und daher als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden kann.

B.2.3 Klausel über [...]

B.2.3.1 Ambulantes Operationszentrum Berner Oberland AG

29. Im Aktionärbindungsvertrag vom 15. Februar 2019 betreffend die *Ambulantes Operationszentrum Berner Oberland AG* haben die Parteien in Ziff. 4.3. folgende Klausel vereinbart:

«[...]»

30. [...].

31. [...].

32. [...]. Dies bedeutet nicht, dass die fragliche Vereinbarung ([...]) kartellrechtlich unzulässig wäre, sondern lediglich, dass sie keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid erfährt.

B.2.3.2 Medbase Berner Oberland AG

33. Im Aktionärbindungsvertrag vom 13. April 2018 betreffend die *Medbase Berner Oberland AG* haben die Parteien in der Präambel folgendes vereinbart:

«[...]»

34. [...].

35. [...].

36. [...].

37. [...]. Dies bedeutet nicht, dass die fragliche Vereinbarung ([...]) kartellrechtlich unzulässig wäre, sondern

lediglich, dass sie keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid erfährt.

B.3 Ergebnis

38. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁵ EU-Bekanntmachung, Rz 37.

⁶ EU-Bekanntmachung, Rz 38.

B 2.3

7. Emil Frey Holding AG/Peugeot (Suisse) SA/Citroën (Suisse) SA/Opel Suisse SA

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 22. September 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 25. September 2019

A Sachverhalt

1. Am 30. August 2019 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb der alleinigen Kontrolle der Emil Frey Holding AG (nachfolgend: Emil Frey) über die Unternehmen Peugeot (Suisse) SA, Citroën (Suisse) S.A. und Opel Suisse SA von Automobiles Peugeot S.A. (nachfolgend: PSA Groupe).

2. Die Emil Frey ist primär im Import und Vertrieb neuer und gebrauchter Motorfahrzeuge einschliesslich Ersatzteile verschiedener Marken in der Schweiz, Deutschland, Frankreich, der Tschechischen Republik, Ungarn, Polen, Kroatien, Serbien und der Slowakei auf der Grosshandels- und Retailstufe tätig.

3. Die PSA Groupe ist eine in Frankreich ansässige Gruppe, die Personenwagen, leichte Nutzfahrzeuge und Ersatzteile für Fahrzeuge herstellt und liefert.¹

4. Zielunternehmen sind Peugeot (Suisse) SA (einschliesslich der Tochtergesellschaft PSA Retail (Suisse) SA), Citroën (Suisse) S.A. und Opel Suisse SA (nachfolgend zusammen: Zielunternehmen). Diese importieren und vertreiben in der Schweiz neue und gebrauchte Motorfahrzeuge einschliesslich Ersatzteile der Marken Peugeot, Citroën, DS und Opel auf der Grosshandels- und Retailstufe.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckt die PSA Groupe, ihre Geschäftsstrategie in verschiedenen Europäischen Ländern weiterzuentwickeln, dies mit dem Ziel, agiler, flexibler und effizienter zu werden. Vor diesem Hintergrund soll das Geschäft in der Schweiz durch einen unabhängigen Importpartner betrieben werden. Für die Emil Frey stellt die Transaktion eine Gelegenheit dar, ihr Grosshandels- und Retailgeschäft in der Schweiz um die Marken Peugeot, Citroën, DS und Opel zu ergänzen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich

an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Mit Aktienkaufvertrag vom 10. Juli 2019 wurde zwischen der Emil Frey und den zur PSA Groupe gehörenden Unternehmen Automobiles Peugeot S.A., Automobiles Citroën SA und Opel Europe Holdings, S.L.U. der Verkauf von 100 % der Aktien der Zielunternehmen an die Emil Frey vereinbart.

9. Im Ergebnis führt diese Transaktion zum Erwerb der alleinigen Kontrolle der Emil Frey über die Zielunternehmen und es handelt sich daher um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

B.2 Meldepflicht

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

¹ Vgl. RPW 2017/4, 567 Rz 2 f., *Peugeot SA/Opel* und RPW 2017/4, 574 Rz 2 und Rz 5, *Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos* für eine detaillierte Beschreibung der Aktivitäten der PSA Gruppe.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen

Unternehmen	Umsatz 2018 [CHF Mio.]	
	Weltweit	In der Schweiz
Emil Frey	[...]	[...]
Zielunternehmen	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

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

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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

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

B.3.1 Relevante Märkte

14. Beide Parteien sind in der Schweiz im Grosshandel von Fahrzeugen tätig. Emil Frey importiert Fahrzeuge und Ersatzteile der Marken DFSK, Jaguar/Land Rover, Kia, Lexus/Toyota, Mitsubishi, Piaggio, Subaru und Suzuki. Das Zielunternehmen importiert Fahrzeuge und Ersatzteile der Marken Citroën, DS, Opel und Peugeot.²

15. Beide Parteien sind in der Schweiz im Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe tätig. Emil Frey Gruppe vertreibt neue Fahrzeuge der Marken Alfa Romeo, Aston Martin, BMW, Bentley, Cadillac, Chevrolet, DFSK, Fiat, Ford, Isuzu, Jaguar, Jeep, Kia, Land Rover, Lexus, Mini, Maserati, Mazda, Mercedes, Mitsubishi, Opel, Piaggio, smart, Subaru, Suzuki, Toyota und Volvo. Das Zielunternehmen vertreibt neue Fahrzeuge der Marken Citroën, DS, Opel und Peugeot in sechs Händlerbetrieben der PSA Retail (Suisse) SA, dies an Standorten in Genf, Bern, Schlieren und Renens/Lausanne.

16. Beide Parteien sind im Bereich von Wartungs- und Reparaturdienstleistungen tätig, dies jedoch ausschliesslich für Fahrzeuge von Marken, welche sie auch selbst vertreiben bzw. vertrieben haben und deren Vertrieb eingestellt wurde (z.B. Chevrolet, Daihatsu und Fisker).

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

18. In Bezug auf den Bereich für den Vertrieb von Fahrzeugen hat die Europäische Kommission in ihrer bisherigen Praxis unterschieden zwischen dem Markt für den Grosshandel von Fahrzeugen und dem Markt für den Retailvertrieb von Fahrzeugen.³

19. Die WEKO ist in der bisherigen Praxis für den Vertrieb von Fahrzeugen von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe und von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe ausgegangen.

20. Der Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe ist gemäss der Praxis der WEKO zunächst in Personenwagen und Nutzfahrzeuge zu unterteilen.⁴ Zusätzlich hat die WEKO diesen Markt in der Verfügung BMW nach verschiedenen Fahrzeugklassen in Segmenten unterteilt.⁵ Dies vor allem deshalb, weil aus Sicht des Nachfragers nicht alle Personenwagen als Substitutionsgüter betrachtet werden können. So deckt z. B. ein Kleinwagen aufgrund seiner Eigenschaften nicht dieselben Bedürfnisse wie ein Fahrzeug der Ober- oder Luxusklasse ab.⁶

² Das Zielunternehmen vertreibt auch Ersatzteile der Marke Chevrolet (ca. CHF [...] in 2018), deren Fahrzeuge in der Schweiz seit dem Jahr 2015 nicht mehr vertrieben werden.

³ Siehe z.B. Entscheid der EU-Kommission vom 22.7.2002, COMP M.2832, Rz 17 *General Motors/Daewoo*, Entscheid der EU-Kommission vom 16.10.2015, COMP M.7747, Rz 11 ff., *PGA/MSA*, Entscheid der EU-Kommission vom 13.11.2012, COMP M.6718, Rz 11, *TTC/CFAO*, Entscheid der EU-Kommission vom 3.2.2000, COMP M.1825, Rz 9, *Suzuki Motor/Suzuki KG/FAFIN*, Entscheid der EU-Kommission vom 21.1.1992, COMP M.182, Rz 8, *Inchape/TKM*, Case COMP M.1452, Rz 10, *Ford/Volvo*, Entscheid der EU-Kommission vom 26.3.1999, COMP M.5709, Rz 10 *Volkswagen/Mahag*.

⁴ RPW 2019/1, 148 Rz 9, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*.

⁵ RPW 2012/3, 561, Rz 184, *BMW*; Urteil des BVGer vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 821 ff. E. 7.1, *BMW/WEKO* (bestätigt durch Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017).

⁶ RPW 2019/1, 148 Rz 9, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*.

21. Im Ergebnis ging die WEKO von einem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe, unterteilt in die Segmente: Kleinstwagen (A00), Kleinwagen (A0), Mittelklasse (A), Obere Mittelklasse (B), Oberklasse (C), Luxusklasse oder Sportwagen (D), Mehrzweckwagen (MPV), SUV/Geländewagen und weiterhin leichte Nutzfahrzeuge⁷ (NFZ), unterteilt in Trsp A, Trsp B und Trsp C aus, wovon auch im vorliegenden Fall auszugehen ist.⁸ Die genaue sachliche Abgrenzung, ob Segmente zusammenzufassen sind, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

22. In Bezug auf einen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe ist die WEKO im Fall *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten* (RPW 2019/1, 147 ff.) vom Nachfrageverhalten der Endkundinnen und Endkunden ausgegangen und es wurden deren Präferenzen sowie deren Verhalten als Ausgangspunkt angenommen. Letztlich wurde eine Segmentierung wie im Bereich des Handels auf der Retailstufe auch für den Grosshandel erwogen. Jedoch wurde die genaue sachliche Abgrenzung letztlich offengelassen und dies insbesondere hinsichtlich der Möglichkeit, auch alle Segmente des Marktes für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe zusammenzufassen.⁹

23. Die Parteien sind der Ansicht, dass eine Unterteilung des Marktes für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe in Segmente nach Fahrzeugklassen (vgl. Rz 20 f.) zu eng sei. Die Parteien bringen insbesondere vor, dass sich das Know-how zum Verkauf und zur Beschaffung von Fahrzeugen, sowohl aus der Perspektive eines Importeurs als auch aus derjenigen eines Händlers auf der Retailstufe, nicht nach Fahrzeugklassen unterscheidet. Auch umfasse, gestützt auf das Sortimentkonzept, der Grosshandel von Fahrzeugen alle Fahrzeugklassen. Überdies widerspreche eine solche enge Abgrenzung der Praxis der Europäischen Kommission (vgl. Rz 18).

24. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen, insbesondere hinsichtlich des von den Parteien dargelegten Nachfrageverhaltens der Händler auf der Retailstufe, wird deutlich, dass die Endkundinnen und Endkunden Personenwagen aus allen Fahrzeugklassen bzw. allen Segmenten bei einem Händler auf der Retailstufe nachfragen. Daher muss dieser Händler auf der Retailstufe für Endkundinnen und Endkunden auch ein solches Angebot offerieren und wird entsprechende Fahrzeuge aller Segmente beim Händler auf der Grosshandelsstufe nachfragen.

25. Im vorliegenden Fall ist demnach von einem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (ohne eine Unterteilung in Segmente) auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann jedoch letztlich offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

26. In Bezug auf den Bereich Serviceleistungen an Fahrzeugen geht die WEKO davon aus, dass die Endkundinnen und Endkunden nur unabhängige Werkstätten oder zugelassene Werkstätten als substituierbar betrachten, welche Fahrzeuge der von ihnen gekauften Marken reparieren können. Im Fall *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten* (RPW 2019/1, 147 ff.) ging

die WEKO daher von einem Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen, der markenspezifisch abzugrenzen ist, aus, hat letztlich eine genaue sachliche Abgrenzung aber offengelassen.¹⁰

27. Im vorliegenden Fall ist demnach von einem Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen auszugehen, der markenspezifisch abzugrenzen ist. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

29. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe und den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.¹¹ Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

30. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den sachlichen Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.¹² Eine genaue räumliche Abgrenzung, ob es sich allfällig auch um regionale oder lokale Märkte handeln könnte, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

31. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als vom Zusammenschluss betroffene Märkte bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

⁷ Trsp. A, B und C der leichten Nutzfahrzeuge entspricht in der Schadstoffgesetzgebung den Gruppen I, II und III (Gruppe I: Bezugsmasse <1305 kg, Gruppe II: 1305 kg < Bezugsmasse < 1760 kg, Gruppe III: Bezugsmasse > 1760 kg).

⁸ RPW 2019/1, 148 Rz 12, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*.

⁹ RPW 2019/1, 148 Rz 13ff., *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*.

¹⁰ RPW 2019/1, 149 Rz 16 ff., *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*.

¹¹ Vgl. beispielsweise RPW 2017/4, 570 Rz 31, *Peugeot SA/Opel*; RPW 2019/1, 149 Rz 22, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*.

¹² RPW 2019/1, 149 Rz 23 f., *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*.

Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe

32. Wie aus Tabelle 2 zu entnehmen ist, verfügen die Parteien im Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (ohne eine Unterteilung in Segmente) mit [20–30] % über einen gemeinsamen Anteil von mehr als 20 %. Dieser Markt ist damit ein vom Zusammenschluss betroffener Markt. Würde man diesen Markt (hypothetisch) in Segmente bzw. weitere

(Teil-)Märkte unterteilen, so wären «Kleinstwagen» mit [20–30] %, «Kleinwagen» mit [30–40] %, «SUV/Geländewagen» mit [20–30] % sowie leichte Nutzfahrzeuge der Segmente «Trsp A» mit [20–30] % und «Trsp B» mit [20–30] % betroffene Märkte (vgl. Tabelle 3). In allen anderen (hypothetischen) Segmenten des Marktes für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe liegt der gemeinsame Anteil unter 20 %.

Tabelle 2: Marktanteile auf der Grosshandelsstufe in der Schweiz

Marktanteile im Vertrieb Grosshandelsstufe (2018, Schweiz)			
	Emil Frey	Zielunternehmen	Emil Frey & Zielunternehmen
Personenwagen und leichte NFZ	[10–20]%	[0–10]%	[20–30]%

Bemerkung: Grau schraffiert: Betroffener Markt / NFZ=Nutzfahrzeuge; Quelle: Sämtliche Angaben sind Angaben der Parteien auf Grundlage der Daten von auto-schweiz, welche auf MOFIS Daten beruhen. Für leichte NFZ basieren die Angaben der Parteien auf MOFIS Daten, um eine Segmentierung nach Trsp A, B und C vorzunehmen.

Tabelle 3: Marktanteile auf der Grosshandelsstufe nach Segmenten in der Schweiz

Marktanteile im Vertrieb Grosshandelsstufe (2018, Schweiz, segmentbezogen)			
Segment	Emil Frey	Zielunternehmen	Emil Frey & Zielunternehmen
Kleinstwagen	[10–20]%	[10–20]%	[20–30]%
Kleinwagen	[10–20]%	[10–20]%	[30–40]%
Mittelklasse	[0–10]%	[0–10]%	[10–20]%
Obere Mittelklasse	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Oberklasse	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Luxusklasse/Sportwagen	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Mehrzweckwagen	[0–10]%	[0–10]%	[10–20]%
SUV/Geländewagen	[10–20]%	[10–20]%	[20–30]%
Leichte NFZ (Trsp A)	[10–20]%	[0–10]%	[20–30]%
Leichte NFZ (Trsp B)	[0–10]%	[20–30]%	[20–30]%
Leichte NFZ (Trsp C)	[0–10]%	[10–20]%	[10–20]%

Bemerkung: Grau schraffiert: Betroffener Markt / NFZ=Nutzfahrzeuge; Quelle: Sämtliche Angaben sind Angaben der Parteien auf Grundlage der Daten von auto-schweiz, welche auf MOFIS Daten beruhen. Für leichte NFZ basieren die Angaben der Parteien auf MOFIS Daten, um eine Segmentierung nach Trsp A, B und C vorzunehmen.

33. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird demnach die Schwelle des für die Beurteilung, ob ein betroffener Markt vorliegt, relevanten «gemeinsamen Marktanteils» von 20 % aufgrund des gemeinsamen Marktanteils von [20–30] % [...] überschritten. Zudem sind in diesem Markt viele starke und etablierte Anbieter, wie z.B. AMAG, Daimler, BMW, Renault-Nissan, FCA, Ford, Volvo und Groupe Bergé, tätig.

34. Zudem werden die Parteien auch weiterhin dem Wettbewerb von Parallel- und Direktimporten ausgesetzt sein. Gemäss Angaben der Parteien stellten diese eine etablierte Wettbewerbskraft und einen wichtigen Vertriebskanal dar. Sie betrogen in den Jahren 2016–2018

für Personenwagen und leichte Nutzfahrzeuge ca. [0–10] %. In Bezug auf die von der Emil Frey Gruppe importierten Marken geben die Parteien an, dass Parallel- und Direktimporte ca. [0–10] % betragen würden. Es werde daher eine entsprechend grosse Anzahl von Fahrzeugen parallel oder direkt importiert und dies verstärke den intensiven Wettbewerb zusätzlich.

35. Auch werde der Wettbewerb, gemäss Angaben der Parteien, durch den Umstand verstärke, dass auf Herstellerbene beträchtliche Überkapazitäten bestehen würden. Hersteller würden daher versuchen, möglichst viele Fahrzeuge im Markt abzusetzen und dies bedeute, dass das Angebot zunehme. Im Ergebnis führe dies zu

tieferen Preisen und starkem Wettbewerb auf allen Marktstufen, da die Anbieter mit attraktiveren Angeboten die Abnehmer umwerben würden.

36. Würde der Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (hypothetisch) in Segmente unterteilt, gelten die gemachten Ausführungen (vgl. Rz 33–35) auch für die betroffenen Segmente (vgl. Rz 32).

37. Im Ergebnis gibt es keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für den Vertrieb von Fahr-

zeugen auf der Grosshandelsstufe und den einzelnen Segmenten. Es ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auszugehen.

Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe

38. Wie aus Tabelle 4 zu entnehmen ist, erreichen die Parteien im Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe in keinem der Segmente (gemeinsame oder alleinige) Marktanteile, welche zu vom Zusammenschluss betroffenen Märkten führen.

Tabelle 4: Marktanteile auf der Retailstufe nach Segmenten in der Schweiz

Marktanteile im Vertrieb Retailstufe (2018, Schweiz, segmentbezogen)			
Segment	Emil Frey	Zielunternehmen	Emil Frey & Zielunternehmen
Kleinstwagen	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Kleinwagen	[0–10]%	[0–10]%	[10–20]%
Mittelklasse	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Obere Mittelklasse	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Oberklasse	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Luxusklasse/Sportwagen	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Mehrzweckwagen	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
SUV/Geländewagen	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Leichte NFZ (Trsp A)	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Leichte NFZ (Trsp B)	[0–10]%	[10–20]%	[10–20]%
Leichte NFZ (Trsp C)	[10–20]%	[0–10]%	[10–20]%

Bemerkung: NFZ=Nutzfahrzeuge; Quelle: Sämtliche Angaben sind Angaben der Parteien auf Grundlage der Daten von Emil Frey bzw. des Zielunternehmens, wobei die Parteien zur Berechnung der entsprechenden Anteile die Daten von auto-schweiz zum Gesamtimport, welche auf MOFIS-Daten beruhen, verwendet haben.

39. Auch ein (hypothetischer) Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe, in welchem alle Segmente in «Personenwagen und leichte Nutzfahrzeuge» zusammengefasst werden, würde nicht zu einem vom

Zusammenschluss betroffenen Markt führen (vgl. Tabelle 5).

Tabelle 5: Marktanteile auf der Retailstufe in der Schweiz

Marktanteile im Vertrieb Retailstufe (2018, Schweiz)			
	Emil Frey	Zielunternehmen	Emil Frey & Zielunternehmen
Personenwagen und leichte NFZ	[0–10]%	[0–10]%	[10–20]%

Bemerkung: NFZ=Nutzfahrzeuge; Quelle: Sämtliche Angaben sind Angaben der Parteien auf Grundlage der Daten von Emil Frey bzw. des Zielunternehmens. Wobei die Parteien zur Berechnung der entsprechenden Anteile die Daten von auto-schweiz zum Gesamtimport, welche auf MOFIS-Daten beruhen, verwendet haben.

40. Demnach ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auf den Märkten für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe auszugehen (vgl. Rz 31).

41. Wie aus Tabelle 6 zu entnehmen ist, erreichen die Parteien in den Märkten für Serviceleistungen an Fahr-

zeugen für die Marktsegmente Opel, Peugeot und Citroën & DS in keinem dieser Märkte einen (gemeinsamen oder alleinigen) Marktanteil, welcher zu vom Zusammenschluss betroffenen Märkten führt. Auch kommt es zwischen den vom Zielunternehmen und den weite-

ren von Emil Frey vertriebenen Marken (vgl. Rz 15) zu keiner Marktanteilsaddition. keiner Überlappung und daher auf diesen Märkten zu

Tabelle 6: Marktanteile für Serviceleistungen an Fahrzeugen in der Schweiz

Marktanteile für Serviceleistungen (2018, Schweiz, markenbezogen)			
Segment	Emil Frey	Zielunternehmen	Emil Frey & Zielunternehmen
Opel	[0–10]%	[0–10]% ¹³	[0–10]%
Peugeot	[0–10]%	[0–10]%	[0–10]%
Citroen & DS	[0–10]%	[10–20]%	[10–20]%

Quelle: Sämtliche Angaben sind Angaben der Parteien auf Grundlage der Daten von Emil Frey bzw. des Zielunternehmens und entsprechender MOFIS-Daten.

42. Demnach ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auf den Märkten für Serviceleistungen an Fahrzeugen auszugehen (vgl. Rz 31).

oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

43. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Berechnung der Marktanteile auf den Märkten für Serviceleistungen an Fahrzeugen in Tabelle 6 auf Reparaturstunden pro Fahrzeug basieren, welche auch Garantie- und Free-Servicearbeiten umfassen, die durch den Hersteller bzw. Importeur bezahlt werden. Da solche Garantie- und Free-Servicearbeiten nicht von unabhängigen Garagen erbracht werden können, könnte erwogen werden, diesen Bereich vom Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen auszunehmen. Im Ergebnis wären die Marktanteile der Parteien auf den Märkten für Serviceleistungen an Fahrzeugen (ohne Garantie- und Free-Servicearbeiten) folglich tiefer, da die Garantie- und Free-Servicearbeiten herauszurechnen wären und gleichzeitig die Serviceleistungen der unabhängigen Werkstätten (welche keine Garantie- und Free-Servicearbeiten ausführen) unverändert blieben.

44. Die Parteien machen weiter geltend, dass ihre Marktanteile auch bei einem markenübergreifend abgegrenzten Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen (für «Personenwagen und leichte Nutzfahrzeuge») in jedem Fall tiefer wären als jene im Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe (für «Personenwagen und leichte Nutzfahrzeuge»); vgl. Tabelle 5) und daher auch keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte resultieren würden. Demnach wäre ebenfalls von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auszugehen (vgl. Rz 31). Die Parteien begründen dies insbesondere damit, dass der Wettbewerb im Bereich Serviceleistungen eng mit dem Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe verbunden sei. Dementsprechend würden die Parteien keine Fahrzeuge reparieren oder warten, welche nicht auch von ihnen vertrieben wurden und deshalb könnten deren Marktanteile höchstens so hoch sein wie im Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe.

B.3.3 Ergebnis

45. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen

¹³ Da das Zielunternehmen erst seit spät im Jahr 2018 (Genf) bzw. im Juni 2019 (Schlieren) Servicearbeiten für Opel anbietet, sind für das Jahr 2018 für Opel keine Daten vorhanden.

B 2.3

8. The Blackstone Group Inc./CRH Gétaz Holding AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. September 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 13. September 2019

1. Am 19. August 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt The Blackstone Group Inc. (Blackstone) indirekt die alleinige Kontrolle über die CRH Gétaz Holding AG (CRH plc) zu erwerben.

2. **Blackstone** ist ein global tätiger Vermögensverwalter mit Sitz in New York City (NY), USA. Blackstone ist als Investment-Firma tätig und nicht als Konglomerat oder Holdinggesellschaft. [...]

3. Das Zielunternehmen umfasst das europäische Vertriebsgeschäft von **CRH plc** mit Tätigkeiten in den Niederlanden, Deutschland, Belgien, Österreich, Frankreich, Portugal und der Schweiz [...]. Das Unternehmen vertreibt Baustoffe, Heizungs- sowie Sanitärprodukte.

4. [...]

5. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde [...] am 4. September 2019 auch bei der europäischen Kommission im vereinfachten Verfahren gemeldet. Die Kommission hat den Zusammenschluss noch nicht als vereinbar mit dem Binnenmarkt erklärt, gemäss telefonischer Auskunft des zuständigen Case Managers bestehen aber keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

6. [...]

7. Blackstone erzielte im Geschäftsjahr 2018 in der Schweiz einen Umsatz von [...] Millionen Franken und weltweit von [...] Millionen Franken. Die Vertriebsgesellschaften von CRH plc erzielten in derselben Zeitspanne in der Schweiz Umsätze in der Höhe von [...] Millionen Franken und weltweit von [...] Millionen Franken. Die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind erreicht und das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

8. Ergeben sich aus der vorläufigen Prüfung eines Zusammenschlusses Anhaltspunkte, dass dadurch eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, führt die Wettbewerbskommission eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durch (Art. 32 KG). Aus dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben ergeben sich aus den folgenden Gründen keine Anhaltspunkte für Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung:

- CRH plc vertreibt in der Schweiz:

- o Baumaterialien wie z.B. Zement, Betonwaren, Putze, Verputzträger, Ziegel, Isolationen, Bauplatten, Kanalisationsmaterial, Tiefbaumaterialien, Gartenbauartikel, Spenglerei und Bauchemikalien;

- o Holz einschliesslich verschiedener Holzprodukte verschiedener Verarbeitungsstufen wie Massivholz, Türen, Parkett etc.;

- o Sichtbare Sanitärprodukte (Badezimmereinrichtungen, Sanitärprodukte vor der Wand);

- Keine der von Blackstone kontrollierten Portfoliogesellschaften ist in einem dieser Segmente tätig. Das Zusammenschlussvorhaben führt daher zu keiner horizontalen Überschneidung zwischen den Tätigkeiten der von Blackstone kontrollierten Portfoliogesellschaften und von CRH plc.

- Zum Portfolio von Blackstone gehört Armacell International S.A. (Armacell). Armacell ist in der Herstellung und im Verkauf von flexiblen Dämmstoffen und technischen Schäumen im Bereich der Anlagenisolierung tätig. Armacell hat zwei Hauptgeschäftsbereiche: (i) Das Advanced Insulation Geschäft, das fertige flexible Dämmstoffe für die Isolierung technischer Anlagen für Anwendungen wie Heizung, Lüftung, Klimatechnik, Heizung & Sanitär, Kältetechnik und sonstiges herstellt und verkauft; und (ii) das Engineered Foams Geschäft, das halbfertige und fertige nicht-isolierende Schäume für Anwendungen in den Bereichen Wind, Transport, Sport und Freizeit sowie Leichtbau-Industrie herstellt und verkauft, die an Verarbeiter und OEMs verkauft werden. Die Advanced Insulation-Produkte von Armacell werden in technischen Anwendungen eingesetzt. Armacell produziert keine Dämmstoffe, die in der Gebäudehülle verwendet werden.

- Das Advanced Insulation Geschäft von Armacell beliefert Endkunden von Baumaterialien nicht direkt. Deshalb gibt es keine horizontale Überschneidung der Tätigkeit von Armacell und der CRH plc.

- In der Schweiz werden die Advanced Insulation Produkte von Armacell unter anderem über Baumaterialhändler vertrieben. Zwischen CRH plc und Armacell besteht in der Schweiz eine Kunden-Lieferanten-Beziehung. Je nach Definition des sachlich relevanten Marktes fällt der Marktanteil von Armacell in der Schweiz unterschiedlich hoch aus, er liegt aber jedenfalls unter 15 %. Auch der Marktanteil von CRH plc im Vertrieb der unter anderem von Armacell hergestellten technischen Isolierungen ist gering. Genaue Angaben dazu liegen zwar keine vor, der Marktanteil von CRH plc in der Schweiz im Handel mit Baumaterialien insgesamt liegt aber schätzungsweise bei unter 25 %. Da weder Käufer noch Zielunternehmen in

den relevanten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, führt der Zusammenschluss trotz der bestehenden vertikalen Beziehung kaum zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

9. Aus diesen Gründen bestehen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mit Bezug auf das gemeldete Zusammenschlussvorhaben.

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. November 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. November 2019

1. Am 5. November 2019 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben betreffend Entflechtungsmassnahmen bei der SET Swiss Energy Trading AG (SET) erhalten, deren Aktienkapital heute zu 100 % von Swissgas Schweizerische Aktiengesellschaft für Erdgas (Swissgas) gehalten wird und deren Aktienrechte von Swissgas, Gasverbund Mittelland AG (GVM), Gaznat SA (Gaznat), Erdgas Ostschweiz AG (EGO) und Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ) ausgeübt werden.¹ Im Rahmen der geplanten Entflechtungsmassnahmen werden Swissgas und EGO ihre Beteiligungen an der SET an die verbleibenden Aktionäre veräussern.

2. Die SET mit Sitz in Zürich bezweckt bzw. tätigt hauptsächlich den Handel im Energiesektor, insbesondere mit Erdgas.² Sie wurde im Jahr 2009 mit dem Zweck gegründet, die Handelsaktivitäten der Swissgas-Aktionärinnen, d.h. der vier Regionalgesellschaften EGO, EGZ, Gaznat und GVM, im kurzfristigen Bereich zu bündeln.³ Die SET betreibt auch ein Eigenhandelsgeschäft, welches über 50 % ihrer Geschäftsaktivitäten ausmacht.⁴

3. Die GVM mit Sitz in Arlesheim und die Gaznat mit Sitz in Lausanne beschaffen und transportieren Erdgas im Auftrag der ihr angeschlossenen lokalen Gasversorgungsunternehmen (GVU) und Direktkunden. Dazu betreiben die beiden Gesellschaften je ein eigenes Hochdruckrohrleitungsnetz mit Übergabestationen. Über dieses Transportsystem erfolgt der Erdgastransport zu den GVU und den Direktkunden.⁵

4. Die Entflechtung der Beteiligung an der SET steht nach Angaben der Zusammenschlussparteien namentlich im Zusammenhang mit europarechtlich motivierten Entbündelungsdiskussionen und damit mit einer Neupositionierung von Swissgas. Diese soll zukünftig strategisch als reine Netzgesellschaft positioniert werden.⁶ Zudem zeigten sich im Innenverhältnis der Swissgas-Beteiligungen an der SET divergierende Interessen. So behielten die Aktionärinnen ihre Handelsaktivitäten bei und konkurrenzten die SET.⁷ Im Hinblick auf die erwartete Liberalisierung des Erdgasmarktes in der Schweiz beschlossen namentlich die Aktionäre der EGO die operative und rechtliche Entflechtung von Netzbetrieb und Energiebeschaffung und gründeten in der Folge die Open Energy Platform AG (OEP).⁸ Sie begannen

damit, eine eigene, von Swissgas und SET unabhängige Beschaffungsstrategie zu verfolgen. So beschafft EGO gegenwärtig auch kein Erdgas über die SET.⁹ Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben soll gemäss Zusammenschlussparteien diesen Marktgegebenheiten Rechnung getragen und folglich die Beteiligungsstruktur der SET entflochten werden.¹⁰

5. Das Sekretariat der WEKO hat im Rahmen einer der Zusammenschlussmeldung vorausgehenden Beratung festgestellt, dass die SET gegenwärtig – aufgrund der Möglichkeit von wechselnden Koalitionen in Bezug auf strategische, geschäftspolitische Entscheide – weder durch ein einzelnes noch durch mehrere Unternehmen gemeinsam kontrolliert wird. Nach den geplanten Entflechtungsmassnahmen, d.h. der Veräusserung des gesamten Aktienkapitals durch Swissgas an EGO, GVM, Gaznat und EGZ und der darauffolgenden Veräusserung durch EGO ihrer gesamten Beteiligung an der SET an GVM, Gaznat und EGZ werden GVM und Gaznat die SET gemeinsam kontrollieren. EGZ bleibt Minderheitsaktionärin ohne Kontrollrechte. Bei den vorgesehenen Entflechtungsmassnahmen handelt es sich somit um die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle durch GVM und Gaznat über ein bereits bestehendes Unternehmen (SET) im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU. Da die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG überschritten sind, handelt es sich um ein meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben.

¹ Ein Vertrag zwischen Swissgas einerseits und EGO, GVM, Gaznat und EGZ andererseits vom 22.10.2012 bzw. 7./12./21./27.11.2012 regelt die Unterbeteiligung der Swissgas Aktionärinnen an 65 % des von Swissgas gehaltenen Aktienkapitals der SET. Den Swissgas-Aktionärinnen soll dabei – abgesehen vom Eigentum der Aktien der SET – soweit als möglich dieselbe Rechtsstellung zukommen, wie wenn 65 % der Aktien direkt auf sie übertragen würden.

² Art. 2 der Statuten der SET vom 7. April 2017; obwohl die SET gemäss Zweckbestimmung auch andere Energieträger handeln könnte, ist sie derzeit ausschliesslich im Erdgasbereich tätig (Meldung, Rz 43, Fn 31).

³ Meldung, Rz 43, vgl. auch History SET, <<http://swiss-energy-trading.ch/>> (12.11.2019).

⁴ Meldung, Rz 52, vgl. auch SET annual report 2018, <https://static1.squarespace.com/static/50c1b5e1e4b0d3aaf7ed59b0/t/5d6e3014d410d1000116b882/1567502361229/ANNUAL_REPORT_2018.pdf> (12.11.2019). Sie tätigt in eigenem Namen physische und nicht-physische Handelsgeschäfte mit Gegenparteien. Solche Gegenparteien können Handelshäuser, ggf. ausländische Gasversorger oder Grosskunden sein, welche Handelsgeschäfte namentlich zur Beschaffung, Absicherung, Eigenhandel und Index-Bildung tätigen (Meldung, Rz 52 und 54).

⁵ Meldung, Rz 26 und 33.

⁶ Meldung, Rz 95, vgl. auch Pressemitteilung vom 25. Juni 2019, <http://www.swissgas.ch/fileadmin/user_upload/swissgas/News/Medienmitteilung_Swissgas_Unbundling_25_Juni_2019_DE.pdf> (12.11.2019).

⁷ Meldung, Rz 93.

⁸ Vgl. Rechtliche Entflechtung von Netzbetrieb und Beschaffung, <<https://erdgasostschweiz.ch/marktoeffnung/legal-unbundling/>>; Open Energy Platform AG, <<https://openep.ch/>> (12.11.2019).

⁹ Meldung, Rz 61.

¹⁰ Meldung, Rz 96.

6. Die Praxis der WEKO bezüglich Marktabgrenzungen im Erdgasbereich lehnt sich mit der Gliederung in infrastrukturbezogene Märkte (Markt für Erdgastransport und Markt für Erdgasverteilung) und Märkte für den Verkauf von Erdgas (Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer und Markt für Erdgaslieferung an Endkunden) stark an die Praxis der EU-Kommission an.¹¹ Bisher nicht beurteilt wurde die Frage, welchen möglichen sachlichen Märkten Handelsaktivitäten zwecks Erzielung eines Handelsgewinns im Erdgasbereich zuzuweisen sind. Ebenfalls wurde bis anhin nicht beurteilt, ob der Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer allenfalls nach Handelsstufe zu unterteilen wäre.

7. Die vorgesehenen Entflechtungsmassnahmen führen in keinem der oben genannten praxismässig abgegrenzten Märkte zu Marktanteilsadditionen. Zudem kommt es sowohl im Bereich des Verkaufs bzw. der Lieferung von Erdgas als auch im Bereich der Handelsaktivitäten bei sämtlichen geprüften alternativen Marktabgrenzungen zu keinen Marktanteilsadditionen. Dies einerseits, weil GVM und Gaznat – im Gegensatz zu SET – nicht im Bereich des Handels zwecks Erzielung eines Handelsgewinns tätig sind und andererseits, weil durch den Zusammenschluss im Lieferbereich keine Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien zusammengelegt werden.¹²

8. Die Veräusserung der Swissgas- und EGO-Beteiligungen an die restlichen Aktionäre führt auch zu keiner vertikalen Marktverschliessung. Das Zusammenschlussvorhaben beeinflusst die Auswahl der Beschaffungskanäle der Regionalgesellschaften nicht (*Input Foreclosure*) und umgekehrt werden die Regionalgesellschaften durch das Zusammenschlussvorhaben nicht an bestimmte Beschaffungskanäle gebunden (*Customer Foreclosure*).¹³ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die ausscheidende Regionalgesellschaft EGO bereits heute kein Erdgas über SET beschafft (vgl. Rz 4). Auch den lokalen GVUs steht die Möglichkeit offen, Erdgas direkt bei SET oder andern Dritten¹⁴ zu beschaffen.

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

¹¹ Vgl. RPW 2014/1, 119 Rz 71 *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m.w.H.

¹² So kommt es durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen auf einer regionalen Grosshandelsstufe (mit Regionalgesellschaften als Nachfrager und SET, anderen Dritten oder internationalen Erdgaslieferanten als Anbieter), zu keinen Marktanteilsadditionen auf einer lokalen Grosshandelsstufe (mit GVVU als Nachfrager und Regionalgesellschaften als Anbieter) und zu keinen Marktanteilsadditionen auf einer Einzelhandelsstufe (mit Endkunden als Nachfrager und GVVU, Regionalgesellschaften und Dritten als Anbieter).

¹³ Sie können heute Erdgas über SET, andere Dritte (Axpo, OEP, andere Beschaffungsplattformen) oder internationale Erdgaslieferanten (Uniper, Engie, Gasterra) beschaffen (Meldung, Rz 139).

¹⁴ Z.B. Axpo, OEP, andere Beschaffungsplattformen.

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. Oktober 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. Oktober 2019

A Sachverhalt

1. Am 9. September 2019 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Medbase AG (nachfolgend: Medbase) als Teil der Migros-Gruppe zusammen mit dem Luzerner Kantonsspital (nachfolgend: LUKS), die gemeinsame Kontrolle über die Medbase Zentralschweiz AG (nachfolgend: Medbase ZS) zu begründen.

2. **Medbase** mit Sitz in Winterthur ist eine 100%-Tochtergesellschaft der Migros Vita AG. Die Anteile der Migros Vita AG werden zu 100 % vom Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: MGB) und verschiedenen Migros-Genossenschaften gehalten. Medbase erbringt Dienstleistungen im medizinischen und therapeutischen Bereich. Im medizinischen Bereich bietet Medbase für Patienten ein breites Behandlungsangebot im Bereich der ambulanten Grundversorgung und Spezialarztmedizin an. Zudem ist Medbase u.a. in den Bereichen der medizinischen Massage und der Komplementärmedizin tätig.

3. Im Kanton Luzern verfügt Medbase über Standorte in Luzern Allmend, in Kriens Kleinfeld und in Luzern National. Am Standort Luzern Allmend erbringt Medbase ambulante Dienstleistungen im medizinischen und therapeutischen Bereich. Am Standort Kriens Kleinfeld bietet Medbase im Wesentlichen Physiotherapie und medizinische Massagen und am Standort Luzern National ausschliesslich Physiotherapie an. An den genannten Standorten beschäftigt Medbase keine Spezialisten in den Bereichen Ophthalmologie und Endokrinologie.

4. Die **Migros-Gruppe** ist hauptsächlich im Detailhandel (Food / Near Food / NonFood) tätig. Mit den Migros-Industrien verfügt die Migros-Gruppe zudem über eigene Produktionsbetriebe. Daneben ist die Migros-Gruppe unter anderem auch im Grosshandel, der Gastronomie und dem Treibstoffgeschäft tätig.

5. Das **LUKS** mit Sitz in Luzern ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Es bietet Leistungen der Akut- und Rehabilitationsmedizin an. Es kann sodann ambulante Leistungen ausserhalb der Spitalbetriebe anbieten. Das LUKS verfügt aktuell über Standorte in der Stadt Luzern, Sursee, Wolhusen, Zug, Baar, Zürich und Montana. Es führt derzeit neben

einer Spitalapotheke auch eine der allgemeinen Öffentlichkeit zugängliche Apotheke am Standort Luzern. Des Weiteren erbringt das LUKS ambulante Dienstleistungen lediglich in diversen Fachbereichen, darunter namentlich Spezialsprechstunden in den Bereichen Ophthalmologie und Endokrinologie. Es betreibt zusätzlich in Kooperation mit der Ärztesgesellschaft des Kantons eine gemeinsame hausärztliche Notfallpraxis am LUKS (die24notfallpraxis).

6. **Medbase ZS** mit Sitz in Winterthur wurde bereits gegründet, ist aber noch nicht operativ tätig. Medbase ZS soll in Zukunft im Bereich der ambulanten medizinischen Versorgung sowie im Arzneimittelbereich (sie wird eine Apotheke betreiben) tätig sein und dazu über einen Standort in der Überbauung Mattenhof in Kriens verfügen, an welchem auch Medbase über einen Standort verfügt.

7. [...]

B Erwägungen

B.1 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

8. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft lediglich die Geschäftsbereiche im Gesundheitswesen. Diese Tätigkeitsbereiche werden nachfolgend geprüft. Auf die übrigen Tätigkeitsgebiete der Unternehmen wird nicht eingegangen.

9. Folgende Bereiche müssen in Betracht gezogen werden: Absatzmarkt auf Stufe Apotheken sowie die Erbringung von ambulanten medizinischen Dienstleistungen.

B.1.1 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

10. Die nachfolgenden Märkte sind als betroffen zu bezeichnen.

B.1.1.1 Markt für Produkte der Körperpflege, Kosmetik und Parfum (Absatzmarkt)

11. Die Parteien geben einen gemeinsamen Marktanteil im Absatzmarkt von 20 – 30 % für die MS-Region Luzern (lokale Ebene) und einen gemeinsamen Marktanteil von 20 – 30 % auf nationaler Ebene an. Es liegt somit ein betroffener Markt vor.

12. Im betroffenen Markt agieren Konkurrenten wie Coop, Aldi, Manor und Lidl. Die Parteien schätzen diesbezüglich die Marktanteile der Konkurrenz für 2018 national auf 10–20 % (Coop), 0–10 % (Manor) und 0–10 % (Aldi) und lokal auf 10–20 % (Coop), 10–20 % (Manor) und 0–10 % (Aldi) ein. Ausserdem erwähnen sie den steigenden Wettbewerbsdruck durch die zunehmende Bedeutung des Online-Handels. In den vergangenen 3 Jahren hat sich der Marktanteil der genannten Marktteilnehmer auf nationaler Ebene ausser für Coop (Reduktion von [...] % auf [...] %) nicht verändert.¹ In der MS-

¹ Definitive Meldung, Beilage 7.

Region Luzern sind die Marktanteile mit Ausnahme derer von Aldi (Zunahme von [...] % auf [...] %) ebenfalls unverändert geblieben.²

13. Es besteht somit aktueller Wettbewerb im Markt, der sich disziplinierend auf die Migros-Gruppe auswirkt.

14. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Absatzmarkt für Produkte der Körperpflege, Kosmetik und Parfum eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.1.1.2 Markt für akut-stationäre Spitaldienstleistungen

15. Gemäss Praxis der WEKO liegt u.a. dann ein individuell betroffener Markt vor, wenn neben dem Marktanteil von mindestens 30 % eines beteiligten Unternehmens ein anderes beteiligtes Unternehmen auf einem im Verhältnis zu diesem betroffenen Markt vor- oder nachgelagerten oder benachbarten – eng verbundenen – Markt tätig ist.³

16. Da Medbase ZS künftig ambulante Dienstleistungen in verschiedenen Bereichen anbieten wird und in dieser Hinsicht namentlich von Zuweisungen aus dem Bereich der akut-stationären Spitaldienstleistungen des LUKS profitieren könnte, ist auf diesen vorgelagerten sachlich relevanten Markt der akut-stationären Spitaldienstleistungen einzugehen.

17. Das LUKS weist einen Marktanteil für die Region Luzern⁴ von [...] bzw. [...] für den Kanton Luzern im Markt für akut-stationäre Spitaldienstleistungen aus.⁵ [...]

18. Diesbezüglich führen die Parteien allerdings aus, dass eine Nachbehandlung in den meisten Fällen entweder am LUKS selbst, oder dann beim zuweisenden Arzt stattfindet. Nur wenn diese Optionen nicht in Frage kämen, komme eine Zuweisung zur Nachbehandlung an Medbase ZS überhaupt in Frage und selbst dann stehe es den Patienten offen, einen anderen Arzt aufzusuchen.

19. Diesen Ausführungen kann gefolgt werden. Selbst wenn eine Nachbehandlung beim LUKS oder beim zuweisenden Arzt nicht in Frage kommt, dürften Patienten eine Nachbehandlung bei ihrem Hausarzt oder einem sonstigen nahen gelegenen Arzt bevorzugen. Es ist also davon auszugehen, dass lediglich ein kleiner Teil der akut-stationären Patienten des LUKS an Medbase ZS tatsächlich weiterverwiesen wird. Somit bestehen in casu keine Anhaltspunkte dafür, dass durch allfällige Zuweisungen durch das LUKS eine marktbeherrschende Stellung von Medbase ZS begründet wird.

B.2 Ergebnis

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

C Nebenabreden

21. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusam-

schlussvorhaben unmittelbar verbunden sind und für diesen notwendig sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.⁶

22. Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Nebenabreden nicht von Amtes wegen. Einzeln und explizit in der Meldung ausgewiesene Nebenabreden werden hingegen auf Begehren geprüft. Dabei müssen diese von den meldenden Unternehmen präzise beschrieben werden. Zudem muss für jede zu prüfende Nebenabrede von den meldenden Unternehmen begründet werden, weshalb diese eine mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbundene und notwendige Vereinbarung darstellt.⁷

23. Die Parteien haben keine Prüfung von allfälligen Nebenabreden beantragt. Insbesondere haben die Parteien die Klausel [...] nicht als allfällige Nebenabrede ausgewiesen. Daher kann diese Klausel als allfällige Nebenabrede sowie weitere allfällige Nebenabreden keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der WEKO bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse erfahren. Dies bedeutet nicht, dass die fragliche Klausel kartellrechtlich unzulässig wäre, sondern lediglich, dass die kartellrechtliche Zulässigkeit dieser Klausel nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Sie unterliegt gegebenenfalls einer separaten Prüfung im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

² Definitive Meldung, Beilage 9.

³ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 25.3.2009, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen, Ziff. 9.

⁴ Vgl. zur Definition der «Region Luzern» Definitive Meldung, Beilage 10 Rz 4.

⁵ Definitive Meldung, Beilage 10 Rz 4 f.

⁶ RPW 2018/4, 1008 Rz 121, *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Särl.*

⁷ RPW 2018/4, 1008 Rz 122, *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Särl.*

B 2.3

11. Allfunds International Schweiz AG/Credit Suisse InvestLab AG

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

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

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

Prise de position de la Commission de la concurrence du 27 août 2019

Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 27 août 2019

A En fait**A.1 Concentration d'entreprises**

1. Le 25 juin 2019, Allfunds et H&F ont conclu un contrat d'achat d'actions avec Credit Suisse SA (ci-après: CS SA) en vue d'acquérir la plateforme logistique « B2B » en architecture ouverte de CS SA pour la distribution de fonds. L'activité transférée consiste à:

- a. 100 % des actions d'InvestLab,
- b. les contrats de distribution et de sous-distribution conclus par CS SA - dans les deux cas en tant que distributeur avec:
 - i) des sociétés de gestion tierces ou affiliées au groupe Credit Suisse et,
 - ii) des sous-distributeurs au sein du réseau de distribution de fonds (« contrats de distribution »).
- c. et le transfert d'un certain nombre d'employés (« employés transférés »).

A.2 Entreprises participantes

2. Les entreprises participantes à la concentration sont Allfunds et la société de *private equity* Hellman & Friedman (ci-après: H&F). Elles souhaitent acquérir le contrôle exclusif de InvestLab.

3. Allfunds a développé une plateforme logistique « B2B » en architecture ouverte pour la distribution de fonds de placement. Allfunds est une entité faisant partie d'un groupe de sociétés dont le siège est à Madrid et une filiale indirecte de Allfunds Bank S.A.U. Allfunds a récemment annoncé l'acquisition de l'unité de recherche de fonds de placement FundInfo.

4. La société H&F a été créée en 1984. Sa politique d'investissement est axée sur des prises de participation de large échelle dans divers secteurs d'activités comme par exemple l'énergie, la santé, l'Internet, le commerce de détail, les assurances et les services financiers. Depuis 2017, H&F contrôle exclusivement Allfunds Bank S.A.U.¹

5. InvestLab détenue actuellement par CS SA à [...] % et Credit Suisse (Schweiz) AG (ci-après: CS CH) à [...] %, est une plateforme de produits d'investissement unique (« one-stop ») qui regroupe un large éventail

d'émetteurs de fonds, de distributeurs et de sous-distributeurs dans une plateforme intégrée. Les services fournis par InvestLab en lien avec cette plateforme sont en quelque sorte similaires à ceux offerts par la plateforme d'Allfunds en ce qu'il s'agit aussi d'une plateforme de distribution. InvestLab est une des plus grandes plateformes logistiques B2B en Europe avec des actifs sous administration (ci-après: AUA²) se montant à plus de CHF 100 milliards. La plateforme est aussi utilisée par l'unité de gestion d'actifs du groupe Credit Suisse ainsi que des sous-distributeurs tiers.

6. La transaction est sujette à notification uniquement en Suisse.

A.3 Objectifs poursuivis par l'opération de concentration

7. Les plateformes logistiques pour la distribution de fonds de placement sont des intermédiaires entre les gérants d'actifs tiers et les sous-distributeurs (les banques, compagnies d'assurance, gestionnaires de fortune indépendants, négociants en valeurs mobilières, fonds de pension, sociétés d'investissements et autres institutions).

8. H&F et Allfunds estiment que la transaction représente une combinaison prometteuse dans le domaine des plateformes, matérialisant une consolidation de plateformes reconnues pour la distribution de fonds d'investissement. Avec cette transaction, Allfunds augmentera également ses capacités et sa présence en Suisse, laquelle deviendra un « hub » clé pour le groupe Allfunds. La combinaison permettra à Allfunds d'accélérer et d'étendre ses investissements dans le développement de nouveaux services et de nouvelles solutions au bénéfice des acteurs du marché des fonds de placement, qui comprend les gestionnaires d'actifs, les sous-distributeurs de fonds et d'autres intermédiaires. Du point de vue de CS SA, la transaction représente une opportunité pour InvestLab de bénéficier de l'expertise d'Allfunds dans le domaine des plateformes de fonds d'investissement tout en permettant à CS SA de profiter financièrement de cette croissance inorganique au travers de l'intérêt minoritaire de 18 % qu'elle conserve dans l'activité transférée, [...].

B En droit

[...]

B.1 Examen préalable

9. Les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un examen par la COMCO lorsqu'un examen préalable (art. 32 al. 1 LCart) fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante (art. 10 al. 1 LCart).

¹ Cf. décision de non-opposition de la Commission européenne dans l'affaire M.8448 Hellman & Friedman/Allfunds Bank.

² Le terme largement employé dans ce secteur d'activité est: « Asset under Administration ».

10. Afin de déterminer s'il existe des indices que la concentration crée ou renforce une position dominante, il y a d'abord lieu de délimiter les marchés de produits et géographique pertinents. Dans un deuxième temps, il sera examiné si la concentration entraîne une modification de la position des entreprises participantes sur ces marchés.

B.1.1 Marchés pertinents

B.1.1.1 Marché de produits

11. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, les marchés de produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

12. Dans la décision de 2009 relative à Fund Channel SA, la Comco a décrit trois marchés, à savoir, le marché des services de plateforme logistique de distribution de produits d'OPCVM³, celui de la distribution de produits d'OPCVM et celui de la gestion de produits d'OPCVM. L'opération notifiée concerne le secteur des services de plateforme logistique de distribution de produits de fonds, plus précisément OPCVM.⁴ En Suisse, le terme OPCVM correspond à celui de SICAV (placements collectifs ouverts) selon l'art. 8 de la loi sur les placements collectifs (LPPC, RS 101). D'une manière générale, les acteurs du marché utilisent le terme « fonds de placement ».⁵

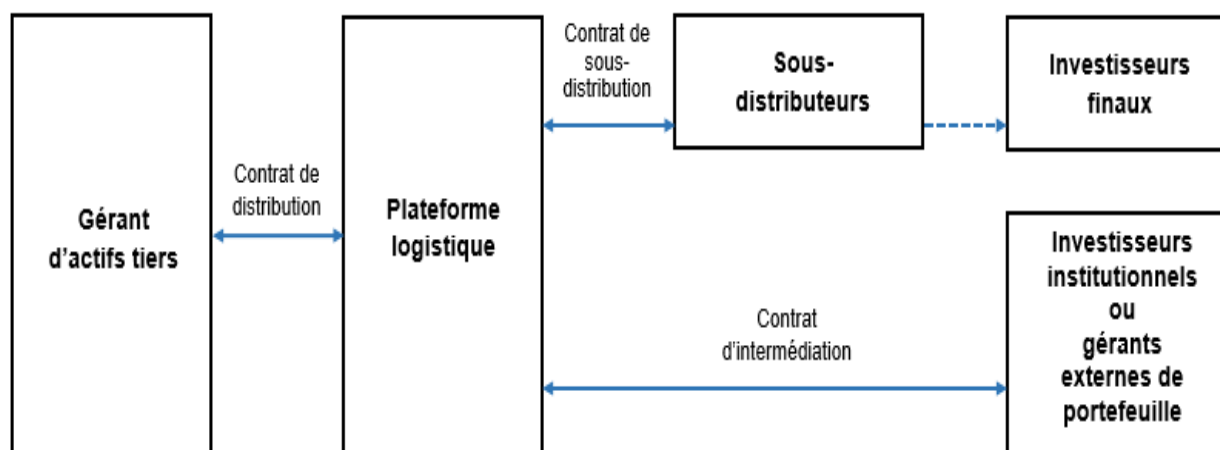
13. La Commission européenne dans sa décision CREDIT AGRICOLE/SOCIETE GENERALE ASSET MANA-

GEMENT⁶ a examiné la possible existence d'un marché des produits défini comme étant les services de plateformes logistiques pour la distribution de fonds de placement (« logistic platforms for the distribution of mutual funds »). En définitive, elle a laissé la définition exacte du marché des produits ouverte, comme dans la décision BNPIP/CAAM/FUND CHANNEL.⁷

14. La Comco a également laissé ouverte la délimitation précise des marchés de produits.⁸

15. Les services de plateforme logistique de distribution de fonds de placement s'effectuent sur la base:

- i. de contrats de distribution conclus par la plateforme avec les gestionnaires d'actifs tiers qui sont intéressés à ce qu'une plateforme agisse en tant qu'intermédiaire dans la souscription ou le rachat de parts de fonds
- ii. de contrats de sous-distribution conclus par la plateforme avec des entités intéressées à distribuer ces parts de fonds en aval en tant que sous-distributeurs des fonds distribués au travers de la plateforme
- iii. et de contrats d'intermédiation conclus par la plateforme avec des clients institutionnels intéressés à investir dans des fonds distribués au travers de la plateforme.



B.1.1.2 Marché géographique

16. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits.

17. Dans sa décision de 2009 relative à Fund Channel SA, la Comco n'avait pas dû définir précisément la dimension géographique du marché car il n'y avait aucun marché affecté pour cette opération de concentration.⁹

³ Organismes de placement collectifs en valeurs mobilières.

⁴ DPC 2009/3, p. 223 ss, p. 225 para. 21 - *Fund Channel SA*.

⁵ Les entreprises actives dans le segment des services de plateforme logistique de distribution de fonds de placement « effectuent le calcul des commissions de distribution, leur recouvrement et leur reversement aux distributeurs concernés. Le but est la simplification du recouvrement des commissions de distribution par les distributeurs de fonds et la négociation avec les sociétés de gestion de fonds de la hauteur des commissions de distribution ». DPC 2009/3, p. 223 ss, p. 225 para. 23 - *Fund Channel SA*. Ces services sont similaires à ceux fournis par la plateforme de Allfunds.

⁶ Case No COMP/M.5728, p. 19 para. 118 et 119.

⁷ Case No COMP/M.5728, p. 20 para. 121.

⁸ DPC 2009/3, p. 223 ss, p. 225 para. 20 - *Fund Channel SA*.

⁹ DPC 2009/3, p. 223 ss, para. 20 - *Fund Channel SA*.

18. Dans le cas particulier, l'analyse est faite en tenant compte de la dimension européenne du marché, tout en donnant des informations quant à une éventuelle portée nationale du marché.

B.1.2 Parts de marché des entreprises participantes

19. Selon l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, seuls les marchés de produits et les marchés géographiques sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20 % ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 % ou plus, sont soumis à une analyse détaillée. Ces marchés sont décrits comme „marchés affectés par l'opération de concentration“. Si les seuils précités ne sont pas atteints, l'opération de concentration est supposée n'avoir pas d'effets pertinents dans les marchés concernés et il n'est généralement pas utile de procéder à une analyse plus approfondie.

B.1.2.1 Parts de marché des plateformes B2B pour le marché européen

20. Les parts de marché peuvent être calculées en se basant sur les montants estimés des AUA des principales plateformes actives dans le marché européen.

21. La société Platformum publie un rapport annuel qui fournit une analyse approfondie du marché des services de plateforme logistique de distribution de fonds de placement. Ce rapport analyse de manière détaillée ce marché aux niveaux européen et national. Les AUA sont collectées grâce des questionnaires. La société Platformum fournit une estimation des parts de marché.

22. Selon Platformum, la taille du marché pour les plateformes B2B à la fin de 2018 se monte à EUR 2'377.4 milliards¹⁰, soit CHF 2'745.6 milliards¹¹. Allfunds administre CHF 404.2 milliards soit 14.72 % du volume total des AUA du marché européen. Investlab administre CHF 131.3 milliards soit 4.78 % du volume total des AUA du marché européen.

Tableau: les 10 plus grandes plateformes B2B par AUA en Europe au 31.12.2018

Place	Plateforme	AUA au 31 décembre 2018 en milliard (EUR)	AUA au 31 décembre 2018 en milliard (CHF)	Croissance en 2018	Part de marché
1	Allfunds	350.0	404.2	-2.20%	14.72%
2	MFEX	194.0	224.0	133.70%	8.16%
3	UBS Fondcenter	191.6 ¹²	221.3	1.50%	8.06%
4	Fund Channel	175.0	202.1	33.10%	7.36%
5	Aegon (avec Cofunds)	141.6	163.5	7.80%	5.96%
6	InvestLab	113.7	131.3	-1.50%	4.78%
7	BNP Paribas Securities Services	91.2 ¹³	105.3	-1.90%	3.84%
8	Société Générale Securities Services	74.3	85.8	-4.70%	3.13%
9	Attrax	62.0	71.6	3.30%	2.61%
10	Standard Life	60.2	69.5	-1.00%	2.53%

Source: Platformum, juin 2019.

23. Selon le rapport de juin 2019 de Platformum, les 4 principales plateformes en termes d'AUA, Allfunds, MFEX, UBS Fondcenter et Fund Channel, sont des plateformes internationales. MFEX a eu une croissance de 133.7 % grâce à plusieurs acquisitions au cours de l'année 2018.¹⁴ Fund Channel SA a été une des plateformes les plus performantes en 2018 (+33.1 %) principalement due à une forte croissance de ses clients et aussi à un volume d'activité en hausse pour les clients existants,¹⁵ alors que Allfunds affiche une croissance en baisse à -2.2 % et InvestLab -1.50 % en 2018¹⁶.

¹⁰ Rapport « European Fund Distribution: Platforms » juin 2019 p. 11.

¹¹ Taux de change moyen retenu par l'Administration fédérale des contributions (AFC) est de 1.1548663 EUR/CHF.

¹² Le montant des actifs sous administration de UBS Fondcenter communiqué dans le rapport Platformum de juin 2019 est une estimation faite par Platformum.

¹³ Le montant des actifs sous administration de BNP Paribas Securities Services communiqué dans le rapport Platformum de juin 2019 est une estimation faite par Platformum.

¹⁴ Rapport « European Fund Distribution: Platforms » juin 2019 p. 11.

¹⁵ Rapport « European Fund Distribution: Platforms » juin 2019 p. 11.

¹⁶ Rapport « European Fund Distribution: Platforms » juin 2019 p. 11.

24. Allfunds et MFEX ont des modèles d'affaires très similaires. Ce sont des plateformes logistiques de distribution de fonds de placements qui ne proposent pas des fonds développés et gérés à l'interne. Ces 2 plateformes offrent aussi des services de recherche dans le domaine des fonds et de l'analyse de données.

25. UBS Fondcenter est la troisième plateforme en Europe en termes de AUA. UBS prévoit de développer prochainement les activités de sa plateforme de distribution de fonds en Asie, principalement à Singapour et Hong Kong.

26. En 2018, la société Clearstream qui fait partie du groupe Deutsche Börse a acquis la plateforme « Fund Desk » de Swisscanto qui appartenait à Zürcher Kantonalbank. La transaction permet à la nouvelle entité Clearstream Fund Desk d'offrir les services de plateforme de Swisscanto au niveau international.

27. Selon les estimations à disposition, Allfunds est la plus grande plateforme B2B en Europe et Investlab est en 6^{ème} position. En 2018, leur part de marché cumulée était estimée à 19.5%. Il n'y a donc pas de marché affecté au sens de la LCart par la présente opération de concentration eu égard aux parts de marché cumulées de Allfunds et InvestLab.

B.1.2.2 Parts de marché des plateformes B2B pour le marché suisse

28. En prenant une définition du marché des services de plateforme limitée géographiquement à la Suisse, la répartition des parts de marchés est la suivante pour 2018: UBS Fondcenter 42.61 %, Investlab 36.34 %, Swisscanto 16.73 %, Fund Channel 3.51 %, Allfunds [0-5] %.¹⁷

29. Etant donnée la très faible part de marché de Allfunds, la structure du marché suisse n'est pas touchée par l'opération de concentration. Il serait donc possible de terminer à ce stade l'examen préalable de la présente concentration puisqu'il n'y a pas d'indices de création ou de renforcement d'une position dominante individuelle¹⁸ de la nouvelle entité. Même si le marché se trouve dans une phase de consolidation au niveau mondial¹⁹, il est intéressant de donner quelques informations supplémentaires sur le fonctionnement du marché des plateformes logistiques pour la distribution de fonds de placement en Suisse.

B.1.3 Fonctionnement du marché en Suisse

30. Les plateformes de distribution de fonds de placement apportent aux gérants d'actifs tiers une plus grande visibilité sur le marché des fonds de placement, et aux sous-distributeurs un accès à un large éventail de produits d'investissement. En amont, les gérants d'actifs tiers rémunèrent les plateformes pour les services liés à la distribution de fonds de placement alors qu'en aval les sous-distributeurs rémunèrent les plateformes aussi pour les services et l'accès aux produits d'investissement (incluant les fonds de placement).

31. En Suisse, les gérants d'actifs tiers doivent utiliser les services des plateformes Investlab et UBS Fondcenter s'ils veulent distribuer leurs fonds aux clients du CS et de l'UBS. Ils se trouvent donc généralement dans un certain lien de dépendance par rapport à ces deux plate-

formes. D'un autre côté, le CS et l'UBS doivent offrir à leur clientèle un panel de fonds de placement externes le plus complet possible afin d'éviter que leur clientèle ne retire leurs actifs pour traiter avec la concurrence. De ce fait, les gérants tiers exercent un effet disciplinant sur les plateformes des deux grandes banques suisses.

32. En aval, les plateformes cherchent à accroître leur réseau de sous-distribution dans le but de maximiser la vente de leurs fonds de placement. Cela les contraint de proposer des commissions compétitives aux sous-distributeurs qui ont le choix entre plusieurs plateformes offrant des services similaires.²⁰ Si tel ne devait pas être le cas, les sous-distributeurs choisiraient une plateforme concurrente, ce qui aura pour effet de diminuer l'attractivité des plateformes du CS et de l'UBS pour les gérant de fonds tiers.

B.1.4 Résultat de l'analyse

33. Pour les raisons énoncées, l'examen préalable ne fait pas apparaître d'indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

¹⁷ Selon informations fournies par les parties et le rapport Platform Rapport « European Fund Distribution: Platforms » juin 2019.

¹⁸ Il n'y a pas lieu d'examiner si la nouvelle entité disposera avec UBS Fondcenter d'une position dominante collective sur le marché suisse, étant que celle-ci, si tant est qu'elle devait exister, existerait déjà, étant donné que la structure du marché demeurera inchangée suite à la présente opération de concentration, vu la faible part de marché en Suisse de Allfunds ([0-5] %). Un abus de position dominante individuelle ou collectif pourrait, dans tous les cas, faire l'objet d'une procédure selon l'art. 7 LCart.

¹⁹ MFEX, deuxième plus importante plateforme en Europe en termes de AUA, a acquis courant 2018 les 3 plateformes suivantes: Axeltis en France, Ahorro Funds en Espagne et RBC I&TS' Global Fund Platform au Canada.

²⁰ Relevons encore que, suite à l'entrée en vigueur de MiFID II le 8 janvier 2018, les fonds « clean share class », c'est-à-dire qui sont vierges de toute rétrocession, ont fait leur apparition afin de renforcer la transparence au niveau des commissions payées. Ces fonds « clean share class » sont largement distribués. Ce qui implique que depuis 2018, les contrats entre les plateformes et les sous-distributeurs doivent être exempts de toute forme de rétrocession, ce qui a pour conséquence que les commissions demandées par les plateformes sont renégociées à la baisse (Markets in Financial Instruments Directive II).

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. November 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 29. November 2019

Kurzbegründung

1. Am 29. Oktober 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die beabsichtigte gemeinsame Kontrolle des – bereits durch die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) und die AMAG Import AG (nachfolgend: AMAG) gemeinsam kontrollierten – Unternehmens autoSense AG durch die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend: Zurich), Swisscom und AMAG (nachfolgend gemeinsam: die Parteien).

2. Swisscom ist eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom Gruppe), welche vor allem in den Bereichen Festnetz, Mobiltelefonie, IT, Internet und TV tätig ist.¹

3. AMAG ist eine Tochtergesellschaft der AMAG Group AG (nachfolgend: AMAG Gruppe), welche hauptsächlich im Automobilhandel tätig ist.²

4. Zurich ist eine Tochtergesellschaft der Holdinggesellschaft Zurich Insurance Group AG (nachfolgend: Zurich Gruppe), welche international in verschiedenen Bereichen der Versicherung sowie Financial Services tätig ist und rund 54'000 Mitarbeiter beschäftigt. Im Jahr 2017 hat die Zurich Gruppe das Unternehmen Bright Box HK Limited und deren Tochtergesellschaften akquiriert, welche im Bereich Connected Cars tätig sind.

5. autoSense AG wird aktuell zu [...] % von Swisscom und AMAG gehalten und gemeinsam kontrolliert.³ Der Geschäftszweck des Gemeinschaftsunternehmens (nachfolgend: GU) besteht in der Entwicklung, dem Aufbau, dem Betrieb und dem Vertrieb einer Connected Car Plattform und eines Connected Car Ökosystems sowie der Erbringung von damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Diese Leistungen werden vom GU gegenüber Endkunden (B2C) und Unternehmen (B2B, B2B2C) angeboten und umfassen auch den Vertrieb von Hardware in diesem Bereich.⁴

6. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken die Parteien, über das (geplante) Gemeinschaftsunternehmen autoSense (nachfolgend: GU bzw. autoSense) [...].

7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 31. Oktober 2019 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.⁵

8. Die Parteien beabsichtigen, dass Zurich auf dem Weg einer Kapitalerhöhung [...] % an autoSense erwirbt. Nach Vollzug des Zusammenschlusses werden Swisscom, AMAG und Zurich stimmen- und kapitalmässig [...] Beteiligungen von [...] an autoSense halten und dadurch die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

9. Das GU tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit unter eigenem Namen auf dem Markt auf. Dabei verfolgt es eine eigenständige Geschäftspolitik und erzielt seine Umsätze in erster Linie mit Drittkunden. Auch schliesst es die entsprechenden Kundenverträge selbst und in eigenem Namen ab und tritt damit als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.⁶

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

11. Die Swisscom Gruppe, die AMAG Gruppe und die Zurich Gruppe erzielten im Geschäftsjahr 2018 insgesamt einen Umsatz von über CHF [...] und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

12. Hinsichtlich der relevanten Märkte wird auf die Ausführungen im Fall *GU von AMAG und Swisscom (autoSense AG)* (RPW 2019/1, 155 Rz 25 ff.) verwiesen. Da im vorliegenden Fall keine Sachverhalte ersichtlich sind, welche im Ergebnis eine abweichende Marktabgrenzung rechtfertigen würden, wird vorliegend auf die hypothetische, nicht abschliessend vorgenommene Marktabgrenzung im genannten Zusammenschlussentscheid abgestellt. Die nachfolgende Tabelle 1 fasst die Marktanteile

¹ Vgl. u.a. RPW 2015/1, 125 Rz 2, *Swisscom AG/Sixt SE*; RPW 2015/4, 760 Rz 4 ff., *Coop/Swisscom*, RPW 2019/1, 153 Rz 2, *GU von AMAG und Swisscom (autoSense AG)* für eine detaillierte Beschreibung der Aktivitäten der Swisscom.

² RPW 2019/1, 153 Rz 3 f., *GU von AMAG und Swisscom (autoSense AG)* für eine detaillierte Beschreibung der Aktivitäten der AMAG und der AMAG Gruppe.

³ RPW 2019/1, 154 Rz 10 ff., *GU von AMAG und Swisscom (autoSense AG)*.

⁴ RPW 2019/1, 153 Rz 6 und Rz 14, *GU von AMAG und Swisscom (autoSense AG)* für zusätzliche Informationen zu den Aktivitäten der autoSense.

⁵ Entscheid der EU-Kommission vom 26.11.2019, *Swisscom/AMAG Group/Zürich Insurance Group/autosense*.

⁶ Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

der Parteien und des GU auf den drei identifizierten sachlich relevanten Märkten, welche räumlich den Europäischen Wirtschaftsraum und die Schweiz (nachfolgend: EWR+CH) umfassen, zusammen.

Tabelle 1: Anteile der Parteien in den relevanten Märkten für den EWR+CH

Relevante Märkte	Anteile in Prozent			
	autoSense	Swisscom	AMAG	Zurich
Erbringung von B2C-Connected-Car-Dienstleistungen («B2C-Markt»)	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Erbringung von B2B-Connected Car-Dienstleistungen («B2B-Markt»)	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Erbringung von B2B2C-Connected Car-Dienstleistungen («B2B2C-Markt»)	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]

Quelle: Angaben der Parteien.

13. Im Ergebnis führt das Zusammenschlussverfahren auf den EWR+CH-weiten Märkten zu minimalen horizontalen Überschneidungen auf dem Markt für die Erbringung von B2C-Connected-Car-Dienstleistungen und dem Markt für die Erbringung von B2B-Connected Car-Dienstleistungen. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass [...].

14. Würde man, gemäss Angaben der Parteien, den räumlichen Markt CH-weit abgrenzen, so ergeben sich keine horizontalen Überschneidungen [...]. Die hypothetischen Marktanteile von autoSense wären im Markt für die Erbringung von B2C-Connected-Car Dienstleistungen weniger als [0–10] %, im Markt für die Erbringung von B2B-Connected Car-Dienstleistungen maximal [0–10] % und im Markt für die Erbringung von B2B2C-Connected Car-Dienstleistungen maximal [0–10] %.

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

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

17. Des Weiteren vereinbaren die Parteien ein Wettbewerbsverbot, welches sich sachlich auf [...] bezieht, räumlich die Schweiz umfasst und zeitlich auf die Dauer des GU beschränkt ist. Dieses Wettbewerbsverbot kann daher als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden.⁷

18. Zusätzlich beantragen die Parteien die Prüfung mehrerer Bezugs- und Lieferverpflichtungen zwischen einzelnen Parteien und dem GU hinsichtlich ihrer Qualifikation als Nebenabrede. Die Parteien bringen zur Begründung im Wesentlichen vor, dass [...]. Vorliegend können die gemeldeten Vertragsbeziehungen nicht als Neben-

abreden qualifiziert werden, da gestützt auf die in der Meldung eingereichten Informationen keine Wertung vorgenommen werden kann, ob diese tatsächlich mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und notwendig sind.⁸ Letztlich bedeutet dies aber nicht, dass die fraglichen Vereinbarungen kartellrechtlich unzulässig wären, sondern lediglich, dass für diese die einschlägigen Bestimmungen des Art. 5 KG gelten.

⁷ Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 30 Rz 36 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

⁸ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 2.

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. November 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 7. November 2019

Kurzbegründung

1. Am 10. Oktober 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, welches den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle – indirekt mittels Spika – durch die Michelin Gruppe (nachfolgend: Michelin) und – indirekt mittels Faurecia Exhaust International (nachfolgend: Faurecia) – durch die PSA Groupe (nachfolgend: PSA) über Symbio betrifft. Symbio wird bisher alleine von Michelin (über Spika) kontrolliert.

2. Michelin ist ein weltweit aktiver französischer Konzern, der in den Bereichen der Reifenherstellung und des Reifenhandels sowie in den Bereichen Förderband und Raupenketten tätig ist. Zudem ist Michelin – über seine Tochtergesellschaft Symbio und sein Gemeinschaftsunternehmen Hymulsion – im Wasserstoffbereich tätig.

3. Spika ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der CGEM (Compagnie Générale des Etablissements Michelin), welche die Holdinggesellschaft von Michelin ist, und übt (für Michelin) neben dem Halten anderer Unternehmen oder Beteiligungen von Michelin keine anderen operativen Tätigkeiten aus.

4. Die PSA ist eine in Frankreich ansässige Gruppe, die Personenwagen, leichte Nutzfahrzeuge und Ersatzteile für Fahrzeuge herstellt und liefert.¹

5. Faurecia wird ausschliesslich von PSA kontrolliert und ist weltweit in der Entwicklung, Herstellung und Lieferung von Automobilkomponenten und -modulen für Personenfahrzeuge und kommerzielle Fahrzeuge tätig und verfügt über einige Partnerschaften im Wasserstoffbereich. Zudem ist Faurecia im Bereich Wasserstoffspeichersysteme (Hydrogen Storage Systems, «HSS») tätig und wird entsprechende Produkte herstellen. Bisher wurde jedoch keine Kommerzialisierung erreicht und Faurecia hat daher im Bereich Wasserstoffspeichersysteme auch keine Verkäufe getätigt.

6. Symbio hat seinen Hauptsitz in Fontaine, Frankreich, und wurde im Jahr 2010 gegründet. Symbio entwickelt Wasserstoff-Brennstoffzellensysteme, die in verschiedene Elektrofahrzeuge integriert werden können.

7. Mit dem Zusammenschlussvorhaben verfolgen Faurecia und Michelin das Ziel, einen Akteur im Bereich der

Wasserstoff Brennstoffzellensysteme zu schaffen, indem sie ihre bestehenden Vermögenswerte und Kapazitäten in diesem Bereich im Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) kombinieren. Im Ergebnis plane das GU in den Bereichen Design, Engineering, Entwicklung, Test, Produktion, Marketing und Vertrieb von (1) Wasserstoff-Brennstoffzellensystemen² für die Automobilbranche und (2) (Wasserstoff)Brennstoffzellenantriebe (Fuel Cell Power Unit, «FCPU»), welche in Wasserstoff Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche integriert werden sollen, tätig zu werden. Auf diese Weise werde es dem GU ermöglicht, Wasserstoff-Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche und Brennstoffzellenantriebe für die Automobilbranche anzubieten.

8. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 7. Oktober 2019 auch bei der Europäischen Kommission gemeldet.³

9. Michelin beabsichtigt, zunächst bei Symbio eine vollständig gezeichnete Kapitalerhöhung durchzuführen. Danach wird Faurecia [...] % des Aktienkapitals von Symbio erwerben. Im Anschluss werden bestimmte Vermögenswerte von Michelin und Faurecia an Symbio übertragen. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden Michelin und Faurecia jeweils Beteiligungen von [...] % an Symbio halten und dadurch die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

10. Das GU wird über eigene finanzielle Ressourcen, Management und Personal, Rechte an geistigem Eigentum, Produktionsstätten und Büroräume verfügen. Auch wird das GU eigenständig in der Produktentwicklung, -herstellung und -vermarktung tätig sein. Die Parteien erwarten, dass vom GU voraussichtlich die Mehrheit der hergestellten Produkte an Dritte verkauft werde, wobei vom GU auch Verkäufe, auf nicht exklusiver Basis, an PSA nicht ausgeschlossen seien. Zudem ist das GU auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.⁴

11. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU der Parteien einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

¹ Vgl. RPW 2017/4, 567 Rz 2 f., Peugeot SA/Opel; RPW 2017/4, 574 Rz 2 und Rz 5, Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos für eine detaillierte Beschreibung der Aktivitäten der PSA Gruppe.

² Ein Wasserstoff-Brennstoffzellensystem besteht im Wesentlichen aus einem Brennstoffzellenantrieb kombiniert mit einem Wasserstoffspeichersystem («dem Tank») und weiteren unterstützenden Komponenten und Hilfssystemen (Balance of Plant, «BOP»), um den Strom – beispielsweise in einem Fahrzeug – bereitzustellen. Im Wasserstoff-Brennstoffzellensystem ist der Brennstoffzellenantrieb für die Produktion des Stroms (durch das Verbrennen von Wasserstoff) verantwortlich. ³ Entscheid der EU-Kommission vom 7.10.2019, Case COMP M.9474, Michelin/Faurecia/JV.

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

12. Michelin und PSA erzielten im Geschäftsjahr 2018 insgesamt einen Umsatz von über CHF [...] und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

13. Gemäss Angaben der Parteien weisen Wasserstoff Brennstoffzellensysteme Besonderheiten in Bezug auf Herstellungsprozess, Produkteigenschaften, Kundenbedürfnisse, Preisunterschiede und Marktzutrittschranken auf, welche diese insbesondere von herkömmlichen Diesel-, Benzin- und Elektromotoren unterscheiden.

14. Zudem gebe es einen separaten Markt für Wasserstoff-Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche, da diese insbesondere aufgrund der Bedürfnisse der Nachfrager – die Fahrzeughersteller (Original Equipment Manufacturer, «OEM») – bestimmte Produkteigenschaften und spezifische Anforderungen zu erfüllen hätten. Zu den Produkteigenschaften zählten bestimmte Einschränkungen in Bezug auf Grösse, Leistung, Design (Integration in ein Fahrzeug) und Gewicht, die für die Automobilbranche spezifisch seien. Auch gebe es, beispielsweise hinsichtlich Sicherheit, Qualität und Regulierung, spezifische Anforderungen, welche entsprechend automobilindustriespezifisch seien. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Wasserstoff-Brennstoffzellensystemen für die Automobilbranche ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

15. Je nach Bedarf bzw. Nachfrage der Kunden, konkret die Fahrzeughersteller, plane das GU möglicherweise auch [...] anzubieten. Gemäss Angaben der Parteien würden für diese automobilindustriespezifischen Brennstoffzellenantriebe die gleichen Aussagen analog zu jenen für die automobilindustriespezifischen Wasserstoff Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche gelten (vgl. Rz 13 f.). Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe zur Integration in Wasserstoff Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Gemäss Angaben der Parteien ist Wasserstoff besonders schwer zu speichern. Daher erforderten die Wasserstoffspeichersysteme spezifische Eigenschaften und spezifische Kenntnisse im Herstellungsprozess, um die Nachfrage der Kunden hinsichtlich entsprechender Anforderungen zu erfüllen. Zudem gebe es auch hier entsprechend (weitere) automobilindustriespezifische

Anforderungen für die Wasserstoffspeichersysteme (vgl. Rz 13 f.). Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Wasserstoffspeichersystemen für die Automobilbranche ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

17. Gemäss Angaben der Parteien ist die aktuelle Nachfrage – konkret durch Fahrzeughersteller – nach Wasserstoff Brennstoffzellensystemen, nach Brennstoffzellenantrieben sowie nach Wasserstoffspeichersystemen zumindest EWR-weit oder sogar weltweit, da es (derzeit) keine nationalen Schranken gebe und Transportkosten vernachlässigbar seien. Die Parteien weisen darauf hin, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass nach dem Erreichen der Marktreife der Markt EWR-weit sein könne. Im vorliegenden Fall ist für alle drei sachlich relevanten Märkte (vgl. Rz 14, Rz 15 und Rz 16) in räumlicher Hinsicht von einem (mindestens) europaweiten Markt (EWR+CH-weit) auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

18. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen horizontalen Überschneidungen auf den relevanten Märkten. Die Transaktion führt zudem nur zu potentiellen und sehr begrenzten vertikalen Beziehungen, da Faurecia zukünftig Verkäufe auf dem vorgelagerten Markt für Herstellung und Lieferung von Wasserstoffspeichersystemen für die Automobilbranche plant (vgl. Rz 5) und PSA beabsichtigt – auf nicht-exklusiver Basis – Brennstoffzellensysteme vom GU zu beziehen (vgl. Rz 10).

19. Die Marktanteile für das GU auf einem europaweiten Markt für die Herstellung und Lieferung von Wasserstoff-Brennstoffzellensystemen für die Automobilbranche und einem europaweiten Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe zur Integration in Wasserstoff-Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche geben die Parteien jeweils mit [0–10] % bzw. [0–10] % an. Der Marktanteil von Faurecia im europaweiten Markt für Herstellung und Lieferung von Wasserstoffspeichersystemen für die Automobilbranche beträgt derzeit [0–10] %. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

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

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. April 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. April 2019

1. Am 13. März 2019 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigte der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: MGB) über die Medbase AG (nachfolgend: Medbase) als Teil der Migros-Gruppe sämtliche Aktien der Topwell Apotheken AG (nachfolgend: TWAG) zu erwerben.

2. Der MGB gehört zur Migros-Gruppe, die hauptsächlich im Detailhandel (Food / Near-Food / Non-Food) tätig ist.

3. Die Medbase als formelle Erwerberin der Aktien der TWAG ist Teil der Migros-Gruppe und erbringt Dienstleistungen im medizinischen und therapeutischen Bereich. Im medizinischen Bereich bietet die Medbase für Patienten ein breites Behandlungsangebot im Bereich der ambulanten Grundversorgung und Spezialarztmedizin. Zudem ist Medbase u.a. in den Bereichen der medizinischen Massage und der Komplementärmedizin tätig.

4. Die TWAG ist die oberste Gesellschaft der Topwell-Gruppe, die als Apothekenkette ungefähr 40 Apotheken in der Deutschschweiz betreibt. Die TWAG hält Unternehmensbeteiligungen in unterschiedlichen Verhältnissen.

5. Das geplante Zusammenschlussvorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG¹ i.V.m. Art. 1 VKU² zu qualifizieren. Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG) sind für die vorliegend relevanten Märkte nicht bekannt.

6. Die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG sind in casu erreicht, womit das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

7. Betreffend den relevanten Markt ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen den Absatzmärkten, auf denen vorliegend die Apotheken als Anbieter den Endkonsumenten gegenüberstehen und Beschaffungsmärkten, auf denen vorliegend die Apotheken als Nachfrager den Herstellern/Importeuren bzw. Grossisten gegenüberstehen.

8. Hinsichtlich der sachlich relevanten Absatzmärkte hält die WEKO an ihrer Praxis³ fest und es legitimiert sich somit die nachfolgende Marktabgrenzung anhand von Produktgruppen⁴: Markt für Arzneimittel;⁵ Markt für Kör-

perpflege, Kosmetik, Parfum; Markt für Ernährung (inkl. Reformhausprodukte, Diätetika, Babynahrung); Markt für Patientenpflege.

9. Analog zu den Absatzmärkten kann auch bei den Beschaffungsmärkten sachlich nach Produktgruppen differenziert werden.⁶ Als Beschaffungskanäle kommen vorliegend der Detailhandel, Spezial-/Fachhandel, Grosshandel, Import, Direktvertrieb und der Internethandel in Frage.

10. Betreffend die räumliche Abgrenzung der Absatzmärkte rechtfertigen sich vorliegend – analog zum Detailhandelsbereich⁷ – eine lokale sowie eine nationale Marktabgrenzung. Eine lokale Ebene ergibt sich mit Hinblick auf den Konsumenten, dessen Nachfrageverhalten aufgrund der anfallenden Transaktionskosten ein lokales Ausmass aufweist. Die zusätzliche nationale Marktabgrenzung legitimiert sich aufgrund der zentral gefassten Preispolitik für Güter des täglichen Bedarfs sowie eines im Grundsatz relativ dichten Vertriebsnetzes in diesem Absatzsegment.⁸

11. Hinsichtlich der räumlich relevanten Beschaffungsmärkte sprechen der Umstand, dass der Aufbau eines Apothekennetzwerkes wie die Topwellgruppe primär dem Aufbau einer mächtigeren Einkaufsgemeinschaft dient, die bessere Konditionen aushandeln kann und der Kosteneinsparung durch Zentralisierung für eine nationale Abgrenzung. Dagegen konzentrieren sich die Standorte der Topwell-Gruppe auf den Raum Zürich womit sich auch eine regionale oder lokale Marktabgrenzung legitimierte. Eine abschliessende räumliche Marktabgrenzung kann indes offengelassen werden, da auch bei einer engst möglichen Abgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

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

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

³ RPW 2009/2 173, Rz 22 – *Sun Store AG/Aristea SA/Distripharma SA/Galenica*.

⁴ Vgl. dazu RPW 2009/2 173, S. 176 f. – *Sun Store AG/Aristea SA/Distripharma SA/Galenica*.

⁵ Der Markt für Arzneimittel ist in weitere Teilmärkte zu unterteilen (vgl. RPW 2009/2 173, S. 176 ff. – *Sun Store AG/Aristea SA/Distripharma SA/Galenica*). Auf mögliche Auswirkungen auf die relevanten Teilmärkte für Arzneimittel ist aufgrund der Revision des Heilmittelgesetzes im Jahr 2018 nicht weiter einzugehen, da diesbezüglich, wie nachfolgend aufgezeigt wird, keine betroffenen Märkte vorliegen.

⁶ Vgl. Rz 8.

⁷ Vgl. RPW 2008/4 593, S. 605 – *Coop/Carrefour*.

⁸ Vgl. RPW 2008/4 593, S. 606 – *Coop/Carrefour*.

12. Nach erfolgter nationaler und lokaler Marktabgrenzung sind auf dem Absatzmarkt der Markt für Körperpflege, Kosmetik und Parfum (vgl. hiernach Rz 13 f.) sowie der Markt für Ernährung (vgl. hiernach Rz 15 f.) und auf dem Beschaffungsmarkt der Markt für Ernährung (vgl. hiernach Rz 17) als relevante Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu qualifizieren (nachfolgend: betroffene Märkte). Der Markt für Arzneimittel ist für die vorliegende Prüfung nicht relevant, da auf nationaler Ebene keine betroffenen Märkte vorliegen.⁹ Auf eine lokale Marktabgrenzung wurde im Bereich der Arzneimittel verzichtet, da basierend auf dem Gesamtmarktvolumen auf nationaler Ebene sehr geringe Marktanteile bestehen¹⁰ und keine Marktanteilsaddition resultiert.

13. Auf dem Absatzmarkt führt das Zusammenschlussvorhaben auf nationaler Ebene auf dem *Markt für Körperpflege, Kosmetik, Parfum*¹¹ zu einer Marktanteilskonzentration von [15-25 %]. Die Situation dürfte mit einem Marktanteilszugewinn von [0-5 %] keine Auswirkungen auf diesem Markt zeitigen. Zudem bestehen weitere starke Wettbewerber (z.B. Manor¹², Coop¹³), die eine disziplinierende Wirkung haben dürften.

14. Auf lokaler Ebene erzielt das Zusammenschlussvorhaben auf dem *Absatzmarkt für Körperpflege, Kosmetik, Parfum* den höchsten Marktanteil [30-40 %] in der MS-Region¹⁴ Zürcher-Oberland, in den restlichen MS-Regionen bewegen sich die Marktanteilsadditionen hauptsächlich zwischen 20-30 %. Der Marktanteilszugewinn durch die TWAG macht dabei für sämtliche MS-Regionen lediglich zwischen [0-5 %] aus. Damit dürfte das Zusammenschlussvorhaben, gestützt auf eine lokale Marktabgrenzung, nicht zu signifikanten Auswirkungen auf den Wettbewerb führen.

15. Auf dem Absatzmarkt führt das Zusammenschlussvorhaben auf nationaler Ebene auf dem *Markt für Ernährung* zu einem gemeinsamen Marktanteil von [30-40 %]. Die Situation dürfte mit einem Marktanteilszugewinn von [0-5 %] keine Auswirkungen auf diesem Markt zeitigen. Zudem bleibt mit Coop ein stärkerer Wettbewerber bestehen. Zusammen mit dem Bio-Fachhandel dürfte aufgrund von weiteren Konkurrenten eine disziplinierende Wirkung ausgehen.

16. Auf lokaler Ebene erzielt das Zusammenschlussvorhaben hinsichtlich des Absatzmarktes für Ernährung mit [50-60 %] die höchste Marktanteilsaddition in der MS-Region Zürich, in den restlichen MS-Regionen bewegen sich die Marktanteilsadditionen zwischen 20-50 %. Der Marktanteilszugewinn durch die TWAG bewegt sich dabei für sämtliche MS-Regionen lediglich zwischen [0-10 %]. Damit dürfte das Zusammenschlussvorhaben auch lokal nicht zu signifikanten Auswirkungen auf den Wettbewerb führen. Zudem dürften der starke Wettbewerber Coop und auch die Discounter Aldi und Lidl für eine disziplinierende Wirkung sorgen.

17. Aus den oben genannten Gründen (Rz 13 f.) ergeben sich auch auf dem Beschaffungsmarkt für Ernährung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

18. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf den be-

troffenen Märkten begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind somit nicht gegeben.

⁹ Für das Gesamtvolumen für den Markt für Arzneimittel wurde auf die Angaben von Interpharma (Verband der forschenden pharmazeutischen Firmen der Schweiz) abgestellt.

¹⁰ MGB mit einem Marktanteil von nahezu [0-10%] und TWAG mit einem Marktanteil von rund [0-10%].

¹¹ Der Gesamtmarkt wurde nach den Daten des «Retail Scans von Nielsen» berechnet. Darin berücksichtigt sind die Verkäufe des MGB, Coop, Manor, Volg und Spar. Ergänzt wurde dieses Volumen mit einer Schätzung zu den Verkäufen von Aldi, Lidl, den Drogerien, Apotheken und den Auslandseinkäufen von Körperpflege, Kosmetik, Parfum.

¹² Mit einem Marktanteil von [5-15%].

¹³ Mit einem Marktanteil von [10-20%].

¹⁴ Die Darstellung der lokalen Märkte beruht auf der räumlichen Einteilung der Schweiz in die 106 sog. «MS-Regionen» gemäss dem Bundesamt für Statistik (vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/raum-umwelt/nomenklaturen/msreg.assetdetail.415729.html>, zuletzt abgerufen am 07.11.2019). Für die 30 MS-Regionen, in der TWAG Verkaufsstellen vorhanden sind, wurden die Umsätze der MGB, der TWAG und der drei wichtigsten Wettbewerber ermittelt. Mit der gewählten Methodik werden neben den beteiligten Unternehmen, den Apotheken und Drogerien nur die wichtigsten Detailhändler erfasst (so fehlen bspw. lokale Warenhäuser wie Loeb oder Jelmoli).

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Entsorgung von Siedlungsabfall, Verbrennungspreise der Firma Limeco

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Juli 2019 im Sinne von Art. 5 Abs. 4 Preisüberwachungsgesetz (PüG; SR 942.20) zuhanden des Preisüberwachers in Sachen: Entsorgung von Siedlungsabfall, Verbrennungspreise der Firma Limeco betreffend Marktstellung und wirksamer Wettbewerb (Art. 2 und 12 PüG)

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand und Hintergrund der Konsultation

1. Die Preisüberwachung (nachfolgend: PUE) hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) mit Schreiben vom 27. Februar 2019 aufgefordert, zur Frage der Marktmacht gemäss Art. 2 PüG¹ der Kehrichtverbrennungsanlage Dietikon «Limeco» (nachfolgend: Limeco) und zur Wirksamkeit des Wettbewerbs gemäss Art. 12 PüG in Bezug auf die Verbrennungspreise für die Entsorgung von Siedlungsabfall², Stellung zu nehmen.

2. Hintergrund der Konsultation der WEKO ist ein laufendes Verfahren der PUE hinsichtlich der Verbrennungspreise der Limeco für die Entsorgung von Siedlungsabfall. Erste Abklärungen der PUE hätten ergeben, dass Anhaltspunkte für missbräuchliche Preise im Sinne des PüG bestünden. Nach diversen Verhandlungen und fundierten Abklärungen habe die PUE einen Preismissbrauch festgestellt.

3. Stellt die PUE einen Missbrauch fest, so ist sie gemäss Art. 9 PüG verpflichtet, mit dem betroffenen Unternehmen Gespräche mit dem Ziel zu führen, eine einvernehmliche Regelung zu erzielen. Die angestrebte einvernehmliche Regelung scheiterte jedoch anlässlich der Verhandlung vom 28. Juni 2018. In der Folge hat die PUE gegenüber Limeco am 16. August 2018 ein formelles Verfahren auf Erlass einer Verfügung gemäss Art. 10 PüG eröffnet.

4. Gemäss Art. 5 Abs. 4 PüG hat die PUE zur Frage des persönlichen Geltungsbereichs (Art. 2 PüG) und des wirksamen Wettbewerbs (Art. 12 PüG) die WEKO zu konsultieren, bevor sie eine Verfügung erlässt. Dieser Konsultationspflicht kommt die PUE mit der vorliegenden Anfrage nach.

5. Gemäss Einschätzung der PUE sei die Entsorgung von Siedlungsabfall weitgehend planwirtschaftlich organisiert und folge nicht marktwirtschaftlichen und wettbewerblichen Grundsätzen. Limeco sei als marktmächtiges resp. marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren. Weiter kommt die PUE zum Schluss, dass die Verbrennungspreise der Limeco für Zürcher Gemeinden nicht das Ergebnis von wirksamen Wettbewerb seien. Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens werden diese

Gesichtspunkte aufgrund der von der PUE gemachten Angaben in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht analysiert.

A.2 Fragestellung

6. Im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme geht die WEKO auf die beiden im Rahmen der Konsultation unterbreiteten Fragen ein:

- Ist Limeco ein marktmächtiges Unternehmen im Sinne von Art. 2 PüG?
- Sind die Verbrennungspreise der Limeco für die Entsorgung von Siedlungsabfall das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 12 PüG?

7. Nicht Gegenstand der Konsultation bildet Art. 1 PüG; auf diesbezügliche Vorbringen seitens Limeco wird demnach nicht eingegangen.³ Ebenfalls äussert sich die WEKO mit vorliegender Stellungnahme nicht zur Frage, ob respektive inwiefern eine allfällige missbräuchliche Erhöhung oder Beibehaltung eines Preises im Sinne von Art. 13 PüG seitens Limeco vorliegt.

8. Es ist vorwegzunehmen, dass die kantonale Regelung einen starken Einfluss auf die Antworten zu diesen Fragen hat, insbesondere auf die Marktstellung der Limeco über die Zeit. Im zeitlichen Ablauf des Wettbewerbs unterscheidet die WEKO zwischen zwei sich wiederholenden Phasen.⁴ Eine solche zeitliche Differenzierung nimmt die PUE in ihrem Befundpapier von 2018 nicht vor.

A.3 Verfahren

9. Mit Schreiben vom 27. Februar 2019 hat die PUE die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 5 Abs. 4 PüG eingeladen und der WEKO die auf den 27. Februar 2019 datierte «Wettbewerbsrechtliche Analyse i.S. Entsorgung von Siedlungsabfall, Verbrennungspreise der Firma Limeco» (nachfolgend: Befundpapier) zugestellt, wie auch die Stellungnahme zum Befundpapier von Limeco vom 14. Februar 2019 (nachfolgend: Stellungnahme von

¹ Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20).

² Im Folgenden ist unter dem Begriff «Siedlungsabfall» immer «brennbarer nicht verwertbarer Siedlungsabfall» zu verstehen (vgl. Kapitel B 2.2 Sachlich relevanter Markt, Rz. 58).

³ Vgl. Stellungnahme zum Befundpapier von Limeco vom 14. Februar 2019, «Zu Ziff. 1», S. 1, sowie Abschlussbemerkung, S. 4.

⁴ Vgl. Kapitel B.2.4 Zeitlich relevanter Markt und Kapitel B.3 Marktstellung.

Limeco). Ebenfalls beigelegt wurde der Bericht «Marktbeschreibung» der PUE vom 11. Dezember 2018 (nachfolgend: Marktbeschreibung), welcher dem Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft des Kantons Bern (AWEL) unterbreitet und entsprechend angepasst wurde.

10. Der Regierungsratsbeschluss Nr. 1130/2001 wurde dem Sekretariat auf dessen Nachfrage am 8. Mai 2019 von der Staatskanzlei des Kantons Zürich in elektronischer Form zugestellt.

11. Am 9. Mai 2019 hat die Baudirektion des Kantons Zürich dem Sekretariat auf dessen Nachfrage das Dokument «Flexibilisierung bei der Festsetzung der Einzugsgebiete für KVA» betreffend die Ausgestaltung des Flexibilisierungsmodells des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft des Kantons Zürich vom 10. August 2000 (nachfolgend: Flexibilisierungsmodell) in elektronischer Form zugestellt.

12. Am 14. Mai 2019 hat die PUE dem Sekretariat auf dessen Nachfrage den «Gründungsvertrag des Dienstleistungszentrum Amt (DILECA)» sowie die Untersuchung «Kostenstruktur in der kommunalen Abfallwirtschaft 2014» in elektronischer Form zukommen lassen.

13. Am 22. Mai 2019 erfolgte eine telefonische Nachfrage bei der PUE zur Klärung von offenen Verständnisfragen betreffend die Preisgestaltung und den Marktkehrpunkt.

B Beurteilung

14. Nachfolgend werden gemäss Art. 5 Abs. 4 PüG die Fragen des persönlichen Geltungsbereichs (Art. 2 PüG) und des wirksamen Wettbewerbs (Art. 12 PüG) aus Sicht der WEKO beurteilt.

B.1 Unterstellung unter das Preisüberwachungsgesetz gemäss Art. 2 PüG

15. Gemäss Art. 2 PüG gilt das Preisüberwachungsgesetz insbesondere für marktmächtige Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts.

B.1.1 Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts

16. Der persönliche Geltungsbereich von Art. 2 PüG umfasst sowohl private als auch öffentliche Unternehmen, die Abreden treffen oder marktmächtig sind. Gemäss Lehre gelten Unternehmen im Sinne des KG⁵ auch als Unternehmen im Sinne des PüG.⁶ Wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen, kann das geprüfte Verhalten der Limeco für das vorliegende Gutachten als unternehmerisch im Sinne des KG und die Limeco damit als Unternehmen im Sinne des PüG qualifiziert werden.

17. Der Begriff des Unternehmens ist gemäss dem mit der Kartellgesetzrevision von 2003 eingefügten Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG weit auszulegen: Sämtliche Nachfrager und Nachfragerinnen oder Anbieter und Anbieterinnen von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, werden vom KG erfasst. Soweit ein Handlungsspielraum besteht, um auf Marktpulse der Nachfrager und Nachfragerinnen oder allfälliger Konkurrenten zu reagieren, kann von einer selbständigen Teilnahme am Wirtschaftsprozess ausgegangen werden.⁷

18. Limeco ist seit 2010 eine interkommunale Anstalt, d.h. eine öffentlich-rechtliche Anstalt, im Sinne von Art. 74 ZH GG⁸. Dies stellt eine Form der Zusammenarbeit von Gemeinden dar.⁹ Limeco ist ein selbständiges Unternehmen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit, welches nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt wird.¹⁰ Zweck der Anstalt Limeco ist die Leistungserbringung in den Bereichen Abfallwesen und Abwasserreinigung. Sie kann auch andere Tätigkeiten ausüben, die damit in Zusammenhang stehen, sich an anderen Organisationen beteiligen sowie Tochtergesellschaften gründen und diesen untergeordnete Aufgaben zur Erfüllung des Anstaltszwecks übertragen.¹¹ Ihre Kundinnen (die Gemeinden) können zwischen verschiedenen Kehrichtverbrennungsanlagen (nachfolgend: KVA) wählen, sodass die Limeco grundsätzlich Konkurrenz und einen Anreiz hat, um auf Marktsignale zu reagieren. Sie tritt als Betreiberin der KVA Dietikon am Markt auf.

19. Limeco ist somit ein Unternehmen gemäss Kartellgesetz und damit auch gemäss Art. 2 PüG.

B.1.2 Marktmacht

20. Der Begriff der Marktmacht wird im PüG nicht definiert. Er findet sich aber in Art. 2 Abs. 1 KG wieder, wobei auch im Kartellgesetz keine Legaldefinition von Marktmacht verankert ist. Zudem stellt sich die Frage, ob dem Marktmachtbegriff in beiden Gesetzen die gleiche Bedeutung zukommt.

21. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) hat in ihrer Entscheid gegen ACTV SA festgehalten, dass die Begriffe Marktmacht im Preisüberwachungsgesetz und im Kartellgesetz grundsätzlich gleichzusetzen seien.¹² Die REKO/WEF verweist hierbei allerdings nicht auf Art. 2 KG, sondern auf Art. 4 KG und somit auf die Umschreibung des Begriffs der Marktbeherrschung. Gleichzeitig äussert sich die REKO/WEF aber dahingehend, dass das Preisüberwachungsgesetz auch auf Unternehmen, deren Marktstellung unterhalb der Marktbeherrschung (im Sinne von Art. 4 KG) anzusiedeln sei, Anwendung finde.¹³

⁵ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁶ ADRIAN KÜNZLER/ROGER ZÄCH, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Art. 2 PüG N 3 m.w.H. Ob auch das Umgekehrte gilt (dass Unternehmen im Sinne des PüG auch als Unternehmen im Sinne des KG gelten), erscheint nicht restlos klar. So fallen unter die Preise, welche gemäss Art. 1 PüG Gegenstand von Abreden oder Verhaltensweisen von (marktmächtigen) Unternehmen sein können, gemäss Lehre auch Kausalabgaben (ADRIAN KÜNZLER/ROGER ZÄCH, OFK-Wettbewerbsrecht II, PüG 1 N 6). Die Festlegung von Kausalabgaben stellt eine hoheitliche Tätigkeit dar, sodass deren Qualifizierung als unternehmerische Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG in Frage steht (siehe RETO HEIZMANN/MICHEAL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), Art. 2 KG N 28).

⁷ DIKE KG-HEIZMANN/MAYER, (Fn 6), Art. 2 KG N 28.

⁸ Zürcher Gemeindegesetz vom 20. April 2015 (ZH GG; SR 131.1).

⁹ Art. 1 des Gründungsvertrages der Limeco.

¹⁰ Art. 2 Abs. 1 des Gründungsvertrages der Limeco.

¹¹ Art. 2 Abs. 2–5 des Gründungsvertrages der Limeco.

¹² RPW 2005/4 719 Rz 13, *Swisscom Broadcast AG*.

¹³ RPW 2005/4 719 Rz 13, *Swisscom Broadcast AG*.

22. Auch die Botschaft zum KG 1995¹⁴ unterscheidet zwischen marktbeherrschender und marktmächtiger Stellung, indem sie festhält, dass es für die materielle Beurteilung eines unternehmerischen Verhaltens nicht ausreichend ist, dass dieses seine Grundlage in einer marktmächtigen Stellung des Unternehmens hat.¹⁵ Damit macht der Gesetzgeber klar, dass an die Marktmacht weniger hohe Anforderungen zu stellen sind als an die Marktbeherrschung und dass diese in keinem Fall gleichgesetzt werden können. In jedem Fall beinhaltet allerdings die Marktbeherrschung die Marktmacht.¹⁶ Zum Begriff der Marktmacht im PüG hält auch KILLIAS fest, dass dieser demjenigen in Art. 2 Abs. 1 KG entspricht. Des Weiteren wird daran erinnert, dass der Begriff der Marktmacht im PüG weiter gefasst ist, als der Begriff der Marktbeherrschung.¹⁷ Dieser Praxis folgt auch die WEKO, indem sie feststellt, dass die marktbeherrschende Stellung eine qualifizierte Form von Marktmacht darstellt.¹⁸

23. Marktmacht übt aus, wer über massgeblichen Markteinfluss verfügt.¹⁹ Ein Unternehmen beeinflusst einen Markt massgeblich, wenn es ihn mehr als normal beeinflusst, aber noch nicht im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG beherrscht.²⁰ Marktmacht wird denn auch als Zustand umschrieben, bei dem ein Unternehmen dem Wettbewerb in ungenügender Masse ausgesetzt ist, ohne sich deswegen auf dem Markt unabhängig verhalten zu können.²¹

24. Zur Prüfung, ob im vorliegend zu beurteilenden Fall Limeco marktmächtig im Sinne von Art. 2 PüG ist, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen, um basierend hierauf zu ermitteln, über welche Einflussmöglichkeiten Limeco auf diesem Markt verfügt.

B.2 Relevanter Markt

25. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²²

26. Die nachfolgende Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgt insbesondere unter Berücksichtigung des Standpunkts der PUE in deren Befundpapier und Marktbeschreibung, der entsprechenden Stellungnahme von Limeco, der Praxis der WEKO sowie öffentlich zugänglicher Informationen.

B.2.1 Marktgegenseite

27. Ausgehend vom Verfahrensgegenstand ist die Marktgegenseite zu bestimmen, aus deren Sicht der relevante Markt abzugrenzen ist. Es sind dabei die aktuellen sowie die potentiellen Nachfrager und Nachfragerinnen zu berücksichtigen, gegen welche sich das allenfalls missbräuchliche Verhalten richtet. Das laufende Verfahren der PUE setzt sich mit der Frage der preisüberwachungsrechtlichen Zulässigkeit der Höhe der Verbrennungspreise von Limeco für die Entsorgung von Siedlungsabfall auseinander.

28. Vor diesem Hintergrund geht die PUE²³ bei der Marktabgrenzung von Gemeinden als Marktgegenseite aus, weil diese die Nachfragerinnen seien, welche ihren Siedlungsabfall entsorgen müssen (Entsorgungspflicht)

und durch die Verbrennungspreise der Limeco direkt betroffen seien.

29. Die Limeco ist der Ansicht, dass sie eine hoheitliche Monopolaufgabe für die Gemeinden übernehme und daher gar nicht erst von einer Marktgegenseite die Rede sein könne.

30. Gemäss WEKO hat die Marktabgrenzung aus Sicht der Gemeinden zu erfolgen, welche von der mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung faktisch und potentiell betroffen sind. Die Gemeinden sind dabei teilweise in Zweckverbänden organisiert. Die Sicht der Verbraucher und Verbraucherinnen (Abfallverursacher und Abfallverursacherinnen) ist nur indirekt relevant, da diese eine kostendeckenden und verursachergerechte Gebühr an die Gemeinden für die Entsorgung des Abfalls bezahlen müssen.

31. Die mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung betrifft jene Gemeinden, welche vom allfällig zu hohen Preis von CHF 150.–/t Siedlungsabfall betroffen sind. Einerseits fallen darunter die Gemeinden, welche aktuell den Preis von CHF 150.–/t bezahlen. Andererseits sind aber auch jene Gemeinden, welche aktuell bei einer anderen KVA entsorgen, aber potentiell zur Limeco wechseln könnten, von der mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung betroffen.

32. Die Bestimmung der Marktgegenseite erfolgt in der Weise, dass diese schrittweise anhand folgender Konstellationen eingegrenzt wird:

- Begrenzung auf Zürcher Gemeinden,
- Ausschluss der Gemeinden des Zweckverbandes ZVHo,
- Begrenzung auf potentiell Einzugsgebiet²⁴ (gemäss Flexibilisierungsmodell) sowie
- Einfluss der Transportkosten.

33. Bezüglich der Dauer der Verträge der Nicht-Kundinnen der Limeco liegen der WEKO keine Informationen der PUE vor, weshalb nachfolgend nicht umfassend auf diese eingegangen werden kann (Ausführungen sind einzig hinsichtlich der Gemeinden, welche dem Zweckverband ZVHo angehören, möglich).

¹⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994; BBl 1995 I 468.

¹⁵ BBl 1995 I 468, 547.

¹⁶ Vgl. BGE 130 II 449, E. 5.8.

¹⁷ Vgl. PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet* (Hrsg.), 2013, Art. 2 PüG N 15, m.w.H.

¹⁸ RPW 2008, 548 Rz 37, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

¹⁹ RPW 2001, 98 Rz 20, *Intensiv SA*.

²⁰ RPW 2001, 98 Rz 20, *Intensiv SA*.

²¹ SCHMIDHAUSER, in: *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Homburger et al., Zürich 1997, Art. 4 KG N 74.

²² Vgl. Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4); BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²³ Im Befundpapier bezeichnet die PUE allgemein die Gemeinden als Marktgegenseite. Die Einschränkung der Marktgegenseite auf die Gemeinden, welche von der mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind, nimmt die PUE erst im Kapitel zur räumlichen Marktabgrenzung (vgl. Befundpapier, Kapitel 3.2. Räumliche Marktabgrenzung) vor.

B.2.1.1 Begrenzung auf Zürcher Gemeinden

34. Die Kompetenz zur Organisation und Sicherstellung der Entsorgung des Siedlungsabfalls fällt primär den Kantonen zu (Art. 31b und 36 USG²⁵ sowie Art. 4 VVEA²⁶). Der Vollzug kann dabei gemäss Art. 43 USG delegiert werden.

35. Für den Kanton Zürich bestimmt Art. 35 Abs. 1 AbfG²⁷, dass die Gemeinden für die Erstellung und den Betrieb von Anlagen für die Entsorgung von Siedlungsabfällen sorgen. Gestützt auf Art. 31b Abs. 2 USG und Art. 24 Abs. 2 AbfG legt allerdings der Regierungsrat nach Anhörung der Gemeinden respektive auf Grundlage der Anträge der Gemeinden das potentielle Einzugsgebiet von Anlagen zur Entsorgung von Siedlungsabfällen fest. Die Gemeinden sind somit lediglich für den Vollzug des Entsorgungsauftrags zuständig. Der Regierungsrat besitzt bei der Abfallplanung und Gebietszuordnung einen Beurteilungsspielraum (Art. 31 USG und Art. 16 TVA²⁸) und untersagt aufgrund von planerischen Interessen wie der Entsorgungssicherheit grundsätzlich eine ausserkantonale Entsorgung – dies wurde durch das Verwaltungsgericht Zürich geschützt²⁹. Diese Haltung kommt im Flexibilisierungsmodell des Kantons Zürich zum Ausdruck, welches jeder Zürcher Gemeinde die Wahl zwischen den drei nächstgelegenen KVA im Kanton Zürich ermöglicht. Das Flexibilisierungsmodell ist seit dem 1. Januar 2004 in Kraft. Die Entsorgung ausserhalb des Kantons Zürich ist den Gemeinden des Kantons Zürich demnach untersagt.

36. In anderen Kantonen, z.B. im Kanton Aargau, hingegen ist eine ausserkantonale Entsorgung möglich. Dies ergibt sich vorliegend aus Art. 7 EG UWR³⁰, welcher eine weitergehende Delegation vorsieht als das zürcherische Pendant. Gestützt darauf entsorgen denn auch diverse Aargauer Gemeinden ihren Siedlungsabfall bei der Limeco.

37. Die Gemeinden des Kantons Aargau oder anderer Kantone sind vorliegend nicht von der hier zu beurteilenden mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung betroffen. Beispielsweise bezahlen die Gemeinden des Kantons Aargau bei der Limeco mit durchschnittlich CHF 125.–/t deutlich weniger für dieselbe Dienstleistung als die Gemeinden des Kantons Zürich mit CHF 150.–/t.³¹ Für das vorliegende Gutachten werden Gemeinden ausserhalb des Kantons Zürich (z.B. Kanton Aargau) deshalb nicht der Marktgegenseite zugerechnet.

38. Die Marktgegenseite ist vorliegend in einem ersten Schritt auf die Zürcher Gemeinden einzuschränken.

B.2.1.2 Ausschluss der Gemeinden des Zweckverbandes ZVHo

39. Der Zweckverband ZVHo umfasst alle Gemeinden des Bezirks Horgen und betreibt die KVA Horgen. Die Gemeinden Adliswil, Kilchberg, Rüslikon, Thalwil, Langnau am Albis und Oberrieden können gemäss Flexibilisierungsmodell bei der Limeco Siedlungsabfall entsorgen.

40. Jede Verbandsgemeinde kann frühestens per 31. Dezember 2030 unter Wahrung einer Kündigungsfrist von drei Jahren auf das Jahresende austreten. Aus-

tretende Gemeinden haben keinen Anspruch auf Entschädigungen irgendwelcher Art.

41. Die Gemeinden des Zweckverbandes ZVHo sind aufgrund der langen Vertragsdauer ohne Kündigungsmöglichkeit bis zum 31. Dezember 2030 und der damit verbundenen Unmöglichkeit, innerhalb einer angemessenen Frist zu einer andern KVA wechseln zu können, von der Marktgegenseite auszuschliessen.

42. Nebenbei ist anzumerken, dass die KVA Horgen bis 2035 geschlossen werden soll.³² Dieser Umstand wird unweigerlich zu einer Umverteilung führen, was vorliegend jedoch noch nicht mit zu berücksichtigen ist, da dies den zeitlichen Horizont der vorliegenden Marktbeurteilung übersteigt.

B.2.1.3 Begrenzung auf potentielles Einzugsgebiet

43. Gemäss dem bereits erwähnten Flexibilisierungsmodell des Kantons Zürich erfolgt alle fünf Jahre eine Zuordnung der Gemeinden zu einer bestimmten KVA. Die Zuordnung erfolgt per Beschluss durch den Regierungsrat und basiert auf der Grundlage der Anträge der Gemeinden. Die Zürcher Gemeinden haben die Möglichkeit zwischen den drei nächstgelegenen von insgesamt fünf der von der kantonalen Abfallplanung eingeschlossenen KVA zu wählen. Wenn sich die Gemeinden zu Sammelregionen zusammenschliessen, erweitert sich die Wahlmöglichkeit auf den Kreis der KVA, welche den einzelnen Gemeinden insgesamt zur Disposition stehen. Die kantonale Regulierung führt somit dazu, dass die Zürcher Gemeinden nicht bei allen KVA im Kanton Zürich entsorgen können und somit die Marktgegenseite nicht alle Gemeinden des Kantons Zürich umfassen kann, da nur jene zu berücksichtigen sind, welche potentiell von der mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung betroffen

²⁴ Aus den Erläuterungen in Kapitel 3.2.1 des Befundpapiers lässt sich ableiten, dass gemäss PUE das «potentielle Einzugsgebiet» exakt dem «faktischen Einzugsgebiet» entspricht (Zur Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen vgl. Kapitel B.2.1.3 Begrenzung auf das potentielle Einzugsgebiet). Folglich nimmt die PUE soweit ersichtlich keine Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen vor und spricht lediglich vom «Einzugsgebiet». Um Missverständnisse vorzubeugen, differenziert die WEKO im vorliegenden Gutachten, auch bei Wiedergabe von Argumenten der PUE zum «Einzugsgebiet», zwischen dem Begriff dem des «potentiellen Einzugsgebiets» und des «faktischen Einzugsgebiets».

²⁵ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

²⁶ Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen vom 4. Dezember 2015 (Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600).

²⁷ Zürcher Abfallgesetz vom 25. September 1994 (AbfG; SR 712.1).

²⁸ Technische Verordnung über Abfälle vom 10. Dezember 1990 (TVA; SR 814.600).

²⁹ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Dezember 2014, VB.2014.00291.

³⁰ Aargauisches Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässern vom 4. September 2007 (EG Umweltrecht, EG UWR; LS 781.200).

³¹ Marktbeschreibung, Kapitel 4.4 Preise der Limeco.

³² Vgl. DOROTHEE VÖGELI, «Urdorfer wollen keinen Abfalltourismus ins Zürcher Limmattal», in: NZZ, Artikel vom 13. März 2018; aufzurufen unter <<https://www.nzz.ch/zuerich/verdacht-auf-abfalltourismus-ld.1363679>>.

sind (d.h. Gemeinden, welche gemäss Flexibilisierungsmodell gar nicht das Recht haben, bei der Limeco zu entsorgen, können auch nicht von einer allenfalls missbräuchlichen Verhaltensweise betroffen sein).

44. Einerseits sind alle Zürcher Gemeinden, welche aktuell tatsächlich bei der Limeco entsorgen, von der mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung betroffen. Die Gesamtheit all dieser Gemeinden wird als faktisches Einzugsgebiet der Limeco bezeichnet. In der Periode 2014–2018 umfasste das faktische Einzugsgebiet der Limeco die Bezirke Affoltern³³ und Dietikon³⁴ sowie die Gemeinden Boppelsen, Buchs, Dällikon, Dänikon, Hüttikon, Otelfingen und Regensdorf, ohne die Gemeinde Stallikon. Für die Periode 2019–2023 kam die Gemeinde Stallikon (vormals KVA Hagenholz) zum faktischen Einzugsgebiet dazu, die Gemeinde Dänikon wechselte jedoch von der Limeco zur KVA Hagenholz.

45. Andererseits sind auch alle Zürcher Gemeinden, welche zwar faktisch bei einer andern KVA entsorgen, aber aufgrund der Regulierung die Möglichkeit haben, mit einem entsprechenden Antrag zur Limeco zu wechseln, von der mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung betroffen. Ist der Entsorgungspreis, wie die PUE vermutet, tatsächlich zu hoch, so verhindert dieser allenfalls, dass diese potentiellen Kunden³⁵ das Angebot der Limeco in Anspruch nehmen können.

46. Die Marktgegenseite umfasst somit alle Zürcher Gemeinden, welche nach dem Flexibilisierungsmodell die Limeco als Auswahlmöglichkeit haben, nicht dem Zweckverband ZVHo angehören und potentiell von der allfälligen Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind. Ob die Gemeinden diese Entsorgungsmöglichkeit wahrnehmen oder nicht, ist nicht entscheidend. Die Gesamtheit all dieser Gemeinden, d.h. die Marktgegenseite, wird im vorliegenden Gutachten auch als potentielles Einzugsgebiet bezeichnet.

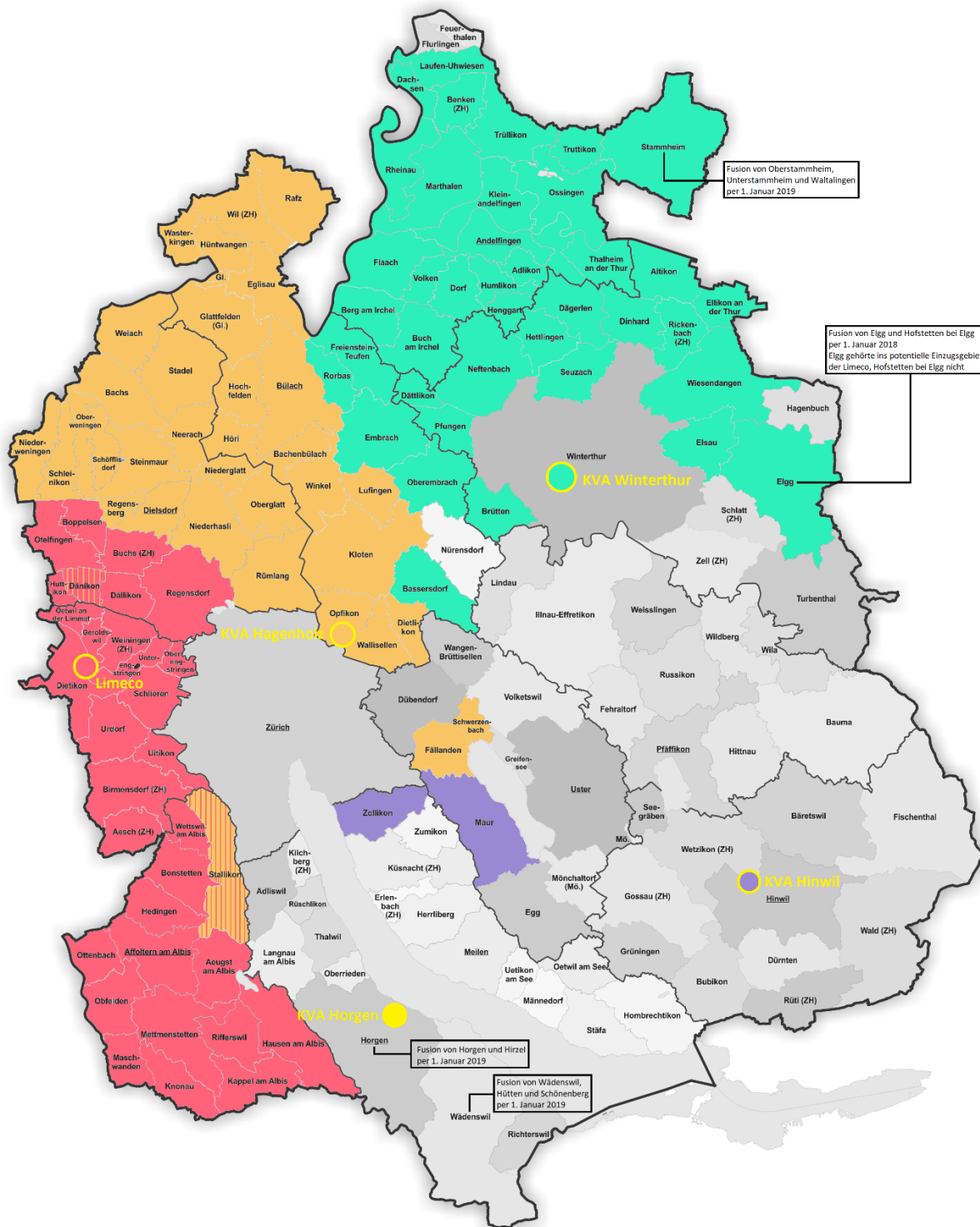
47. Die folgende Grafik gibt einen Überblick über das faktische und potentielle Einzugsgebiet der Limeco in der Periode 2014–2018 bzw. der Periode 2019–2023:

³³ Gemeinden Aeugst am Albis, Affoltern am Albis, Bonstetten, Hausen am Albis, Hedingen, Kappel am Albis, Knonau, Maschwanden, Mettmenstetten, Obfelden, Ottenbach, Rifferswil, Stallikon und Wettswil am Albis.

³⁴ Gemeinden Aesch, Birmensdorf, Dietikon, Geroldswil, Oberengstringen, Oetwil a.d.L., Schlieren, Uitikon, Unterengstringen, Urdorf und Weiningen.

³⁵ In der Periode 2014–2018 gehörten folgende Gemeinden zum potentiellen Einzugsgebiet, jedoch nicht zum faktischen Einzugsgebiet der Limeco und nicht zum Zweckverband ZVHo: Adlikon, Altikon, Andelfingen, Bachenbülach, Bachs, Bassersdorf, Benken, Berg a.l., Brütten, Buch a.l., Bülach, Dachsen, Dägerlen, Dättlikon, Dielsdorf, Dietlikon, Dinhard, Dorf, Eglisau, Elgg, Ellikon a.d.Th., Elsau, Embrach, Fällanden, Flaach, Freienstein-Teufen, Glattfelden, Henggart, Hettlingen, Hochfelden, Höri, Humlikon, Hüntwangen, Kleinandelfingen, Kloten, Laufen-Uhwiesen, Lufingen, Marthalen, Maur, Neerach, Nefenbach, Niederglatt, Niederhasli, Niederweningen, Oberembrach, Oberglatt, Oberstammheim, Oberweningen, Opfikon, Ossingen, Pfungen, Rafz, Regensberg, Rheinau, Rickenbach, Rorbas, Rümlang, Schleinikon, Schöfflisdorf, Schwerzenbach, Seuzach, Stadel, Stallikon, Steinmaur, Thalheim a.d.Th., Trüllikon, Truttikon, Unterstammheim, Volken, Wallisellen, Waltalingen, Wasterkingen, Weiach, Wiesendangen, Will, Winkel und Zollikon.

Für die Periode 2019–2023 gehört neu die Gemeinde Dänikon nicht mehr zum faktischen, sondern nur zum potentiellen Einzugsgebiet, jedoch die Gemeinde Stallikon zum faktischen Einzugsgebiet der Limeco.



- Legende:
- Farbige Gemeinden: im potentiellen Einzugsgebiet der Limeco
 - Graue Gemeinden: nicht im potentiellen Einzugsgebiet der Limeco
 - Schraffierte Gemeinden: Wechsel von der KVA Hagenholz/Limeco zur Limeco/KVA Hagenholz per 1. Januar 2019
 - Rot: Zuordnung zu Limeco resp. faktisches Einzugsgebiet der Limeco
 - Grün: Zuordnung zur KVA Winterthur
 - Violett: Zuordnung zur KVA Hinwil
 - Orange: Zuordnung zur KVA Hagenholz

48. Die Farbe der Gemeinden kennzeichnet, bei welcher KVA die jeweilige Gemeinde ihre Siedlungsabfälle entsorgt. Beispielsweise entsorgen alle rot eingefärbten Gemeinden ihre Siedlungsabfälle bei der Limeco. Die rote Fläche entspricht somit dem faktischen Einzugsgebiet der Limeco. Das potentielle Einzugsgebiet, welches

die Marktgegenseite definiert, umfasst alle farbigen Flächen. Die beiden schraffierten Gemeinden signalisieren die oben erwähnten Wechsel betreffend die Limeco.

B.2.1.4 Einfluss der Transportkosten

49. Es stellt sich die Frage, ob die Marktgegenseite mit Blick auf die Transportkosten weiter eingegrenzt werden muss. Insbesondere ist zu prüfen, ob die Limeco aufgrund hoher Transportkosten ab einer gewissen Entfernung zu den entsorgungspflichtigen Gemeinden keine Alternative (d.h. Substitut) für gewisse Gemeinden darstellt, die gemäss kantonaler Regulierung die Limeco wählen könnten.

50. Die PUE weist in ihrem Befundpapier auf einen gewissen «Distanzschutz» hin. Eine genaue Umschreibung, was sie darunter versteht, und eine konkrete Abklärung bezüglich der zu prüfenden Kriterien, wie beispielsweise der effektiv von den Gemeinden aufgewendeten Fahrzeiten und der Transportkosten pro zusätzlichen Fahrkilometer, hat die PUE nicht vorgenommen. Infolgedessen stehen dem Sekretariat auch keine konkreten Zahlen und Auswertungen zu den Transportkosten zur Verfügung.

51. Die WEKO erachtet die Transportkosten gemäss den nachfolgenden Überlegungen als vernachlässigbar. Aufgrund der fehlenden Ausführungen der PUE zum «Distanzschutz» ist es allerdings nicht möglich, diese Frage abschliessend zu klären. Dies ist vorliegend aber auch nicht nötig. Denn bereits gestützt auf die Annahme von vernachlässigbaren Transportkosten und dem damit möglicherweise zu weit abgegrenzten Markt kommt die WEKO im vorliegenden Gutachten zum Schluss, dass die Limeco marktmächtig ist und ihre Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind. Dieses Ergebnis kann nicht anders ausfallen, wenn die Transportkosten entgegen der im vorliegenden Gutachten vorgenommenen Annahme nicht vernachlässigbar wären. Eine eingehende Abklärung ist deshalb vorliegend nicht nötig.

52. Im Jahr 2014 mussten die entsorgungspflichtigen Gemeinden bei der Entsorgung von Siedlungsabfällen im Durchschnitt rund 35 %³⁶ der Kosten für den Bereich Logistik aufwenden.³⁷ Die Logistik der Abfallentsorgung lässt sich in mehrere Schritte unterteilen: Das Sammeln des Kehrichts, der Transport vom letzten Sammelpunkt zur KVA und der Abladeprozess bei der KVA. Die Sammlung ist sehr aufwändig, da der Kehricht bei jedem einzelnen Haushalt aufgesammelt werden muss, und macht folglich den Hauptanteil der gesamten Transportkosten aus. Dieser Kostenpunkt fällt unabhängig von der Distanz der Gemeinde zur KVA an. Dasselbe gilt für den gesamten Abladeprozess sowie für administrative Aufgaben. Der grösste finanzielle Aufwand steht somit nicht in Relation zur Distanz der Gemeinde zur KVA. Die einzigen denkbaren unterschiedlichen Kosten, welche je nach Wahl der KVA anfallen, ergeben sich aus der Differenz der Kosten für die Fahrkilometer vom letzten Sammelpunkt bis zur aktuellen KVA und der Kosten für die Fahrkilometer vom letzten Sammelpunkt bis zur potentiellen neuen KVA. Diese unterschiedlichen Kosten erscheinen gemäss der vorangehenden Argumentation jedoch als vernachlässigbar.

53. Auch folgende Beispiele zeigen auf, dass die Entfernung der Gemeinden zu den KVA eher eine untergeordnete Rolle spielen:

- Die Gemeinde Stallikon hat in der Periode 2014–2018 bei der KVA Hagenholz anstatt bei der nähergelegenen KVA Limeco ihre Siedlungsabfälle entsorgt. Es scheint, dass der längere Transportweg kein Hindernis bei der Auswahl der KVA darstellte. Es ist davon auszugehen, dass der Wechsel zur Limeco durch den Beitritt zur interkommunalen Anstalt DILECA und den damit verbundenen Vorteilen bei der Abfallsammlung motiviert war.
- Auf die Periode 2019–2023 hin wird die Gemeinde Dänikon neu bei der KVA Hagenholz statt wie bisher bei der Limeco entsorgen. Die Gemeinde Dänikon war gemäss Beschluss Nr. 344 vom 19. März 2014 des Regierungsrates für die Periode 2014–2018 der Limeco zugeordnet. Gegen diesen Beschluss erhob die Gemeinde Dänikon Beschwerde, welche vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 9. Dezember 2014 (VB.2014.00291) abgewiesen wurde. In der Folge erwuchs der Beschluss in Rechtskraft. Die Gemeinde Dänikon hat den Regierungsratsbeschluss dennoch nicht umgesetzt und ihren Kehricht laut Regierungsratsbeschluss Nr. 70 vom 30. Januar 2019 in der ausserkantonalen KVA Turgi entsorgt. Der Transportweg sowohl zur KVA Turgi als auch zur KVA Hagenholz ist jeweils länger als jener zur Limeco und scheint auch hier keine Schranke zu bilden.
- Ähnliches gilt für die Gemeinden Niederwenigen und Umgebung, welche ihren Siedlungsabfall weiter transportieren, als sie ihn als Limeco-Kunde transportieren müssten.
- Die PUE hält in ihrem Befundpapier fest, dass ein Teil des Marktkehrichts, den die Limeco verbrennt, aus dem Ausland stammt.³⁸ Der Transportweg für Abfall aus dem Ausland ist offensichtlich viel weiter als jener für die umliegenden Gemeinden.

B.2.1.5 Fazit

54. Unter Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Kantons Zürich und unter Annahme von untergeordneten Transportkosten umfasst die Marktgegenseite vorliegend *alle Zürcher Gemeinden im potentiellen Einzugsgebiet der Limeco*. Folglich definiert die WEKO die Marktgegenseite weiter als die PUE in ihrem Befundpapier, jedoch enger als die Limeco in ihrer Stellungnahme.

³⁶ Im Jahr 2014 beliefen sich die Kosten für die Entsorgung von einer Tonne Kehricht auf CHF 232.–. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus der Verwertung des Siedlungsabfalls (CHF 143.–) und den Kosten für die Logistik (CHF 89.–).

³⁷ Vgl. AWEL Kanton Zürich, Kostenstruktur in der kommunalen Abfallwirtschaft 2014, S. 22.

³⁸ Vgl. Befundpapiers, Kapitel 5.2 Preise für Marktkehricht (Abfall aus Gewerbe- und Industriebetrieben).

B.2.2 Sachlich relevanter Markt

55. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU³⁹, der hier analog anzuwenden ist).⁴⁰

56. In ihrem Befundpapier hält die PUE fest, dass es aus Sicht von Gemeinden als Marktgegenseite neben den KVA keine alternativen Angebote für die Entsorgung von brennbaren nicht verwertbaren Siedlungsabfällen gibt, da die Entsorgung nur bei einer solchen vorgenommen werden kann. Gemäss PUE umfasst der sachlich relevante Markt somit die Entsorgung von brennbaren nicht verwertbaren Siedlungsabfällen in einer KVA. Dem widerspricht die Limeco nicht.

57. Die Kantone resp. vorliegend die Gemeinden des Kantons Zürich unterliegen einer gesetzlichen Entsorgungspflicht gemäss Art. 31b, 36 und 43 des USG und insb. Art. 35 AbfG. Als Siedlungsabfälle gelten neu ab dem 1. Januar 2019 alle Abfälle, die aus Haushalten stammen sowie Abfälle, die aus Unternehmen mit weniger als 250 Vollzeitarbeitsstellen stammen und deren Zusammensetzung betreffend Inhaltsstoffen und Mengenverhältnisse mit Abfällen aus dem Haushalt vergleichbar sind (Art. 3 Bst. A VVEA).⁴¹

58. Betreffend Zusammensetzung des Siedlungsabfalls ist zwischen

- Kehricht (inklusive Sperrgut),
- separat gesammelten Abfällen, welche für die stoffliche Verwertung vorgesehen sind (z.B. Glas, Papier, Karton, Grünabfälle),
- Sonderabfällen und anderen kontrollpflichtigen Abfällen, und
- nicht brennbaren Abfällen (z.B. Gartenplatten, Dachziegel, Blumentöpfe)

zu unterscheiden. Vorliegend ist einzig die Kategorie «Kehricht (inklusive Sperrgut)» von Interesse, da nur diese in einer (gesetzlich zugelassenen) KVA zu verbrennen ist. Im Folgenden ist daher unter dem Begriff «Siedlungsabfall» immer «brennbarer nicht verwertbarer Siedlungsabfall» zu verstehen.

59. Es sind keine Alternativen für die Entsorgung von Siedlungsabfall ersichtlich, weshalb die Substituierbarkeit aufgrund der vorhandenen Unterlagen zu verneinen ist. Die WEKO geht von der *Entsorgung von Siedlungsabfall in KVA* als sachlich relevantem Markt aus.⁴²

B.2.3 Räumlich relevanter Markt

60. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).⁴³ Der räumlich relevante Markt wird somit aus Sicht der Marktgegenseite abgegrenzt.

61. Die PUE grenzt einen regionalen Markt für die Entsorgung von Siedlungsabfällen ab, welcher das faktische Einzugsgebiet der Limeco umfasst, d.h. alle Zürcher Gemeinden, welche in der Periode 2014–2018 tatsächlich bei der Limeco entsorgt haben. Dies sind namentlich

die Bezirke Affoltern⁴⁴ und Dietikon⁴⁵ sowie die Gemeinden Boppelsen, Buchs, Dällikon, Dänikon, Hüttikon, Otelfingen und Regensdorf, ohne die Gemeinde Stallikon.

62. Soweit sich die Limeco zur Marktabgrenzung äussert, geht sie im Gegensatz zur PUE von einem grösseren räumlichen Markt aus, nämlich jenem des gesamten Gebietes des Kantons Zürich.

63. Gemäss den obigen Ausführungen⁴⁶ umfasst die Marktgegenseite alle Gemeinden des Kantons Zürich, welche im potentiellen Einzugsgebiet der Limeco liegen. Die Regulierung des Kantons Zürich führt dazu, dass die Auswahlmöglichkeiten der Gemeinden auf die drei im Flexibilisierungsmodell zugeordneten Zürcher KVA beschränkt sind. Aus Sicht einer einzelnen Gemeinde stehen somit jeweils drei KVA zur Wahl. Je nach Lage einer Gemeinde des potentiellen Einzugsgebiets der Limeco können diese neben der Limeco zusätzlich die KVA Hagenholz, die KVA Winterthur, die KVA Hinwil und die KVA Horgen wählen.

64. Der räumlich relevante Markt umfasst demnach die Nachfrage nach Entsorgung von Siedlungsabfall, der im potentiellen Einzugsgebiet der Limeco entsteht. Diese Nachfrage kann – aufgrund der gesetzlichen Vorgaben – von den fünf genannten KVA im Kanton Zürich befriedigt werden.

65. Falls die rechtlichen Rahmenbedingungen des Kantons Zürich in Zukunft ändern und neu insbesondere eine ausserkantonale Entsorgung erlauben würden, wäre der räumlich relevante Markt voraussichtlich weiter zu fassen.

B.2.4 Zeitlich relevanter Markt

66. Die PUE hält fest, dass für die Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen die Marktverhältnisse zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung massgebend sind. Die PUE hat den Verfahrensgegenstand während der Antragsphase (kurz vor der Zuordnung durch den Regierungsrat im Januar 2019) aufgenommen und trifft allgemein keine Unterscheidung zwischen verschiedenen Phasen.

³⁹ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

⁴⁰ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁴¹ Diese Neudefinition des Siedlungsabfalles führt zu einer kleineren Menge an Siedlungsabfällen innerhalb des sachlich relevanten Marktes. Es wird jedoch angenommen, dass sich die Verkleinerung der Gesamtmenge auf alle Gemeinden gleichmässig verteilt und die Neudefinition schliesslich keinen Einfluss auf die Marktanteile der KVA auf dem relevanten Markt für Siedlungsabfälle hat.

⁴² Es ist hervorzuheben, dass es sich bei der Entsorgung lediglich um den Vorgang in der KVA (d.h. insbesondere die Verbrennung) handelt. Weitere Dienstleistungen wie das Einsammeln der Abfälle, der Transport zur KVA sowie andere Logistikaufwände gehören vorliegend nicht zum sachlich relevanten Markt.

⁴³ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁴⁴ Gemeinden Aeugst am Albis, Affoltern am Albis, Bonstetten, Hausen am Albis, Hedingen, Kappel am Albis, Knonau, Maschwanden, Mettmenstetten, Obfelden, Ottenbach, Rifferswil, Stallikon und Wettswil am Albis.

⁴⁵ Gemeinden Aesch, Birmensdorf, Dietikon, Geroldswil, Oberengstringen, Oetwil a.d.L., Schlieren, Uitikon, Unterengstringen, Urdorf und Weiningen.

⁴⁶ Vgl. Kapitel B.2.1 Marktgegenseite.

67. Gemäss dem Flexibilisierungsmodell werden die Gemeinden jeweils für die Dauer von fünf Jahren einer KVA zugeordnet. Dieses System kann grob in zwei ineinander übergehende Phasen pro Fünf-Jahres-Periode aufgeteilt werden. Aufgrund dessen ändern die Marktverhältnisse über die fünf Jahre von einer Zuordnung bis zur nächsten Zuordnung kontinuierlich. In der Beurteilung der Marktposition der Limeco ist diesen sich laufend ändernden Verhältnissen Rechnung zu tragen. Nachfolgend wird zwischen der *Antragsphase* sowie der «gebundenen» Phase unterschieden⁴⁷.

B.3 Marktstellung der Limeco

68. Um zu beurteilen, ob die Limeco im relevanten Markt als marktmächtig im Sinne von Art. 2 PüG zu betrachten ist, wird nachfolgend der aktuelle Wettbewerb betrachtet und des Weiteren eine allfällige disziplinierende Wirkung des potentiellen Wettbewerbs und der Marktgegenseite analysiert.

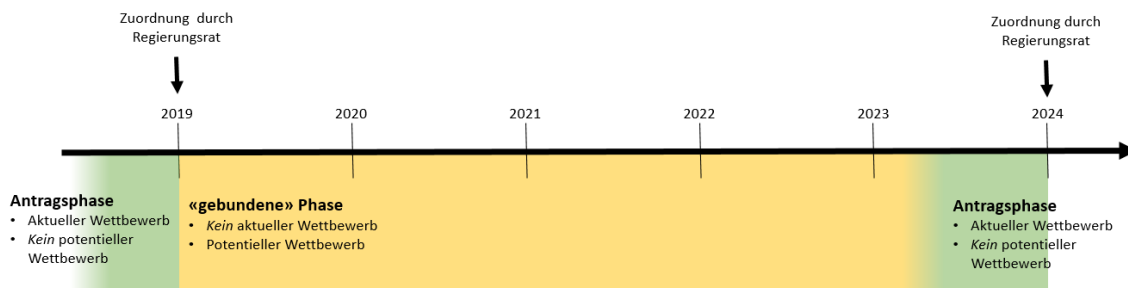
B.3.1 Einleitung

69. Den Ausgangspunkt für die Beurteilung der Marktstellung der Limeco bildet die gesetzliche Regulierung respektive das Flexibilisierungsmodell des Kantons Zürich.

70. Einerseits beschränkt das Flexibilisierungsmodell des Kantons Zürich den Markt für die Verbrennung von Siedlungsabfällen auf drei Anbieter (KVA) pro Gemeinde. Die Bestimmung des relevanten Marktes hat erge-

ben, dass die Limeco insgesamt mit folgenden vier KVA in (aktueller und potentieller) Konkurrenz steht: KVA Hagenholz, KVA Hinwil, KVA Horgen und KVA Winterthur. Alle andern KVA (z.B. KVA Josefstrasse, ausserkantonale KVA und mögliche neue KVA) schliesst die Regulierung des Kantons Zürich aus dem Markt für Siedlungsabfälle aus. Könnten die Gemeinden des Kantons Zürich mit allen Zürcher KVA sowie den ausserkantonalen KVA Verträge über die Entsorgung von Siedlungsabfällen schliessen, wäre der Wettbewerb grösser und die Marktposition der Limeco entsprechend schwächer. Anzeichen dafür, dass die Regulierung in nächster Zeit mehr Anbieter zulässt, bestehen jedoch nicht.

71. Andererseits bewirkt die kantonale Regulierung, dass in zeitlicher Hinsicht zwischen einer Antragsphase (in der Grafik grün) und einer «gebundene Phase» (in der Grafik gelb) unterschieden werden muss. In der Antragsphase stehen die KVA miteinander im aktuellen Wettbewerb um die Gemeinden, da die Gemeinden ihre gewünschte KVA wählen können (ähnlich zu einem Ausschreibungsmarkt⁴⁸). In der «gebundenen» Phase sind die Gemeinden an die zugeordnete KVA fix zugeteilt und können bis zur erneuten Antragsphase nicht zu einer anderen KVA wechseln. Aktueller Wettbewerb ist nicht möglich, sondern lediglich potentieller Wettbewerb. Das Vorhandensein sowie die Intensität des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs variiert über die Zeit. Diese zeitliche Komponente kann grafisch folgendermassen dargestellt werden:



B.3.2 Aktueller Wettbewerb

72. Ausgangspunkt für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs, welcher nur in der Antragsphase herrscht, sind die Marktstrukturdaten, d.h. insbesondere die Marktanteile der auf dem Markt agierenden Unternehmen.

73. Bezüglich des aktuellen Wettbewerbs hält die PUE fest, dass die Limeco auf dem Markt für die Entsorgung von Siedlungsabfällen im regionalen, [faktischen] Einzugsgebiet über einen Marktanteil von 100 %, respektive über ein Monopol, verfüge. Dieses faktische Einzugsgebiet bleibe auch bei einer Preiserhöhung von weiteren 5–10 % identisch und die marktbeherrschende Stellung werde damit bestätigt. Eine Differenzierung über die Zeit wird nicht vorgenommen.

74. Die Limeco weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass die PUE den Markt falsch abgrenze und dabei

übersehe, dass die Limeco keine marktmächtige Stellung besitze.

75. Der aktuelle Wettbewerb hat letztmals in der Antragsphase gegen Ende 2018 gespielt. Auf der Grundlage der Anträge der Gemeinden hat der Regierungsrat im Januar 2019 der Limeco eine Anzahl von Gemeinden zugeordnet, deren zu entsorgende Abfallmenge einem

⁴⁷ Vgl. Grafik in Kapitel 3.1 Einleitung.

⁴⁸ Vgl. RPW 2016/4, *Sport im Pay-TV*.

Anteil von 39 % an der im gesamten potentiellen Einzugsgebiet der Limeco entstehenden Abfallmenge⁴⁹ entspricht. Der Marktanteil der Limeco beträgt demnach rund 39 %. Unter der Annahme, dass sich das Verbraucherverhalten in den verschiedenen Gemeinden über die Zeit ähnlich entwickelt, kann aufgrund der fixen Zuordnung der Gemeinden zu den KVA für fünf Jahre davon ausgegangen werden, dass die Marktanteile über die gesamte Periode 2019–2023 auf diesem Niveau bleiben.

76. Der erworbene Marktanteil von rund 39 % der Limeco liegt zwar unter der Schwelle von 50 %, welche vom Bundesverwaltungsgericht⁵⁰ als Grenze qualifiziert wurde, über welcher eine Marktbeherrschung zu vermuten ist, die nur bei Vorliegen von entgegenstehenden Faktoren widerlegt wird. Ein Marktanteil von über einem Drittel ist aber vorliegend als hoch zu qualifizieren, insbesondere da nach erfolgter Wahl der Limeco deren Stellung in Bezug auf die zugeordneten Zürcher Gemeinden über fünf Jahre unangefochten ist. Grundsätzlich gilt nämlich, dass einer KVA umso mehr Marktmacht verliehen wird, desto umfassender, exklusiver und langfristiger das Recht für die Entsorgung von Siedlungsabfällen ausgestaltet ist.⁵¹ Könnten die Gemeinden beispielsweise monatlich oder alle zwei Jahre zwischen den KVA wählen, wäre von einem grösseren aktuellen (und potentiellen) Wettbewerb und einer entsprechend schwächeren Marktposition der Limeco auszugehen.

77. Die Limeco steht in der Antragsphase mit lediglich vier Wettbewerbern respektive pro Gemeinde mit zwei Wettbewerbern in Konkurrenz. Diese geringe Anzahl an Wettbewerbern deutet auf eine marktmächtige Stellung hin. Die Marktanteile der Konkurrenten für die Periode 2019–2023 belaufen sich auf rund 38 % für die KVA Hagenholz, rund 19 % für die KVA Winterthur und rund 4 % für die KVA Hinwil und keinen Marktanteil für die KVA Horgen. Die (fast) identischen Marktanteile der Limeco und der KVA Hagenholz von gegen 40 % lassen darauf schliessen, dass diese beiden KVA über eine ähnliche Stärke im Markt verfügen. Die KVA Winterthur mit 19 % scheint etwas schwächer zu sein, hat aber immer noch einen gewissen Einfluss auf die Limeco. Die KVA Hinwil mit dem tiefen Marktanteil von 4 % und die KVA Horgen ohne Marktanteil üben wohl eher keinen entscheidenden Einfluss auf die Limeco aus. Insgesamt stellt sich die Frage, ob die Konkurrenten der Limeco, insbesondere die KVA Hagenholz und KVA Winterthur, in der Lage sind einen genügend grossen Wettbewerbsdruck auf die Limeco ausüben, um diese zu disziplinieren. Die wenigen beobachtenden Wechsel⁵² von Gemeinden in der Vergangenheit lassen eher darauf schliessen, dass der genannte Wettbewerbsdruck nicht ausreichend gross ist. Der hohe (und für fünf Jahre fortbestehende) Marktanteil, die wenigen Konkurrenten sowie die wenigen tatsächlichen Wechsel von Gemeinden erlauben der Limeco den Markt massgeblich zu beeinflussen. Die Limeco ist dem Wettbewerb in ungenügendem Masse ausgesetzt, ohne sich aber auf dem Markt unabhängig verhalten zu können. Die Limeco ist während der Antragsphase somit als marktmächtig einzustufen.

78. Vorbehaltlich der nachfolgenden Prüfung des potentiellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite kann von einer marktmächtigen Stellung von Li-

meco gemäss Art. 2 PüG sowohl in der «gebundenen» Phase, wo kein aktueller Wettbewerb herrscht, als auch in der Antragsphase ausgegangen werden.

B.3.3 Potentieller Wettbewerb

79. Der potenziellen Konkurrenz kommt nur dann eine disziplinierende Wirkung zu, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die innerhalb von zwei bis drei Jahren erfolgen können und genügend gross sind. Sind Marktzutritte nur in grossen Zeitabständen oder von nur geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.⁵³

80. Die PUE schliesst potentiellen Wettbewerb aus, insbesondere aufgrund der erheblichen strukturellen und administrativen Marktzutrittschranken sowie der Marktaustrittsschranken (sogenannte «sunk costs»). Eine zeitliche Einschränkung wird nicht vorgenommen.

81. Mit der Zuordnung der Gemeinden zu einer KVA werden die Märkte für die Entsorgung von Siedlungsabfällen im Kanton Zürich für fünf Jahre geschlossen («gebundene» Phase). Die Gemeinden sind verpflichtet ihre Siedlungsabfälle während dieser Zeit bei der zugeordneten KVA zu entsorgen. Alternativen bestehen keine. Der fehlende aktuelle Wettbewerb schliesst aber nicht aus, dass in dieser Zeit potentieller Wettbewerb besteht. Potentieller Wettbewerb ist zwei bis drei Jahre vor der Öffnung des Marktes – d.h. zwei bis drei Jahre vor der Antragsphase – möglich. Der potentielle Wettbewerb wird gegen die Antragsphase hin immer intensiver.

82. Ein Markteintritt einer *neuen* KVA, d.h. einer neu in Betrieb genommenen KVA oder einer nach der kantonalen Regulierung nicht zugelassene KVA, auf dem Markt für die Entsorgung von Siedlungsabfällen ist unwahrscheinlich. Die von der PUE im Befundpapier dargelegten strukturellen und administrativen Marktzutrittschranken sowie die Marktaustrittsschranken sind nachvollziehbar und werden von der Limeco so auch nicht in Frage gestellt. Demnach bestehen einerseits Marktzutrittschranken aufgrund der kantonalen Abfallplanung und der rechtlichen Voraussetzungen für den Bau und

⁴⁹ Die Berechnung der Marktanteile für die Periode 2019–2023 stützt sich auf die neue Zuordnung der Gemeinden zu den KVA, welche durch den Regierungsrat auf Antrag der Gemeinden im Januar 2019 vorgenommen wurde (RRB 1143/2018 und RRB 70/2019), und aufgrund fehlender jüngerer Angaben auf die Siedlungsabfallmengen aus dem Jahr 2017 (Statistisches Amt Kanton Zürich, Kehrichtmengen [Tonnen], abrufbar unter: <<https://opendata.swiss/de/dataset/kehricht-mengen-tonnen/resource/d6131da5-596e-437a-98db-1ae30fb5c103>>, letzte Aktualisierung: 30. November 2018). Da die Abfallmenge durch die Verbraucher und Verbraucherinnen bestimmt wird und sich vermutlich in allen Gemeinden ähnlich entwickelt, wird vorliegend angenommen, dass die Verwendung der Siedlungsabfallmenge von 2017 anstatt der Siedlungsabfallmenge von 2019 keinen Einfluss auf das Ergebnis (d.h. die Marktanteile) hat.

⁵⁰ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, S.160, E. 442.

⁵¹ Vgl. RPW 2016/4, 990 Rz 553, *Sport im Pay-TV*.

⁵² Vgl. Kapitel B.3.4.4 Gemeinden ohne langfristige Bindung.

⁵³ Vgl. RPW 2018/2, 402 Rz.150, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2010/1, 119 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

Betrieb einer KVA (insb. Bewilligungspflichten). Hinzu kommen Grössenvorteile der bereits bestehenden KVA. Andererseits müssten neue KVA hohe Anfangsinvestitionen tätigen, welche bei einem allfälligen Scheitern zu hohen «sunk costs» führen würden. Solche Marktaustrittsschranken verhindern einen Eintritt von neuen KVA in den Markt.⁵⁴ Die derzeitigen Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken sind folglich hoch.

83. Insgesamt teilen sich fünf *bestehende* und durch die kantonale Regulierung zugelassene KVA den Markt für Siedlungsabfall im Kanton Zürich und unter diesen KVA kann in der «gebundenen» Phase potentieller Wettbewerb herrschen. Mit andern Worten werden aus den aktuellen Konkurrenten in der Antragsphase potentielle Konkurrenten in der «gebundenen» Phase.

84. In Kapitel B. 3.2 wurde dargelegt, dass die vier Konkurrenten der Limeco in der Antragsphase keine starken (aktuellen) Konkurrenten darstellen (bzw. zumindest nicht stark genug, um der Limeco eine marktmächtige Stellung abzusprechen). Dieser Befund gilt umso mehr für die die «gebundene» Phase, in welcher die vier Konkurrenten den einzig bestehenden potentiellen Wettbewerb bilden. Demnach muss zwar auch in der «gebundenen» Phase davon ausgegangen werden, dass ab zwei bis drei Jahre vor der Antragsphase eine gewisse disziplinierende Wirkung durch den potentiellen Wettbewerb besteht, diese Wirkung aber nicht ausreichend gross ist, um eine marktmächtige Stellung der Limeco zu verneinen.

85. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass lediglich geringer potentieller Wettbewerb in der «gebundenen» Phase besteht. Dieser Wettbewerb ist auf die von der kantonalen Regulierung eingebundenen KVA beschränkt und wird gegen die Antragsphase hin intensiviert. In der Antragsphase besteht kein potentieller Wettbewerb. Vorbehaltlich der nachfolgenden Prüfung der Stellung der Marktgegenseite muss somit in beiden Phasen von einer marktmächtigen Stellung der Limeco gemäss Art. 2 PüG ausgegangen werden.

B.3.4 Stellung der Marktgegenseite

86. Die Regulierung führt dazu, dass die Stellung der Marktgegenseite über die Zeit ändert. Den Gemeinden steht es grundsätzlich bei jeder neuen Zuordnung frei, mit einem entsprechenden Antrag die KVA zu wechseln, falls sie mit dem Preis oder der Dienstleistung nicht zufrieden sind. Jedoch gelingt es den Gemeinden nur dann ernsthaft Druck auf die KVA auszuüben und so eine starke Marktstellung einzunehmen, wenn auch tatsächlich ein Wechsel zu einer andern KVA wahrscheinlich ist.

87. Langfristige Verpflichtungen und Zweckverbände spielen eine wichtige Rolle, weshalb die Gemeinden demgemäss in verschiedene Gemeindegruppen aufzuteilen sind. Es sind dabei nicht nur die Gemeinden des faktischen Einzugsgebietes der Limeco, sondern alle Gemeinden des potentiellen Einzugsgebietes der Limeco in die Beurteilung aufzunehmen. Die Gemeinden des potentiellen Einzugsgebietes, welche aktuell bei einer andern KVA entsorgen, sind schliesslich auch mögliche Kundinnen der Limeco, welche in der nächsten Antragsperiode über einen tieferen Preis abgeholt werden könnten. Zur Gebundenheit der Nicht-Kundinnen der Limeco

liegen der WEKO jedoch keine Informationen der PUE vor, weshalb nachfolgend nur soweit möglich auf diese eingegangen werden kann.

88. Es sind folgende Gemeindegruppen zu unterscheiden:

- Trägergemeinden der Limeco,
- Gemeinden mit langjährigen Verträgen mit der Limeco,
- Gemeinden, welche einem Zweckverband angehören,
- Gemeinden ohne Bindung (d.h. ohne langjährige Verträge oder Zugehörigkeit zu einem Zweckverband), und
- Restliche Gemeinden.

B.3.4.1 Trägergemeinden der Limeco

89. Es gibt im faktischen Einzugsgebiet der Limeco die sog. Trägergemeinden⁵⁵, welche Eigentümerinnen der Limeco sind. Sie sind aufgrund der Kündigungsbedingungen gemäss Art. 39 des Gründungsvertrags der Limeco langfristig gebunden: Eine Kündigung vor 2040 ist nicht möglich, da eine Bindung von 30 Jahren seit Inkrafttreten (13. Januar 2010) vertragsgemäss vorgesehen ist. Folglich muss die Limeco bei einer Neuordnung nicht damit rechnen, dass die Trägergemeinden zu einer andern KVA wechseln. Die Trägergemeinden haben somit keine disziplinierende Wirkung auf die Limeco. Im Gegenteil, die Marktmacht der Limeco wird sogar erhöht, da die Limeco mit dem Siedlungsabfall der Trägergemeinden auf lange Frist rechnen kann. Im Übrigen ist unabhängig von Kündigungsfristen fraglich, ob von den Eigentümergeinschaften Wettbewerbsdruck zu erwarten ist, da tiefe Preise quasi den «eigenen» Umsatz reduzieren.

B.3.4.2 Langfristige Vertragsgemeinden mit der Limeco

90. Zu den Kündigungsbedingungen der Gemeinden⁵⁶, welche mit der Limeco bilateral langfristige Verträge über die Entsorgung ihres Siedlungsabfalles abgeschlossen haben, besitzt die WEKO keine detaillierten Informationen. Sie geht jedoch davon aus, dass eine vorzeitige Vertragsauflösung mit finanziellen Einbussen einhergeht, was einen tatsächlichen Wechsel unwahrscheinlich macht, weshalb dasselbe gilt wie für die Trägergemeinden: Die Stellung der langfristigen Vertragsgemeinden ist schwach und verstärkt entsprechend die Marktposition der Limeco.

⁵⁴ Vgl. Befundpapier, Kapitel 4.2.1 Marktzutrittsschranken/Marktaustrittsschranken.

⁵⁵ Gemeinden Dietikon, Geroldswil, Oberengstringen, Oetwil a.d.L., Schlieren, Unterengstringen, Urdorf und Weiningen.

⁵⁶ Gemeinden Aesch, Birmensdorf, Boppelsen, Buchs, Dällikon, Hüttikon, Otelfingen und Regensdorf. Entgegen den Ausführungen der PUE (Befundpapier, Kapitel 3.2.2 Zuweisungsprozess/KVA Dietikon, S. 9) hat die Gemeinde Dänikon wohl doch keinen langfristigen Vertrag mit der Limeco abgeschlossen, da diese offenkundig ab 2019 nicht mehr der Limeco zugeordnet ist.

B.3.4.3 Gemeinden mit Zugehörigkeit zu einem Zweckverband

91. Den Gemeinden steht es offen, sich für gewisse Aufgaben (z.B. im Bereich der Abfallentsorgung resp. insbesondere beim Einsammeln der Siedlungsabfälle) in Zweckverbänden zu organisieren. Zweckverbände haben gegenüber der eigenständigen Organisation und Durchführung den Vorteil, dass Synergien und Grössenvorteile genutzt werden können.

92. Einerseits ist es möglich, dass ein Zweckverband als Gesamtes die KVA wechselt. Die Zweckverbände treten am Markt im Vergleich zu den einzelnen Gemeinden als stärkere Marktgegenseite auf, da sie ein grösseres Gebiet und somit grössere Siedlungsabfallmengen umfassen als eine einzelne Gemeinde. Verliert eine KVA einen Zweckverband an eine andere KVA, so stellt dies einen viel grösseren Verlust für die KVA dar, als wenn eine einzelne Gemeinde wegwechselt.

93. Andererseits steht es jeder einzelnen Gemeinde offen aus einem Zweckverband auszutreten und im Alleingang zu einer anderen KVA zu wechseln. Ein Wechsel im Alleingang hat zur Konsequenz, dass die gesamten Dienstleistungen des Zweckverbandes dahinfallen. Kann sich die Gemeinde nicht einem anderen Zweckverband angliedern, so müssten die Ersparnisse aus dem tieferen Verbrennungspreis der alternativen KVA die höheren Kosten für das eigenständige Einsammeln des Abfalls überwiegen. Nur dann lohnt sich ein Wechsel für eine einzelne Gemeinde. Dies führt dazu, dass Zweckverbandsgemeinden auf dem Markt träger agieren, als Gemeinden, welche in keinem Zweckverband organisiert sind.

94. Im faktischen Einzugsgebiet der Limeco besteht die interkommunale Anstalt DILECA als Zweckverband. Insgesamt 13 Gemeinden⁵⁷, seit 2019 zusätzlich die Gemeinde Stallikon, sind der DILECA angegliedert. Im potentiellen Einzugsgebiet der Limeco gibt es die Zweckverbände KEZO, KEWY und KOWU. Der Zweckverband KEZO umfasst seit 1988 die zum potentiellen Einzugsgebiet der Limeco gehörenden Gemeinden Maur und Zollikon. Diese sind jedoch nicht Mitglied des KEZO-Sammeldienstes (quasi ein zusätzlicher Transportverbund innerhalb des Zweckverbandes). Dem Zweckverband KEWY gehören aus dem potentiellen Einzugsgebiet der Limeco alle Gemeinden des Bezirks Andelfingen (exkl. Feuerthalen und Flurlingen) an. Zum Zweckverband KOWU gehören aus dem potentiellen Einzugsgebiet der Limeco die Gemeinden Altikon, Brütten, Dägerlen, Dättlikon, Dinhard, Ellikon a.d. Thur, Hettlingen, Neftenbach, Pfungen, Rickenbach und Seuzach an.

95. Da der Zweckverband KEZO die KVA Hinwil betreibt, ist ein Wechsel des gesamten Zweckverbandes zu einer anderen KVA unwahrscheinlich. Dies trifft wohl auch auf die DILECA zu, da diese gemäss ihrer Website «mittels geleisteten Bürgschaften auch Mitinhaberin der genannten Anlage [Limeco]»⁵⁸ ist. Die disziplinierende Wirkung gegenüber der Limeco ist folglich begrenzt. Einzig für die Zweckverbände KEWY und KOWU als Ganzes erscheint ein Wechsel denkbar. Aufgrund der gemeinsamen Beschlussfassung ist jedoch davon auszugehen, dass die Zweckverbände als Gesamtes in ihrem Wechselverhalten träge sind.

96. Den einzelnen Gemeinden steht in absehbarer Frist eine Kündigungs- bzw. Austrittsmöglichkeit aus den Zweckverbänden offen⁵⁹. Aufgrund des Verlustes der Vorteile des Zweckverbandes bei Austritt ist ein Wechsel im Alleingang jedoch nur bedingt wahrscheinlich. Da die beiden Gemeinden des Zweckverbandes KEZO nicht Teil des Sammeldienstes sind, ist fraglich, welche Vorteile ihnen durch einen Wechsel bzw. Austritt aus dem Zweckverband entfielen. Es wird angenommen, dass Vorteile verloren gehen würden, diese aber weniger erheblich sind, als bei Gemeinden, welche von einem Sammeldienst profitieren. Insgesamt ist die disziplinierende Wirkung gegenüber den KVA der einzelnen Gemeinden eingeschränkt.

B.3.4.4 Gemeinden ohne langfristige Bindung

97. Mit «Gemeinden ohne Bindung» sind Gemeinden gemeint, welche weder einen langjährigen Vertrag abgeschlossen haben noch einem Zweckverband angehören. Aus dem faktischen Einzugsgebiet der Limeco gehört lediglich die Gemeinde Uitikon in diese Gruppe.

98. Betreffend das Verhalten dieser Gemeinden kann festgestellt werden, dass nur wenige der total 162 Gemeinden des Kantons Zürich von der Möglichkeit eines KVA-Wechsels Gebrauch machen: Nach einer einigermaßen regen Wechseltätigkeit in der ersten Phase⁶⁰, kam es in den weiteren Phasen fast zu keinen Wechseln mehr⁶¹. Die Gründe dafür sind nicht klar ersichtlich, könnten jedoch in der fehlenden Erfahrung der Gemeinden mit dem «neuen» Flexibilisierungsmodell und dem langjährigen (Vertrauens-)Verhältnis der Gemeinden zu einer bestimmten KVA liegen. Dieses beobachtete träge Kundenverhalten der Gemeinden ohne langfristige Bindung stützt die Position der Limeco in der Antragsphase, da kein grosser Wechsel von den Kundinnen zu erwarten ist.

B.3.4.5 Restliche Gemeinden

99. Gemeinden, welche weder dem faktischen Einzugsgebiet der Limeco noch einem Zweckverband angehören, werden in diesem Gutachten als «restliche Gemeinden» behandelt. Im Befundpapier der PUE sind keine Informationen in Bezug auf deren vertragliche Gebundenheit zu den jeweiligen KVA enthalten. Prinzipiell ist

⁵⁷ Gemeinden Affoltern am Albis, Augst am Albis, Bonstetten, Hausen am Albis, Hedingen, Kappel am Albis, Knonau, Maschwanden, Mettmenstetten, Oberfelden, Ottenbach, Rifferswil und Wettswil am Albis.

⁵⁸ Z. B. für die DILECA einsehbar unter: <<https://www.dileca.ch/abfallentsorgung.php>> (28.5.2019).

⁵⁹ DILECA: einjährige Kündigungsfrist gemäss Art. 32 des Gründungsvertrages; KEZO: Kündigungsmöglichkeit nach Ablauf von 25 Jahren nach dem Beitritt unter Wahrung einer Frist von drei Jahren auf das Ende eines Kalenderjahres; KEWY: zweijährige Kündigungsfrist auf das Jahresende; KOWU: Kündigungsmöglichkeit nach Ablauf von fünf Jahren nach dem Beitritt unter Wahrung einer Frist von zwei Jahren auf das Jahresende.

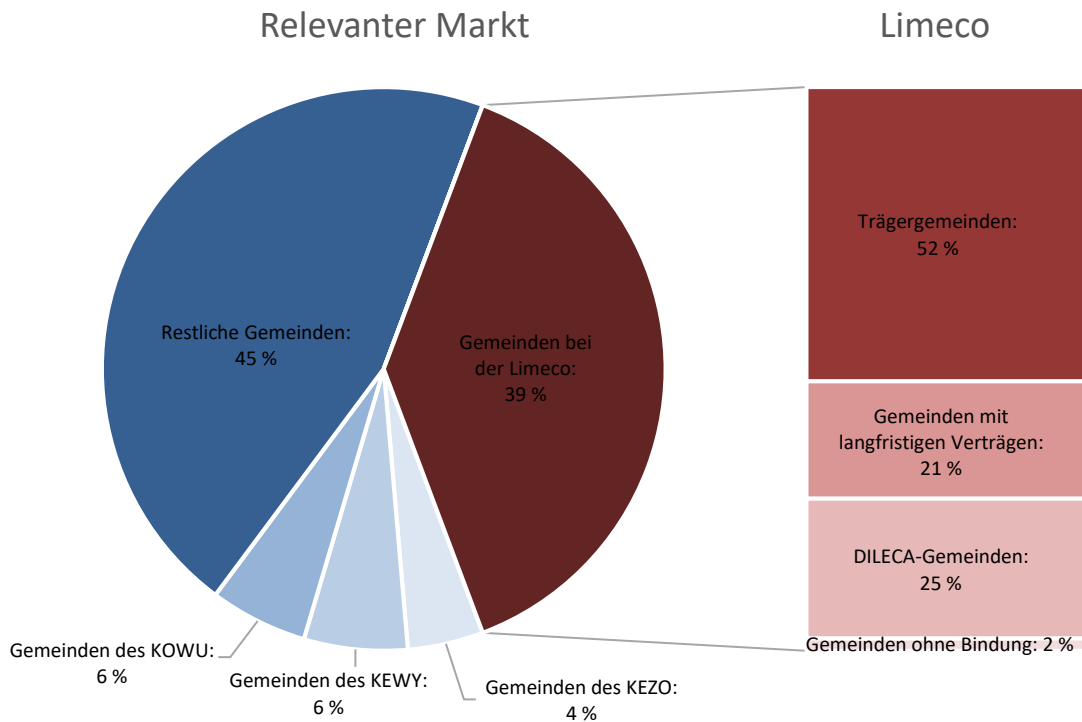
⁶⁰ Periode 2004–2008: 19 Wechsel im gesamten Kanton Zürich (keine Angaben zu den Wechseln bzgl. Limeco vorhanden).

⁶¹ Periode 2009–2013: insgesamt fünf Wechsel (keine Angaben zu den Wechseln bzgl. Limeco vorhanden); Periode 2014–2018: insgesamt zwei bzw. betreffend Limeco einen Wechsel (Zugang der Gemeinde Uitikon zum faktischen Einzugsgebiet der Limeco vom KHKW Stadt Zürich); Periode 2019–2023: insgesamt drei bzw. betreffend Limeco zwei Wechsel (Zugang der Gemeinde Stallikon zum faktischen Einzugsgebiet der Limeco von der KVA Hagenholz und Abgang der Gemeinde Dänikon an die KVA Hagenholz).

es möglich, dass diese restlichen Gemeinden langfristig oder nicht langfristig gebunden sind – einzig klar ist, dass diese keinem Zweckverband angehören. Umso mehr Gemeinden ohne langfristige Bindung unter diesen restlichen Gemeinden sind, desto stärker ist die Stellung der Marktgegenseite und somit desto schwächer jene von Limeco.

B.3.4.6 Vergleich der Gemeindegruppen und Fazit

100. Die nachfolgende Grafik zeigt die Abfallmengenanteile der einzelnen Gemeindegruppen im relevanten Markt (% von Total) und im faktischen Einzugsgebiet der Limeco (% von Limeco):



101. Rund 39 % der Gemeinden der Marktgegenseite entsorgen gegenwärtig bei der Limeco. Von den aktuell bei der Limeco entsorgenden Gemeinden sind 52 % Trärgemeinden, welche durch den Gründungsvertrag bis 2040 gebunden sind, und 21 % der Gemeinden haben langfristige Verträge mit der Limeco. Diese Gemeinden sind somit über lange Zeit an die Limeco gebunden und werden die KVA aufgrund der vertraglichen Bindung in dieser Zeit nicht wechseln. Zudem sind weitere 25 % der Gemeinden dem Zweckverband DILECA angeschlossen. Wie ausgeführt⁶², ist die DILECA als Ganzes aufgrund der Bürgerschaft an die Limeco wohl gebunden und wird daher nicht wechseln. Auch die einzelnen Gemeinden werden wohl nicht im Alleingang die KVA wechseln, da dadurch viele Vorteile aus dem Zweckverband verloren gehen. Lediglich die Gemeinde Uitikon (2 % der Abfallmenge im faktischen Einzugsgebiet der Limeco) ist ungebunden und kann zu einer andern KVA wechseln. Dies zeigt auf, dass die Limeco eine extrem starke Stellung gegenüber der Mehrheit ihrer aktuellen Kundinnen hat, da diese an die Limeco gebunden sind und über längere Zeit nicht ausweichen können.

102. Gegenwärtig entsorgen rund 61 % der Gemeinden der Marktgegenseite bei einer andern KVA als der Limeco. 16 % sind in den Zweckverbänden KEZO, KEWY und KOWU organisiert. Ein Wechsel des ganzen

Zweckverbandes zu einer andern KVA ist bei den Zweckverbänden KEWY und KOWU möglich. Beim Zweckverband KEZO ist dies jedoch nicht wahrscheinlich, da diese die KVA Hinwil betreibt. Von einem Wechsel einer einzelnen Gemeinde zu einer andern KVA ist, wie oben erläutert⁶³, eher nicht auszugehen. Die Gruppe der «restlichen Gemeinden», bei welchen unklar ist, ob diese langfristig gebunden sind oder nicht, ist mit einem Anteil von 45 % gross. Das träge Kundenverhalten der Vergangenheit lässt jedoch mutmassen, dass kein entscheidender Wettbewerbsdruck durch diese restlichen Gemeinden entsteht.

⁶² Vgl. Kapitel B.3.4.3 Gemeinden mit Zugehörigkeit zu einem Zweckverband.

⁶³ Vgl. Kapitel B.3.4.3 Gemeinden mit Zugehörigkeit zu einem Zweckverband.

103. Zusammenfassend führen die vertraglichen Verpflichtungen und Abhängigkeiten von Zweckverbänden der meisten Gemeinden im potentiellen Einzugsgebiet der Limeco sowie der Umstand der Zweckverbände DILECA und KEZO, welche nicht als Ganzes die KVA wechseln werden, zu einer gewissen Kundenträgheit. Ungebundene Gemeinden, Zweckverbandsgemeinden im Alleingang und die Zweckverbände KEWY und KOWU als Gesamtes können die KVA wechseln. Die Marktgegenseite kann aufgrund der vorangehenden Ausführungen insgesamt als eher schwach eingestuft werden.

B.3.4.7 Exkurs: Preisgestaltung

104. Die Menge an zu verwertenden Siedlungsabfällen ist durch die fünfjährige fixe Zuordnung und das Verhalten der Verbraucher und Verbraucherinnen, welches weder durch die Gemeinden noch durch die Limeco beeinflusst werden kann, bestimmt. Für die Bestimmung der aktuellen Marktstellung der Limeco ist daher auch entscheidend, ob die Limeco den Einheitspreis⁶⁴ während der Vertragsdauer einseitig erhöhen kann. Kann die Limeco den Preis zwischen zwei Zuordnungsperioden ohne Mitspracherecht der Gemeinden erhöhen, stärkt dies zusätzlich die Marktposition der Limeco und schwächt die Stellung der Marktgegenseite. In den zugestellten Unterlagen wird lediglich festgehalten, dass die Geschäftsleitung der Limeco den Annahmepreis für den Siedlungsabfall festsetze. Wie dieser Preis gesetzt wird, ob Verhandlungsspielraum besteht und ob dieser Preis in der «gebundenen» Phase unter gewissen Umständen angepasst werden kann, bleibt offen.⁶⁵

B.3.4.8 Ergebnis

105. Die Marktposition der Limeco verändert sich über einen Zuordnungszyklus von fünf Jahren kontinuierlich und kann grob in zwei Phasen unterteilt werden.

106. Die Antragsphase findet kurz vor der Zuordnung der Gemeinden zu einer KVA statt. Die Gemeinden können in ihren Anträgen an den Regierungsrat, welcher die Zuordnung beschliesst, einen Wechsel zu einer anderen KVA oder den Verbleib bei der bisherigen KVA beantragen. Die Marktposition der Limeco ist somit in der Antragsphase am schwächsten, da die Gemeinden die tatsächliche Wahl zwischen den drei ihnen offenstehenden KVA haben. Die Limeco hat einen Marktanteil von 39 % und steht mit einer gleich starken (KVA Hagenholz), einer etwas schwächeren (KVA Winterthur) und zwei sehr schwachen KVA (KVA Hinwil und KVA Horgen) in Konkurrenz. Potentieller Wettbewerb herrscht in dieser Phase aufgrund der kantonalen Abfallplanung nicht.

107. Anders ist dies in der «gebundenen» Phase, welche unmittelbar nach der Zuordnung der Gemeinden zu einer KVA bis zur Antragsphase dauert. Es besteht kein aktueller Wettbewerb. Der potentielle Wettbewerb, welcher aufgrund der Regulierung auf die vier KVA des aktuellen Wettbewerbs in der Antragsphase beschränkt ist, spielt ab zwei bis drei Jahren vor erneuter Antragsphase und wird gegen diese Antragsphase hin intensiver.

108. Unsere Analyse der Marktgegenseite hat gezeigt, dass die Mehrheit der Kundinnen der Limeco langfristig

vertraglich gebunden ist und rund ein Viertel der Gemeinden im Zweckverband DILECA organisiert sind, welche durch eine Bürgerschaft wohl ebenso an die Limeco gebunden ist. Auch bei Nicht-Kundinnen der Limeco spielen Zweckverbände, namentlich die KEZO, die KEWY und die KOWU, eine Rolle. Im Alleingang steht es den Gemeinden, welche einem dieser Zweckverbände angehören, immer offen zu einer andern KVA zu wechseln. Ein Wechsel als gesamter Zweckverband ist bei der KEWY und KOWU möglich, jedoch betreffend die KEZO als Betreiberin der KVA Hinwil eher nicht zu erwarten. Für die ungebundenen Gemeinden gilt die Wahlfreiheit in der Antragsphase. Zu diesen ungebundenen Gemeinden gehört die Gemeinde Uitikon und vermutlich auch (ein Teil) der restlichen Gemeinden, welche weder zum faktischen Einzugsbiet noch zu einem Zweckverband gehören. Zu diesen restlichen Gemeinden liegen der WEKO jedoch nicht genügend Informationen für eine abschliessende Beurteilung vor. Grundsätzlich wird beobachtet, dass die Gemeinden eher träge in ihrem Wechselverhalten sind.

109. In der Gesamtheit geht die WEKO davon aus, dass der potentielle Wettbewerb in der «gebundenen» Phase, der aktuelle Wettbewerb in der Antragsphase sowie die Stellung der Marktgegenseite nicht genügend gross ist, um einen disziplinierenden Einfluss auf die Limeco zu erwirken. Gestützt auf diese Ausführungen und die Angaben der PUE ist die Limeco daher im abgegrenzten Markt als marktmächtig im Sinne von Art. 2 PÜG zu qualifizieren.

B.4 Wirksamkeit des Wettbewerbs

110. Nachfolgend wird geprüft, ob die Verbrennungspreise der Limeco für die Entsorgung von Siedlungsabfall Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind. Zum Begriff des wirksamen Wettbewerbs wird in Art. 12 Abs. 2 PÜG ausgeführt, dass dieser insbesondere besteht, «wenn die Abnehmer die Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen». Diese Umschreibung des wirksamen Wettbewerbs als Ausdruck der Substitutions- oder Ausweichmöglichkeit für den Absatz oder Bezug von Gütern oder Dienstleistungen entspricht wirtschaftstheoretischen Überlegungen und den Grundlagen des Kartellgesetzes.⁶⁶ Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs gemäss PÜG bezieht sich – im Gegensatz zum Kartellgesetz – einzig auf die Auswirkungen für die Preisbildung.⁶⁷ Art. 12 Abs. 2 PÜG gibt keine abschliessende Definition von wirksamen Wettbewerb, sondern enthält lediglich die oben genannte Umschreibung.⁶⁸

⁶⁴ Aus dem Befundpapier der PUE geht hervor, dass der Preis für die Zürcher Gemeinden CHF 150.–/t Siedlungsabfall beträgt. Die WEKO nimmt an, dass es sich dabei um einen Einheitspreis handelt.

⁶⁵ Vgl. Marktbeschreibung, Kapitel 4.4 Preise der Limeco.

⁶⁶ Vgl. ADRIAN KÜNZLER/ROGER ZÄCH, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Art. 12 PÜG N 4 und 7.

⁶⁷ KÜNZLER/ZÄCH, in: OFK-Wettbewerbsrecht II (Fn 66), Art. 12 PÜG N 6.

⁶⁸ Vgl. JACQUES BONVIN/OLIVIER SCHALLER, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 12 PÜG N 14ff.

111. Zur Frage, ob Limeco wirksamem Wettbewerb ausgesetzt ist, führt die PUE generell aus, dass Marktbeherrschung wirksamen Wettbewerb per se ausschliesse. Falls sich ein Unternehmen von anderen Marktteilnehmern in wesentlichen Umfang unabhängig verhalten könne, sei es offensichtlich gerade keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt. Deshalb sei bei Bejahung von Marktbeherrschung eine separate Prüfung der Frage nach dem wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 12 PüG überflüssig. Vor diesem Hintergrund kommt die PUE gestützt auf die Ausführungen zur Marktstellung von Limeco und zur Marktstruktur zum Schluss, dass die Verbrennungspreise der Limeco für die Entsorgung von Siedlungsabfall im Einzugsgebiet Dietikon⁶⁹ nicht das Resultat wirksamen Wettbewerbs sind.

112. Die PUE weist des Weiteren darauf hin, dass die im Vergleich tieferen Preise für die Entsorgung von Siedlungsabfall anderer KVA sowie die tieferen Preise für die Entsorgung von Marktkehricht der Limeco starke Indizien seien, dass die Verbrennungspreise der Limeco für die Entsorgung von Siedlungsabfall der Zürcher Gemeinden überhöht seien und folglich nicht unter Wettbewerbsbedingungen erzielt wurden.

113. Gemäss Stellungnahme der Limeco ergeben sich die Verbrennungspreise aus dem Kostendeckungsprinzip gemäss Art. 32a USG und den kantonalrechtlichen Vorgaben. Es erscheine daher müssig, darüber zu spekulieren, ob auf einem nicht regulierten Markt die gleichen Preise zu erzielen wären.

B.4.1 Beurteilung nach Art. 12 PüG

114. Wie festgestellt⁷⁰ besitzt die Limeco in der Antragsphase, welche die Phase mit dem stärksten Wettbewerb darstellt, auf dem relevanten Markt über Marktmacht im Sinne von Art. 2 PüG. Nachfolgend werden die Substitutionsoptionen der Gemeinden im potentiellen Einzugsgebiet geprüft, um zu beurteilen, ob von der Marktgegenseite der Limeco bezahlte Preis das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs ist oder nicht.

115. Damit eine Substitutionsmöglichkeit gemäss Art. 12 PüG besteht, müssen grundsätzlich drei Voraussetzungen bejaht werden:

- Alternative Bezugsquellen, d.h. andere Anbieter, müssen auf dem betreffenden Markt vorhanden sein;
- das Angebot dieser Anbieter hat den Kriterien der Vergleichbarkeit insbesondere mit Bezug auf die Bedingungen für Preis und Qualität zu entsprechen;
- die Gemeinden sollen das alternative Angebot ohne erheblichen Aufwand, d.h. in zumutbarer Weise, beziehen können.⁷¹

116. Entscheidend ist dabei nicht die isolierte Betrachtung dieser einzelnen Aspekte, sondern stets die Gesamtwürdigung aller Umstände. Auch wenn Aspekte je für sich alleine betrachtet die Substituierbarkeit nicht ausschliessen können, so können sie in der Gesamtheit dazu führen, dass das alternative Angebot nicht als vergleichbar im Sinne von Art. 12 PüG angesehen wird.⁷² Es ist zudem auf die durchschnittliche Marktgegenseite abzustellen, da Substitutionsmöglichkeiten, die nur von

bestimmten Gemeinden als mögliche Alternative betrachtet werden, noch nicht zu einem wirksamen Wettbewerb führen. Vielmehr muss das Alternativangebot aus Sicht der durchschnittlichen Marktgegenseite gleichwertig sein. Es entsteht kein Wettbewerbsdruck, wenn bloss einzelne Gemeinden einen Wechsel anstreben.⁷³

117. Zu den alternativen Bezugsquellen: Das Flexibilisierungsmodell gibt jeder Zürcher Gemeinde die Möglichkeit, alle fünf Jahre zwischen den drei nächstgelegenen KVA zu wählen. Diese Wahlmöglichkeit wird jedoch durch die rechtlichen Rahmenbedingungen stark eingeschränkt (lange Verpflichtungsdauer, nur drei KVA zur Auswahl, davon keine ausserkantonale KVA).

118. Zur Vergleichbarkeit des Angebots: Die KVA im Flexibilisierungsmodell bieten gemäss Angaben der PUE allesamt dieselbe Dienstleistung zu einem höchstens gleich hohen, vermutlich tieferen Preis⁷⁴ an.

119. Die Voraussetzung der Substitutionsmöglichkeit «ohne erheblichen Aufwand» stellt auf die Zumutbarkeit ab. Das (alternative) Angebot soll räumlich und zeitlich ohne besondere Umstände verfügbar sein. Der Aufwand der Gemeinden, davon Gebrauch zu machen, hat somit in einem zumutbaren Verhältnis zum Vorteil zu stehen, der ihr daraus erwächst.⁷⁵ Die rechtlichen Rahmen- und Vertragsbedingungen der Gemeinden spielen dabei eine entscheidende Rolle. Daher ist es sinnvoll analog zu Kapitel 3.4 zwischen den Trägergemeinden, den langjährigen Vertragsgemeinden, den Gemeinden mit Zugehörigkeit zu einem Zweckverband und den Gemeinden ohne langfristige Bindung zu unterscheiden und die jeweiligen Ausweichmöglichkeiten der Gemeinden im potentiellen Einzugsgebiet⁷⁶ der Limeco während der Antragsphase zu beurteilen.

120. Langjährig gebundene Gemeinden des faktischen Einzugsgebietes, sowohl durch bilaterale Verträge als auch Trägergemeinden, haben keine zumutbare Wahlmöglichkeit im Sinne von Art. 12 PüG bei der Entsorgung ihres Siedlungsabfalles, da wie vorangehend ausgeführt⁷⁷ ein Ausweichen ohne erheblichen Aufwand durch die vertraglichen Kündigungsbedingungen weitgehend ausgeschlossen wird.

⁶⁹ Hier ist unserer Ansicht nach das «faktische Einzugsgebiet» gemeint, d.h. alle Zürcher Gemeinden, welche in der Periode 2014–2018 tatsächlich bei der Limeco entsorgt haben.

⁷⁰ Vgl. dazu Kapitel B.3.5 Ergebnis.

⁷¹ Vgl. ROLF H. WEBER, in: OFK-Wettbewerbsrecht II (Fn 66), Art. 12 PüG N 24.

⁷² BGE 130 II 449, E. 5.7.3.

⁷³ Vgl. BGE 130 II 449, E. 5.7.4.

⁷⁴ Im Befundpapier (Kapitel 4.1.1 Marktanteil, Marktanteilsverteilung) steht, dass die Limeco den zweithöchsten Verbrennungspreis in der Deutschschweiz verlange, nur Trimmis (Graubünden) habe noch einen höheren Preis. Daraus kann geschlossen werden, dass die alternativen Anbieter im Kanton Zürich zu tieferen Preisen anbieten.

⁷⁵ Vgl. WEBER, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, (Fn. 66), Art. 12 PüG N 28 (m.w.H.).

⁷⁶ Zur Dauer der Verträge der Nicht-Kunden der Limeco liegen der WEKO keine Informationen der PUE vor, weshalb hier nicht umfassend auf diese eingegangen werden kann.

⁷⁷ Vgl. Kapitel 3.4.1 Trägergemeinden und Kapitel 3.4.2 Langfristige Vertragsgemeinden.

121. Bei den Gemeinden, welche einem Zweckverband angehören, muss gemäss den obigen⁷⁸ Ausführungen zwischen den einzelnen Gemeinden der Zweckverbände DILECA, KEZO, KEWY und KOWU und den Zweckverbänden als Ganzes unterschieden werden. Ersteren steht zwar in absehbarer Frist eine Kündigungsmöglichkeit offen. Eine Kündigung des Zweckverbandes und ein Wechsel zu einer anderen KVA ist aber immer mit einem Verlust der Vorteile aus dem Zweckverband verbunden und stellt daher keine zumutbare vergleichbare Wahlmöglichkeit gemäss Art. 12 PüG für die einzelne Gemeinde dar. Ein Wechsel der Zweckverbände als Ganzes ist lediglich bei den Zweckverbänden KEWY und KOWU ohne erheblichen Aufwand denkbar. Die Zweckverbände KEZO und DILECA sind Betreiber bzw. Mitglied einer KVA, weshalb ein Wechsel zu einer anderen KVA des gesamten Zweckverbandes faktisch unwahrscheinlich ist.

122. Den Gemeinden ohne langfristige Bindung stehen zumutbare vergleichbare Wahlmöglichkeiten offen, denn diese können gemäss dem Flexibilisierungsmodell zwischen drei KVA wählen. Diese Gemeindegruppe stellt jedoch einen vernachlässigbar kleinen Teil der gesamten Marktgegenseite dar.⁷⁹

123. Die WEKO kommt somit vorliegend zum Schluss, dass die Verbrennungspreise der Limeco für die Entsorgung von Siedlungsabfall für Zürcher Gemeinden nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs in Sinne von Art. 12 PüG sind, da auf dem Markt keine Disziplinierung der Limeco erfolgt. Der wirksame Wettbewerb ist eingeschränkt aufgrund der gesetzlichen Regulierungen und der Ausgestaltung des Flexibilisierungsmodells. Diese Ansicht wird durch den Preisvergleich mit den Verbrennungspreisen für Marktkehricht und den Verbrennungspreisen für Siedlungsabfall für Aargauer Gemeinden im nachfolgenden Kapitel untermauert.

B.4.2 Preisvergleiche als weiteres Indiz

124. Die anschliessenden Preisvergleiche erfolgen nicht im Rahmen einer Prüfung von Art. 13 PüG, sondern werden lediglich als Indizien im Rahmen von Art. 12 PüG herangezogen.

B.4.2.1 Verbrennungspreise für Siedlungsabfall von Zürcher Gemeinden vs. Marktkehricht

125. Neben den Siedlungsabfällen von Gemeinden bewertet die Limeco Marktkehricht, soweit es die Kapazitäten zulassen. Marktkehricht umfasst Abfälle, die von den Inhabern von grösseren Unternehmen zu entsorgen sind, d.h. nicht durch die Gemeinde. Dazu gehören Betriebs- und Produktionsabfälle, die in einer KVA verwertet werden, sowie ab 2019 auch Abfälle aus Unternehmen mit 250 oder mehr Vollzeitstellen, die mit Siedlungsabfällen vergleichbar sind. Die Zusammensetzung, die Menge, das Handling und die Logistik sind grundsätzlich identisch resp. im Minimum vergleichbar. Einzig davon auszunehmen ist Marktkehricht von Kleinkunden (z.B. Privatpersonen), da in diesem Fall der Prozess aufwendiger und somit teurer ist (insb. Abnahme und Abrechnung).

126. Für Marktkehrichtkunden ZAV⁸⁰ betrug der Preis im Jahr 2017 durchschnittlich CHF 118.–/t. Dies ist rund CHF 32.– weniger als der Preis für die Entsorgung von Siedlungsabfall von Zürcher Gemeinden. Es stellt sich die Frage, ob sachliche Gründe für diese Preisdifferenz vorliegen.

127. Die PUE führt in ihrem Befundpapier aus, dass die KVA in einer Konkurrenzsituation bezüglich der Annahme von «ZAV-Marktkehricht» stünden, welche sich in den tiefen Marktkehricht-Preisen widerspiegeln.

128. Die Limeco kritisiert, der Verbrennungspreis für Marktkehricht betrage durchschnittlich CHF 136.–/t. Gemäss der PUE⁸¹ beinhalte dieser von der Limeco vorgelegte Durchschnittspreis jedoch auch den Anteil an Marktkehricht von Kleinkunden, welcher gerade nicht vergleichbar sei mit dem Siedlungsabfall der Gemeinden, da wie oben erwähnt dieser Entsorgungsprozess teurer sei. Betreffend den Preisunterschied, welcher auch bei dem von ihnen behaupteten Durchschnittspreis von CHF 136.–/t immer noch CHF 14.–/t beträgt, bringt die Limeco hingegen keine Argumente vor.

129. Der Preisunterschied ist am ehesten auf den Umstand zurückzuführen, dass der Wettbewerb auf dem Markt für Marktkehricht intensiver ist und die Marktmacht der Limeco entsprechend diszipliniert wird. Die Limeco steht einerseits mit den ZAV-KVA sowie auch anderen ausserkantonalen und ausländischen KVA (z.B. betreffend ausländischen Abfall) in direkter Konkurrenz. Beim Siedlungsabfall der Zürcher Gemeinden hingegen ist der Wettbewerb aufgrund der kantonalen Regulierung eingeschränkt. Andere Gründe für diese Preisdifferenzierung sind aufgrund der vorhandenen Informationen keine ersichtlich, da insbesondere das Prozedere für Marktkehricht mit jenem für Siedlungsabfall vergleichbar ist.

B.4.2.2 Verbrennungspreise für Zürcher vs. Aargauer Gemeinden

130. Art. 31b und 36 USG sowie Art. 4 VVEA auferlegen die Kompetenz zur Organisation und Sicherstellung der Entsorgung des Siedlungsabfalls den Kantonen. Dies führt zu kantonal unterschiedlichen Ausgestaltungen. Die Siedlungsabfallregulierung im Kanton Aargau lässt im Gegensatz zum Kanton Zürich eine ausserkantonale Entsorgung zu.⁸² Bei der Limeco entsorgen neben den Zürcher Gemeinden auch Aargauer Gemeinden, namentlich die Gemeinden Rudolfstetten (seit 1971), Spreitenbach (seit 1998), Widen (seit 2000) und Isisberg (seit 2014).

⁷⁸ Vgl. Kapitel 3.4.3 Gemeinden mit Zugehörigkeit zu einem Zweckverband.

⁷⁹ Vgl. Kapitel 3.4.4 Gemeinden ohne langfristige Bindung.

⁸⁰ Die Zürcher Abfallverwertung AG (ZAV) betreut vor allem grosse Unternehmen bei der Entsorgung ihrer Abfälle. Alle fünf KVA des Kantons Zürichs sind Mitglied der ZAV.

⁸¹ Telefonische Auskunft vom 22. Mai 2019.

⁸² Vgl. auch Kapitel B.2.1.1 Begrenzung auf Zürcher Gemeinden.

131. Der Marktbeschreibung der Limeco ist zu entnehmen, dass die Annahmepreise für die Zürcher Gemeinden CHF 150.–/t und für die Aargauer Gemeinden im Durchschnitt CHF 125.–/t betragen.⁸³ Es stellt sich somit auch hier die Frage, ob der Preisunterschied von CHF 25.–/t auf sachliche Gründe zurückzuführen ist.

132. Dieser Umstand wird weder von der PUE noch von der Limeco aufgegriffen. Aus dem Befundpapier der PUE und aus der Stellungnahme der Limeco ergeben sich sodann keine Hinweise, dass sich die Zusammensetzung der Siedlungsabfälle der beiden Kantone in irgendeiner Weise unterscheidet. Daher wird vorliegend angenommen, dass die Siedlungsabfälle des Kantons Aargau und des Kantons Zürich in sachlicher Hinsicht identisch sind und somit für die Verbrennung die gleichen Aufwände verursachen. Vorliegend sind somit keine sachlichen Gründe ersichtlich, warum die Zürcher und Aargauer Gemeinden, welche dieselbe Dienstleistung – nämlich die Verbrennung von Siedlungsabfällen – bei der Limeco nachfragen, unterschiedliche Preise zahlen.

133. Die konkreten der WEKO vorliegenden Umstände deuten darauf hin, dass die Preisdifferenzierung zwischen Zürcher und Aargauer Gemeinden der Limeco insbesondere auf der Regulierung des Kantons Zürich gründet, welche den wirksamen Wettbewerb um die Zürcher Gemeinden einschränkt. Bei den Aargauer Gemeinden ist die Limeco hingegen dem Wettbewerb mit andern KVA, insbesondere auch aus dem Kanton Aargau, ausgesetzt.

B.4.2.3 Fazit der Preisvergleiche

134. Die Preisdifferenzierungen zwischen den Verbrennungspreisen für Siedlungsabfall für Zürcher Gemeinden, den Verbrennungspreisen für Siedlungsabfall für Aargauer Gemeinden und den Verbrennungspreisen für Marktkehricht lassen darauf schliessen, dass der Wettbewerb betreffend den hier relevanten Markt eingeschränkt ist und Limeco deshalb höhere Preise als bei wirksamem Wettbewerb verlangen kann. Insbesondere gehen aus den Unterlagen keine Anhaltspunkte für sachliche Gründe hervor, welche diese Differenzierung plausibilisieren.

C Schlussfolgerungen

135. Die WEKO nimmt, gestützt auf den von der PUE übermittelten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, auf die beiden im Rahmen der vorliegenden Konsultation gemäss Art. 5 Abs. 4 PüG vorgelegten Fragen wie folgt Stellung:

136. Limeco verfügt auf dem relevanten Markt über Marktmacht im Sinne von Art. 2 PüG.

137. Die Verbrennungspreise der Limeco auf dem relevanten Markt sind nicht das Ergebnis wirksamen (Preis-)Wettbewerbs im Sinne von Art. 12 PüG.

⁸³ Marktbeschreibung, Kapitel 4.4 Preise der Limeco.

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Empfehlung der WEKO vom 27. Mai 2019 betreffend binnenmarktrechtskonformer Vollzug des Bundesgesetzes über die Gesundheitsberufe

Empfehlung der Wettbewerbskommission vom 27. Mai 2019 im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BGBM betreffend binnenmarktrechtskonformer Vollzug des Bundesgesetzes über die Gesundheitsberufe zuhanden der Gesundheitsdirektionen der Kantone

1 Übersicht

1. Am 30. September 2016 wurde das Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG) von den eidgenössischen Räten verabschiedet. Es soll Anfang 2020 in Kraft treten.¹ Das Gesundheitsberufegesetz regelt unter anderem den Marktzugang für ausgewählte Gesundheitsberufe. Für die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung sind die Kantone zuständig (vgl. Art. 11 ff. GesBG; sog. Vollzugsföderalismus). Sofern davon der interkantonale Dienstleistungsverkehr betroffen ist, bestehen Bezüge zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02). Dieses gewährleistet unter anderem, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Aufsichtsbehörde über das Binnenmarktgesetz ist die Wettbewerbskommission (WEKO). Sie überwacht die Einhaltung des Gesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Sie kann Bund, Kantone und Gemeinden Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben (Art. 8 Abs. 2 BGBM).

2. Aus dem Gesundheitsberufegesetz und der dazugehörigen Botschaft² geht nicht klar hervor, wie sich BGBM und GesBG zueinander verhalten. Dies dürfte zu divergierenden Auslegungsergebnissen und damit zu Unterschieden beim kantonalen Vollzug der im GesBG enthaltenen Bestimmungen zum interkantonalen Marktzugang führen. Wie zu zeigen sein wird, können solche Unterschiede unter Umständen gegen das Binnenmarktprinzip verstossen und sind aus diesem Grund problematisch. Die vorliegende Empfehlung klärt das Verhältnis zwischen BGBM und GesBG und legt damit die Grundlage für den binnenmarktrechtskonformen Vollzug des Gesundheitsberufegesetzes. Sie soll den kantonalen Vollzugsstellen eine Hilfestellung für die Gesetzesanwendung bieten.³

3. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission führte im Hinblick auf die Redaktion der Empfehlung Gespräche mit dem Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI, dem Bundesamt für Gesundheit BAG, dem Zentralsekretariat der Konferenz der kantona-

len Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) und dem Schweizerischen Roten Kreuz (SRK). Das SBFI und das BAG waren federführend bei der Ausarbeitung des GesBG. Die GDK ist Ansprechpartnerin und Koordinationsorgan für die Bundesgesetzgebung im Gesundheitsbereich und deren Vollzug durch die Kantone. Das SRK soll mit Inkrafttreten des GesBG diverse Vollzugskompetenzen erhalten. Insbesondere soll ihm die Führung des Gesundheitsberuferegisters übertragen werden.

4. Im Folgenden werden in einem ersten Schritt zunächst die binnenmarktrechtlichen Rahmenbedingungen erläutert (Kap. 2), gefolgt von einer kurzen Darstellung der im GesBG enthaltenen Marktzugangsregeln (Kap. 3). Anschliessend wird das Verhältnis zwischen dem Binnenmarktgesetz und dem Gesundheitsberufegesetz anhand der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgezeigt (Kap. 4) und es wird dargelegt, wie die Marktzugangsregeln des GesBG binnenmarktrechtskonform anzuwenden sind (Kap. 5). Schliesslich werden die Ergebnisse der wissenschaftlichen Auseinandersetzung als Empfehlungen an die kantonalen Vollzugsstellen aufgelistet (Kap. 6).

2 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

5. Im Folgenden werden die zentralen Regelungsinhalte des Binnenmarktgesetzes dargestellt. Dabei handelt es sich um den Grundsatz des freien Marktzugangs und das Herkunftsprinzip (Kap. 2.1). Beide Grundsätze gelten sowohl im nicht durch Bundesrecht harmonisierten (Kap. 2.1.1) als auch im bundesrechtlich harmonisierten Bereich (Kap. 2.1.2). Weiter stellt das BGBM Anforderungen an das Marktzugangsverfahren und verpflichtet die Behörden, der Wettbewerbskommission Entscheide, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergehen, unaufgefordert zuzustellen (Kap. 2.2).

¹ <https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/bildung/berufsbildungssteuerung-und-politik/projekte-und-initiativen/gesundheitsausbildungen/entwurf-zum-bundesgesetz-ueber-die-gesundheitsberufe.html> (13.05.2019).

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vom 18. November 2015, BBI 2015 8715.

³ Siehe auch die unveröffentlichte Empfehlung der WEKO vom 24. Februar 2014 zuhanden des Bundesrates zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (GesBG), mit welcher Empfehlungen hinsichtlich der Gesetzesredaktion gemacht wurden.

2.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

6. Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individualrechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang.⁴ Der Anspruch auf freien Marktzugang wird in Art. 2 Abs. 3 und 4 BGBM durch das sogenannte Herkunftsprinzip konkretisiert.⁵ Demnach hat jede Person das Recht, Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (sog. Dienstleistungsfreiheit). Massgebend sind dabei die Vorschriften, die im Kanton oder in der Gemeinde der Niederlassung des Anbieters zur Anwendung kommen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM). Gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM hat zudem jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstiniederlassung auszuüben (sog. gewerbliche Niederlassungsfreiheit). Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstiniederlassung aufgegeben wird.

2.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs im nicht harmonisierten Bereich

7. Im nicht durch Bundesrecht harmonisierten Bereich richtet sich der interkantonale Marktzugang neben dem Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 1-4 BGBM nach der in Art. 2 Abs. 5 BGBM verankerten Gleichwertigkeitsvermutung. Sie besagt, dass die kantonalen bzw. kommunalen Marktzugangsordnungen vermutungsweise als gleichwertig gelten. Diese Vermutung beruht auf der Überzeugung, dass sich das Schutzbedürfnis von Kanton zu Kanton nicht unterscheidet.⁶

8. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der kantonalen bzw. kommunalen Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die zuständigen Behörden des Bestimmungsorts⁷ können den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Das Binnenmarktrecht sieht diese Möglichkeit jedoch nur für den Fall vor, dass die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt werden kann.⁸ Der diesbezügliche Nachweis obliegt der zuständigen Behörde des Bestimmungsorts. Allein die Tatsache, dass am Bestimmungsort andere oder allenfalls strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung.⁹

9. Konnte die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt werden, ist dem ortsfremden Anbieter ohne Weiteres Marktzugang zu gewähren.¹⁰ Insbesondere dürfen die Behörden des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen (Rücküberprüfungsverbot). Konkret bedeutet dies, dass es den Behörden des Bestimmungsorts nicht gestattet ist, standardmässig die Einreichung von Nachweisen hinsichtlich der persönlichen oder fachlichen Eigenschaften zu verlangen, wie etwa Leumundszeugnis, Straf- oder Betreibungsregisterauszug, Fähigkeitsausweis usw.¹¹ Die Bewilligungsvoraussetzungen des Bestimmungsorts finden vorbehaltlich von Art. 3 Abs. 1 BGBM keine Anwendung, sodass auch keine Unterlagen zum

Nachweis dieser Voraussetzungen eingefordert werden dürfen. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, *wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen*, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.¹²

10. Konnte die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt werden, müssen die Behörden des Bestimmungsorts in Bezug auf jede einzelne Marktzugangsbeschränkung darlegen, inwiefern diese die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt, d. h. zum Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).¹³ Nicht verhältnismässig und damit unzulässig sind Beschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 2 BGBM von Gesetzes wegen, wenn (nicht abschliessend):

- der Schutz des öffentlichen Interesses bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird;
- die Nachweise und Sicherheiten, die der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;
- ein Sitz oder eine Niederlassung am Bestimmungsort verlangt wird;

⁴ NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, 2016, (zit. DIEBOLD, Freizügigkeit), N 1212 ff.; Ders., Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, S. 209 ff., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum BGBM, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011, Art. 2 BGBM N 1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 399 ff., N 34–43.

⁵ Zum Herkunftsprinzip siehe Urteil des BGer 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011 (Sanitätsinstallateur Thurgau); Urteil des BGer 2C_844/2008 vom 15.05.2009 (Komplementärmedizinische Therapeuten); BGE 135 II 12 (Psychotherapeut Zürich II); aus der Literatur z. B. Nicolas Diebold, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, S. 129 ff., 142 ff.; RPW 2012/2, 440 Rz 14 ff., WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur, (zit. WEKO-Empfehlung, Taxi).

⁶ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 20. November 2004, BBl 2005 465, 474.

⁷ Als «Bestimmungsort» wird im Binnenmarktrecht der Ort bezeichnet, wo ortsfremde Anbieterinnen ihre Leistung erbringen.

⁸ Vgl. BGE 135 II 12, E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II).

⁹ Zur Gerichtspraxis betreffend die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung siehe DIEBOLD, (Fn.4), N 1311 ff.

¹⁰ BGE 135 II 12, E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); Urteil des BGer 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011, E. 3.4 (Sanitätsinstallateur Thurgau); WEKO-Empfehlung (Fn 5), Taxi, 440, Rz. 17 f.

¹¹ BGE 123 I 313, E. 4b (RA Häberli): «Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist.»; so auch Urteil des BGer 2P.316/1999 vom 23. Mai 2000, E. 2d (Rechtsanwalt Waadt).

¹² Urteil des BGer 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010, E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12, E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); Urteil des BGer 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009, E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

¹³ DIEBOLD, (Fn 4), Freizügigkeit, N 189 ff.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, S. 377 ff., 378.

- der hinreichende Schutz durch die Berufserfahrung des ortsfremden Anbieters gewährleistet ist.

11. Beschränkungen, die nach Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM zulässig sind, dürfen sodann in keinem Fall eine verdeckte Marktzutrittsschranke zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten (Art. 3 Abs. 3 BGBM).

2.1.2 Grundsatz des freien Marktzugangs im harmonisierten Bereich

12. In verschiedenen Bereichen ist der Marktzugang materiell abschliessend durch Bundesrecht geregelt («harmonisiert») und wird von den Kantonen vollzogen (Vollzugsföderalismus). In der alltäglichen Verwaltungspraxis der Kantone lassen sich gewisse kantonale Unterschiede im Vollzug nicht vermeiden, was aus binnenmarktrechtlicher Perspektive dann problematisch sein kann, wenn sich diese kantonalen Divergenzen als Marktzugangsschranken auswirken. Dieses «atypische» Binnenmarktproblem¹⁴ bildet die *ratio legis* der anlässlich der Revision des BGBM von 2005 auf Vorschlag des Parlaments hin eingeführten Bestimmung in Art. 2 Abs. 6 BGBM. Hat demnach eine zuständige kantonale Vollzugsbehörde festgestellt, dass der Marktzugang für eine Ware, Dienst- oder Arbeitsleistung mit dem Bundesrecht übereinstimmt, oder hat sie den Marktzugang bewilligt, so gilt dieser Entscheid für die ganze Schweiz. Diese Regelung soll sicherstellen, dass bundesgesetzkonforme Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen frei zirkulieren können.¹⁵ Indem ein kantonaler Entscheid über die Zulassung schweizweit gilt, ist gewährleistet, dass im harmonisierten Bereich nicht durch kantonal unterschiedliche Auslegung und Anwendung von Bundesrecht neue Binnenmarktschranken aufgebaut werden.

13. Grundsätzlich ist somit ein kantonaler Zulassungsentscheid gemäss Art. 2 Abs. 6 BGBM für alle übrigen Kantone verbindlich. Die Behörde des Bestimmungskantons darf aufgrund von Art. 2 Abs. 6 BGBM nicht rücküberprüfen, ob die bundesrechtlichen Voraussetzungen für die Erstzulassung erfüllt waren bzw. noch immer erfüllt sind. Eine Rücküberprüfung der Bundesrechtskonformität ist in Analogie zur Praxis zu Art. 2 Abs. 5 BGBM (siehe dazu vorne Rz 9) höchstens dann angebracht, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Anbieterin die bundesrechtlichen Voraussetzungen aufgrund von neuen, nach dem ersten kantonalen Entscheid eingetretenen Ereignissen nicht mehr erfüllt, oder wenn die Behörde am Ort der Erstzulassung das Bundesrecht offensichtlich und krass falsch angewendet hat. Insofern die bundesrechtliche Vorschrift aber ein einheitliches Schutzniveau vorschreibt, bleibt für Marktzugangsbeschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM kein Raum.¹⁶ Einzige Ausnahme hiervon bildet das Melde- oder Bewilligungsverfahren zur Prüfung, ob überhaupt eine Bewilligung am Ort der vermeintlichen Erstzulassung besteht (siehe dazu hinten Rz 22). Wann konkrete Anhaltspunkte für die Bundesrechtswidrigkeit der Erstbewilligung vorliegen, kann nicht abstrakt festgelegt werden. Um die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Rücküberprüfungen in der Praxis zu erleichtern, bietet es sich jedoch an, Fallgruppen zu bilden, an welchen sich die Rechtsanwendung orientie-

ren kann (siehe dazu in Bezug auf das Gesundheitsberufegesetz hinten Rz 62).

14. Der aktuellsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge bezieht sich Art. 2 Abs. 6 BGBM ausschliesslich auf die Dienstleistungsfreiheit. Die gewerbliche Niederlassungsfreiheit richte sich auch im harmonisierten Bereich nach Art. 2 Abs. 4 BGBM (zur Unterscheidung zwischen Dienstleistungs- und gewerblicher Niederlassungsfreiheit siehe vorne Rz 6). Dies hat gemäss Bundesgericht zur Folge, dass die zuständige Behörde des Bestimmungsorts die Bundesrechtskonformität der Erstbewilligung – anders als im nicht harmonisierten Bereich (vgl. vorne Rz 9 mit Nachweisen) – grundsätzlich rücküberprüfen darf, sofern sich der Bewilligungsträger im Bestimmungskanton niederlassen will.¹⁷ Entgegen dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut von Art. 2 Abs. 4 Satz 1 BGBM soll Art. 3 Abs. 1 BGBM in diesem Fall jedoch nicht zur Anwendung kommen. Dies gilt selbst dann, wenn die zuständige Behörde aufgrund der Rücküberprüfung zum Schluss kommt, dass die Erstbewilligung bundesrechtswidrig ist, und gestützt darauf die gewerbliche Niederlassung verweigert, einschränkt oder mit Auflagen versieht. Als Begründung für die Nichtanwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 BGBM führt das Bundesgericht an, dass sich der Grund für die Beschränkung des Marktzugangs im harmonisierten Bereich nicht aus kantonalem Recht, sondern aus Bundesrecht ergebe.¹⁸

15. Dieser Entscheid wurde in der Lehre kritisiert.¹⁹ Die grundsätzliche Rücküberprüfungsbefugnis verträgt sich kaum mit dem Verfassungsauftrag zur Schaffung eines einheitlichen Schweizer Marktes (Art. 95 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [Bundesverfassung, BV; SR 101]). Insofern wäre die konsequente Anwendung von Art. 2 Abs. 6 BGBM nicht nur auf den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, sondern auch auf die gewerbliche Niederlassung binnenmarktfreundlicher und mit der Bundesverfassung besser zu vereinbaren. Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 6 BGBM schliesst dessen Anwendung auf die gewerbliche Niederlassung jedenfalls nicht aus. Auch aus der im BGBM angelegten Unterscheidung zwischen Dienstleistungsfreiheit und gewerblicher Niederlassungsfreiheit folgt nicht, dass Art. 2

¹⁴ ZWALD (Fn 4), N 51.

¹⁵ AB 2005 N 883 ff.; AB 2005 S 757, 763; DAVID HERREN, *Das Cassis de Dijon-Prinzip*, 2014, S. 220; YVONNE SCHLEISS, *Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten*, 2014, S. 319; RPW 2006/2, 221 f., *Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick*.

¹⁶ Vgl. RPW 2017/1, 171 ff., 191 f. Rz 119–125, WEKO-Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Tessins bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen; RPW 2017/1, 235 ff., 247 Rz 77–83, WEKO-Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Waadt bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen; vgl. auch BGE 144 II 147, E. 4.2 (Anwalts-AG).

¹⁷ BGE 144 II 147, E. 4.2 und 4.4 (Anwalts-AG); bestätigt in Urteil des BGer 2C_1004/2016 vom 27. April 2018, E. 3 ff.

¹⁸ BGE 144 II 147, E. 6.2 (Anwalts-AG).

¹⁹ PETER HETTICH, *Urteilsbesprechung 2C_1054/2016, 2C_1059/2016, ZBI 119/2018, 242 ff., 250 ff.*; WALTER FELLMANN, *Multidisziplinäre Anwaltskörperschaften – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 144 II 147, ZSR Band 138 (2019) I Heft 2, 225 ff., 243.*

Abs. 6 BGBM lediglich der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit, nicht aber derjenigen der gewerblichen Niederlassungsfreiheit dienen kann.

16. Soll der – eigentlich auf den nicht harmonisierten Bereich zugeschnittene – Art. 2 Abs. 4 BGBM dennoch auf den bundesrechtlich harmonisierten Bereich angewendet werden, so müsste dabei immerhin die in Art. 2 Abs. 6 BGBM enthaltene Wertung analog berücksichtigt werden: Bundesrecht sowie die darauf gestützten Zulassungsentscheide kantonaler Vollzugsstellen sollen auf dem gesamten Schweizer Staatsgebiet dieselbe Wirkung entfalten. Entsprechend dürfen unterschiedliche Auslegungen von Bundesrecht durch die kantonalen Vollzugsstellen nicht zu Beschränkungen des Marktzugangs führen. Diesem Zweck dient das in Art. 2 Abs. 6 BGBM enthaltene Rücküberprüfungsverbot. Aus diesem Grund wird Art. 2 Abs. 4 BGBM – nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung – im *nicht* harmonisierten Bereich auch stets zusammen mit der Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM) angewendet.²⁰ Wie das Bundesgericht selbst ausführte, verlöre die Gleichwertigkeitsvermutung ihren Sinn, müsste die Befähigung des Bewilligungsträgers – einem neuerlichen Zulassungsverfahren gleich – vom Bestimmungskanton abermals individuell (rück-)überprüft werden.²¹

17. Nun würde es wenig Sinn machen, den Kantonen im harmonisierten Bereich in Bezug auf die gewerbliche Niederlassung eine grundsätzliche Rücküberprüfungsbefugnis zuzugestehen, während ihnen die Rücküberprüfung von Zulassungsentscheiden im nicht harmonisierten Bereich gestützt auf die Gleichwertigkeitsvermutung in Art. 2 Abs. 5 BGBM grundsätzlich untersagt ist. Denn dies führte dazu, dass das Binnenmarktprinzip in Wirtschaftsbereichen, welche durch kantonales Recht geregelt werden, besser verwirklicht würde als in Bereichen, die durch ein Bundesgesetz harmonisiert wurden und deren Beaufsichtigung den Kantonen obliegt. Dadurch wird der Entscheid des Bundesgesetzgebers, die Bewilligungsvoraussetzungen in einem bestimmten Wirtschaftsbereich zu vereinheitlichen und so unter anderem dem Binnenmarktprinzip mehr Geltung zu verschaffen²², teilweise unterlaufen. Da im bundesrechtlich harmonisierten Bereich die Bewilligungsvoraussetzungen vereinheitlicht wurden, das BGBM hier mit anderen Worten nicht dafür sorgen muss, dass das Recht des Herkunftskantons auch im Bestimmungskanton gilt (vgl. Art. 2 Abs. 4 BGBM), weil sich die Geltung von Bundesrecht für die Kantone bereits aus Art. 49 Abs. 1 BV ergibt, bildet das Rücküberprüfungsverbot im harmonisierten Bereich das eigentliche Herzstück des Binnenmarktrechts. Eine generelle Rücküberprüfungsbefugnis in Bezug auf die gewerbliche Niederlassung im bundesrechtlich harmonisierten Bereich würde die Ziele des Binnenmarktgesetzes daher in Frage stellen. Wenn die Kantone bei jedem auf das BGBM gestützten Gesuch auf Bewilligung der gewerblichen Niederlassung die bundesrechtlich vereinheitlichten Bewilligungsvoraussetzungen nochmals überprüfen dürften, hätte dies dieselbe Wirkung, wie wenn das Binnenmarktgesetz gar nicht existierte. Dies kann kaum der gesetzgeberische Wille gewesen sein.²³

18. Weiter erscheint es problematisch, wenn Rücküberprüfungen bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 4 BGBM

im bundesrechtlich harmonisierten Bereich einerseits zwar grundsätzlich zugelassen, die gestützt auf solche Rücküberprüfungen ergehenden Verweigerungen oder Einschränkungen des Marktzugangs einer ortsfremden Anbieterin dann aber andererseits nicht an den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM gemessen werden. Da Art. 2 Abs. 4 BGBM eine Konkretisierung der durch Art. 27 BV geschützten Binnenmarktfreiheit darstellt²⁴, kommen auf einen Verweigerungs- oder Einschränkungentscheid letztlich ohnehin die Voraussetzungen von Art. 36 BV zur Anwendung. Art. 3 Abs. 1 BGBM ist Art. 36 BV nachempfunden, trägt aber den Besonderheiten der Binnenmarktfreiheit Rechnung. Die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 BGBM zu verneinen, obwohl dann Art. 36 BV zur Anwendung kommt, erscheint nicht kohärent. Wie zu zeigen sein wird (hinten Rz 24), ist in diesen Fällen immerhin Art. 3 Abs. 4 BGBM als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips anzuwenden, sodass an die Rücküberprüfung der Erstbewilligung durch die Behörde des Bestimmungsorts trotz der einschränkenden Rechtsprechung des Bundesgerichts bestimmte binnenmarktrechtsspezifische Anforderungen gestellt werden können.

19. Soweit das die Marktzugangsvorschriften harmonisierende Bundesgesetz den Kantonen selbst Einschränkungsmöglichkeiten einräumt, kommen Art. 2 Abs. 4 und 6 BGBM grundsätzlich nicht zur Anwendung. In diesem Fall hat die kantonale Einschränkung des Marktzugangs, die gestützt auf das Bundesgesetz ergeht, allerdings den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zu genügen.²⁵

2.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

20. Ein formelles Zulassungsverfahren stellt für ortsfremde Anbieterinnen ein administratives Marktzugangshindernis dar, das je nach Modalitäten und Branche prohibitiv wirken kann. Bereits die Vorbereitung der Gesuchsunterlagen mitsamt Beilagen wie aktuellen Straf- und Betreibungsregisterauszügen ist mit Aufwand und Kosten verbunden, die den interkantonalen Marktzugang behindern können.²⁶

21. Gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM ist über allfällige Beschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts erfasst die Verpflichtung zur Durchführung eines einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens das Zulassungsverfahren als solches und beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen Marktzugangsbeschränkungen in Erwägung gezogen oder gar auferlegt wer-

²⁰ Vgl. dazu BGE 135 II 12, E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); Urteil des BGER 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010, E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II).

²¹ Urteil des BGER 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009, E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

²² Vgl. beispielsweise BBI 2015 8715, 8749 in fine.

²³ Vgl. dazu FELLMANN (Fn 19), 243.

²⁴ BGE 125 I 276, E. 4a, 5c/gg (Zahnprothetiker Graubünden); Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 1, 299; Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBI 1995 I 1213, 1262.

²⁵ BGE 134 II 329, E. 5.4 (Blanc); bestätigt in BGE 144 II 147, E. 4.2 (Anwalts-AG).

²⁶ DIEBOLD (Fn 4), Freizügigkeit, N 203 ff.

den.²⁷ Der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren gilt somit über den Wortlaut von Art. 3 Abs. 4 BGBM hinaus für das gesamte Marktzugangsverfahren. Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM kann in gewissen Ausnahmefällen berechtigt sein. Dies ist etwa der Fall, wenn der Gesuchsteller rechtsmissbräuchlich handelt oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursacht.²⁸

22. Neben den Anforderungen von Art. 3 Abs. 4 BGBM ist zu berücksichtigen, dass ortsfremde Anbieterinnen ihre Tätigkeit gestützt auf den Anspruch auf freien Marktzugang und das Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM) unter Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 BGBM frei von jeglichen Beschränkungen ausüben dürfen. Das Bundesgericht hielt in seiner frühen Praxis zum Binnenmarktgesetz in der Fassung von 1995 fest, dass Art. 2 BGBM die Kantone in der formellen Ausgestaltung des Marktzugangsverfahrens nicht einschränkt.²⁹ Diese Praxis ist spätestens seit Inkrafttreten des revidierten Binnenmarktgesetzes von 2005 zu relativieren.³⁰ Das mit der Revision von 2005 gestärkte Herkunftsprinzip bedeutet in formeller Hinsicht, dass der interkantonale Marktzugang ohne jegliche Formalitäten möglich sein müsste. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, «dass die Betroffenen nicht verpflichtet sind, am Bestimmungsort eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einzuholen, sondern diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung ausüben können.»³¹ Damit aber die Behörden des Bestimmungskantons überhaupt in der Lage sind, zu prüfen, ob eine Bewilligung des Herkunftskantons vorliegt, müssen sie über die Tätigkeit der ortsfremden Anbieterin in Kenntnis gesetzt werden. Hinzu kommt, dass die Behörden des Bestimmungskantons die Aufsicht über ortsfremde Anbieterinnen ausüben, die sich auf ihrem Gebiet niedergelassen haben bzw. dort tätig werden. Entsprechend muss die Möglichkeit bestehen, ortsfremde Anbieterinnen einer «Eingangskontrolle» zu unterziehen und ein Melde- oder Bewilligungsverfahren durchzuführen.³² Von solchen Melde- oder Bewilligungsverfahren zu unterscheiden sind Verfahren, in welchen die Erstzulassung rücküberprüft wird. Während Erstere in der Regel zulässig sind und dazu dienen, sicherzustellen, dass sich nur Personen, welche bereits einmal ein Bewilligungsverfahren durchlaufen haben, auf das BGBM berufen können, sind Letztere grundsätzlich nur in seltenen Ausnahmefällen überhaupt zulässig und bezwecken die Überprüfung der Rechtskonformität der Erstzulassung (zur Zulässigkeit von Rücküberprüfungen siehe vorne Rz 9 und 13 f. sowie sogleich Rz 24).

23. Jedes formelle Marktzugangsverfahren ist somit als Marktzugangsbeschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren und muss daher zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein.³³ Dabei stellen die Überprüfung des Vorliegens einer Bewilligung des Herkunftsorts des ortsfremden Anbieters und die Wahrnehmung der Aufsichtspflicht öffentliche Interessen dar, die eine Abweichung zum formlosen Marktzugang rechtfertigen können. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, ob die ortsfremde Anbieterin im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit nur vorüber-

gehend am Bestimmungsort tätig ist oder ob sie sich dort langfristig niederlässt.³⁴ In Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips fordert Art. 3 Abs. 4 BGBM in jedem Fall ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren (siehe vorne Rz 21).³⁵

24. In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in seiner neusten Rechtsprechung erklärte, dass Art. 2 Abs. 4 BGBM auch im harmonisierten Bereich anwendbar und die Rücküberprüfung der Bundesrechtskonformität der Erstbewilligung durch die zuständige Behörde des Bestimmungsorts grundsätzlich zulässig sei.³⁶ Diese Rücküberprüfung sowie eine allfällige, darauf gestützte Verweigerung oder Einschränkung der gewerblichen Niederlassungsfreiheit seien jedoch keine Beschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM (vgl. vorne Rz 14 ff.).³⁷ Trotzdem rechtfertigt sich die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 4 BGBM als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips, das – wie das Bundesgericht wiederholt klarstellte (vgl. vorne Rz 21) – nicht nur eigentliche Beschränkungen des Marktzugangs, sondern das gesamte Marktzugangsverfahren erfasst, auch für Verfahren, in denen die Bundesrechtskonformität der Erstbewilligung durch die zuständige Behörde des Bestimmungsorts

²⁷ BGE 123 I 313, E. 5 (RA Häberli); 125 II 56, E. 5b (RA Thalmann); 136 II 470, E. 5.3 (CDIP): « Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché. »; Urteil des BGer 2C_1004/2016 vom 27. April 2018, E. 5.

²⁸ BGE 123 I 313, E. 5 (RA Häberli).

²⁹ So in BGE 125 II 56, E. 5a (RA Thalmann): «Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.»; BGE 125 II 406, E. 3 (Anwalt Appenzell Innerrhoden); DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, 2003, S. 110 f.

³⁰ DIEBOLD (Fn. 4), Freizügigkeit, N 1357.

³¹ BBI 2005 465, 484; so auch das Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden im Urteil vom 22. Mai 2007, E. 2.2, in: AR GVP 2007 114: «Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben».

³² RPW 2017/1, 173 Rz 13, WEKO-Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Tessins bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen; RPW 2017/1, 237 Rz 13, WEKO-Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Waadt bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen.

³³ DIEBOLD (Fn 4), Freizügigkeit, N 1359; WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 5), 441 Rz 23 f.; a. M. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., 2016, N 735.

³⁴ DIEBOLD (Fn 4), Freizügigkeit, N 1359.

³⁵ RPW 2017/1, 173 Rz 14, WEKO-Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Tessins bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen; RPW 2017/1, 237 Rz 15, WEKO-Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Waadt bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen.

³⁶ BGE 144 II 147, E. 4.2 und 4.4 (Anwalts-AG).

³⁷ BGE 144 II 147, E. 6.2 (Anwalts-AG).

rücküberprüft wird.³⁸ Eine allfällige Rücküberprüfung der Bundesrechtskonformität der Erstbewilligung durch die Behörde des Bestimmungsorts hat somit in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu geschehen. Auf eine Rücküberprüfung ist mangels Verhältnismässigkeit zu verzichten, wenn von vornherein kein Verdacht darauf besteht, dass die Erstbewilligung bundesrechtswidrig ist. Einem solchen Verfahren ist ausserdem aufgrund des Raschheitsgebots Priorität einzuräumen und eine Überprüfung der Bundesrechtskonformität hat sich auf das strikt notwendige Minimum zu beschränken.

25. Schliesslich hält Art. 10a Abs. 2 BGBM fest, dass die Behörden und Gerichte der Wettbewerbskommission die Verfügungen und Urteile, die in Anwendung dieses Gesetzes ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zuzustellen haben. Die Wettbewerbskommission sammelt diese Verfügungen und Urteile und kann sie periodisch veröffentlichen. Aus Praktikabilitätsgründen verlangt die Wettbewerbskommission von den genannten Stellen lediglich, dass sie ihr die Verfügungen und Urteile zustellen, mit welchen der Marktzugang einer ortsfremden Anbieterin verweigert oder nur unter Auflagen oder Bedingungen gewährt wird oder mit welchen der ortsfremden Anbieterin Kosten oder Gebühren auferlegt werden.

3 Marktzugangsregeln im Gesundheitsberufegesetz

26. Das Gesundheitsberufegesetz fördert im Interesse der öffentlichen Gesundheit die Qualität der Ausbildung an Institutionen des Hochschulbereichs in ausgewählten Gesundheitsberufen sowie die Qualität der Ausübung dieser Gesundheitsberufe in eigener fachlicher Verantwortung (Art. 1 GesBG).

27. Als Gesundheitsberufe im Sinne des Gesetzes gelten gemäss Art. 2 Abs. 1 GesBG:

- a. Pflegefachfrau und Pflegefachmann;
- b. Physiotherapeutin und Physiotherapeut;
- c. Ergotherapeutin und Ergotherapeut;
- d. Hebamme;
- e. Ernährungsberaterin und Ernährungsberater;
- f. Optometristin und Optometrist;
- g. Osteopathin und Osteopath.

28. Neben diesen neu auf Bundesebene geregelten Berufen existiert eine Reihe weiterer Tätigkeiten im Gesundheitswesen, deren Regelung weiterhin im Zuständigkeitsbereich der Kantone liegt.³⁹

29. Seinem Zweck entsprechend regelt das GesBG die Kompetenzen von Absolventinnen und Absolventen von Studiengängen zur Erlernung der vom Geltungsbereich des Gesetzes erfassten Gesundheitsberufe, die Akkreditierung dieser Studiengänge, die Anerkennung ausländischer Bildungsabschlüsse, die Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung sowie das Gesundheitsberuferegister (Art. 2 Abs. 2 GesBG).

30. Das GesBG lehnt sich konzeptionell eng an das Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe

vom 23. Juni 2006 (Medizinalberufegesetz, MedBG; SR 811.11) und das Bundesgesetz über die Psychologieberufe vom 18. März 2011 (Psychologieberufegesetz, PsyG; SR 935.81) an.⁴⁰ Viele der in diesen Gesetzen enthaltenen Bestimmungen wurden nahezu unverändert ins GesBG übernommen.⁴¹

31. Die aus binnenmarktrechtlicher Sicht relevanten Normen sind in erster Linie Art. 11–13 GesBG betreffend die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung. Gemäss Art. 11 GesBG bedarf es für die Ausübung eines Gesundheitsberufs in eigener fachlicher Verantwortung einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Beruf ausgeübt wird. Die Bewilligungsvoraussetzungen werden in Art. 12 Abs. 1 und 2 GesBG genannt. Art. 12 Abs. 3 GesBG sieht vor, dass eine Person, die über eine kantonale Berufsausübungsbewilligung verfügt, grundsätzlich auch die Bewilligungsvoraussetzungen in einem anderen Kanton erfüllt. Gemäss Art. 13 GesBG können die Kantone vorsehen, dass die Berufsausübungsbewilligung mit bestimmten Einschränkungen fachlicher, zeitlicher und räumlicher Art oder mit Auflagen verbunden wird, soweit dies für die Sicherung einer qualitativ hochstehenden Gesundheitsversorgung erforderlich ist.

32. Neben den Regeln über die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung enthält Art. 15 Abs. 2 GesBG eine Meldepflicht betreffend den interkantonalen Dienstleistungsverkehr. Sie sieht vor, dass Inhaberinnen und Inhaber einer kantonalen Bewilligung nach Art. 11 GesBG ihren Gesundheitsberuf während längstens 90 Tagen pro Kalenderjahr in eigener fachlicher Verantwortung ausüben dürfen, ohne eine Bewilligung dieses Kantons einzuholen. Dazu müssen sie sich bei der zuständigen kantonalen Behörde melden.

4 Verhältnis zwischen Binnenmarktgesetz und Gesundheitsberufegesetz

33. Im Folgenden wird erörtert, wie sich die Bestimmungen des BGBM zu Art. 11–13 und Art. 15 Abs. 2 GesBG verhalten. Zu diesem Zweck wird zunächst allgemein auf das Verhältnis zwischen dem BGBM und spezielleren Bundesgesetzen eingegangen (Kap. 4.1). Sodann wird gezeigt, dass das BGBM und das GesBG parallel zueinander zur Anwendung gelangen (Kap. 4.2). Abschliessend werden die Ergebnisse zusammengefasst (Kap. 4.3).

³⁸ Urteil des BGer 2C_1004/2016 vom 27. April 2018, E. 5 f.

³⁹ Vgl. dazu die Ausführungen über das Nationale Register der Gesundheitsberufe (NAREG) unter <<https://nareg.ch/Home/About>> (13.5.2019).

⁴⁰ Siehe auch BBI 2015 8715, 8717.

⁴¹ Die nachfolgenden Erwägungen betreffend das Verhältnis zwischen GesBG und BGBM (Kap. 4) und den binnenmarktrechtskonformen Vollzug des GesBG (Kap. 5) könnten daher grundsätzlich auch beim Vollzug des MedBG und des PsyG berücksichtigt werden, soweit sich diese Gesetze nicht vom GesBG unterscheiden.

4.1 Allgemeines

34. Das BGBM gewährleistet in Erfüllung des Verfassungsauftrags zur Schaffung eines einheitlichen Schweizer Wirtschaftsraums (Art. 95 Abs. 2 BV), dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Marktzugang haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Viele der Bestimmungen des BGBM stellen Konkretisierungen auf Gesetzesstufe der in Art. 27 BV enthaltenen Binnenmarktfreiheit dar⁴², zu deren Verwirklichung die Träger staatlicher Aufgaben verpflichtet sind (vgl. Art. 35 Abs. 1 und 2 BV).

35. Das BGBM ist als Rahmenerlass konzipiert. Es regelt die materiellen Zulassungsvoraussetzungen nicht selbst, sondern strebt die Herstellung des schweizerischen Binnenmarkts auf der Grundlage des Herkunftsortsprinzips an.⁴³ Im Verhältnis zu kantonalen und kommunalen Marktzugangsvorschriften geht das BGBM kraft Art. 49 Abs. 1 BV vor.

36. Komplizierter ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem BGBM und anderen Bundesgesetzen, welche die materiellen Marktzugangsvoraussetzungen in einem bestimmten Bereich zwar harmonisieren, den Vollzug der bundesrechtlichen Regelung jedoch den Kantonen überlassen (Vollzugsföderalismus). Wie gesehen (vorne Rz 12-19), entfaltet das BGBM seine Wirkung auch im Verhältnis zu solchen bundesrechtlichen Spezialgesetzen: Art. 2 Abs. 6 BGBM manifestiert den Willen des Bundesgesetzgebers, dass durch den Vollzugsföderalismus keine neuen Schranken aufgebaut werden sollen. Dies würde gesetzgeberische Entscheide, per Spezialgesetz den Marktzugang für die gesamte Schweiz in einem bestimmten Bereich zu vereinheitlichen, ansonsten konterkarieren.

37. Der Bundesgesetzgeber hat sich in Art. 2 Abs. 2 BGBM selbst die Pflicht auferlegt, den Anspruch auf freien Marktzugang bei der Ausgestaltung seiner Erlasse zu wahren.⁴⁴ Dies hindert ihn jedoch nicht daran, aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen in seinen Spezialgesetzen ein gegenüber dem Binnenmarktgesetz strengeres Marktzugangsregime vorzusehen.⁴⁵ Solche Abweichungen vom allgemeinen Binnenmarktrecht sind aufgrund des in der Verfassung verankerten Binnenmarktprinzips (Art. 27 und Art. 95 Abs. 2 BV), der Pflicht des Staates zur Verwirklichung der Binnenmarktfreiheit (Art. 27 i. V. m. Art. 35 Abs. 1 und 2 BV) und der Selbstbindung des Bundesgesetzgebers durch Art. 2 Abs. 2 BGBM nicht leichthin anzunehmen. Vielmehr müssen sie klar aus dem gesetzgeberischen Willen hervorgehen. Steht somit ein spezielleres Bundesgesetz dem BGBM gegenüber, ist in einer Gesamtschau sowie in Bezug auf einzelne Bestimmungen unter Berücksichtigung des Willens des Bundesgesetzgebers zu prüfen, ob das BGBM parallel zum Spezialgesetz anzuwenden ist.⁴⁶

38. Das Bundesgericht musste sich bereits mehrere Male mit der Frage der parallelen Anwendbarkeit des BGBM neben anderen, den Marktzugang in einem bestimmten Bereich regelnden Bundeserlassen befassen.⁴⁷ In Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, BGFA;

SR 935.61) erwog es, dass das BGBM grundsätzlich nicht zur Anwendung komme, wenn das BGFA abschliessend einheitliche Marktzugangsregeln aufstelle, die für das ganze Gebiet der Schweiz gälten. Davon ausgenommen sei Art. 2 Abs. 6 BGBM, auf welchen sich eine Anbieterin berufen könne, wenn der Bestimmungskanton ihr den grenzüberschreitenden Marktzugang verweigere, indem er das Bundesrecht anders auslege als der Herkunftskanton.⁴⁸ Gemäss dieser Rechtsprechung richtet sich im bundesrechtlich harmonisierten Bereich lediglich die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 6 BGBM. In Bezug auf die gewerbliche Niederlassungsfreiheit soll hingegen Art. 2 Abs. 4 BGBM anwendbar sein. Im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 6 BGBM erlaube es diese Bestimmung der zuständigen Behörde des Bestimmungsorts, die Bundesrechtskonformität des am Herkunftsort erteilten Zulassungsentscheids erneut zu überprüfen.⁴⁹ Entgegen dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut – und anders als im nicht harmonisierten Bereich – soll Art. 3 Abs. 1 BGBM jedoch nicht zur Anwendung kommen, wenn die Behörde des Bestimmungsorts aufgrund einer solchen Rücküberprüfung zum Schluss kommt, dass die Erstbewilligung bundesrechtswidrig ist, und gestützt darauf die gewerbliche Niederlassung verweigert oder einschränkt (vgl. zum Ganzen bereits vorne Rz 14).⁵⁰ Neben Art. 2 Abs. 4 und 6 BGBM kommt im abschliessend durch das Bundesrecht geregelten Bereich sodann stets Art. 3 Abs. 4 BGBM zur Anwendung (siehe vorne Rz 24).⁵¹

39. Demgegenüber hielt das Bundesgericht fest, dass Art. 3 Abs. 1 BGBM weiterhin zur Anwendung komme, wenn das den Marktzugang grundsätzlich harmonisierende Spezialgesetz den Kantonen eine Restzuständigkeit überlasse, wie dies bei Art. 3 BGFA der Fall sei. Folglich kann eine kantonale Bestimmung, welche gestützt auf Art. 3 BGFA erlassen wurde, den Anspruch der Anwältinnen und Anwälte auf freien Marktzugang nur

⁴² BGE 125 I 276, E. 4a, 5c/gg (Zahnprothetiker Graubünden); BBI 1997 I 1, 299; BBI 1995 I 1213, 1262.

⁴³ BBI 2005 465, 470; Oesch/Zwald (Fn 4), Art. 1 BGBM N 6.

⁴⁴ BBI 1995 I 1213, 1264; PAUL RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, AJP 1995, 593 ff., 602; ders., Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrecht, 2007, N 411; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., 2013, Art. 1 BGBM N 50, Art. 2 Abs. 1–6 BGBM N 91; a. M. PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, N 630; und MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, 2010, N 811.

⁴⁵ Siehe zum Ganzen DIEBOLD (Fn 4), Freizügigkeit, N 1059.

⁴⁶ Vgl. BGE 144 II 147, E. 4.2 (Anwalts-AG); 141 II 280, E. 5.2.1 (Rechtsagent Waadt); 134 II 329, E. 5.2 (Blanc).

⁴⁷ So in BGE 144 II 147 (Anwalts-AG); 141 II 280 (Rechtsagent Waadt); 135 I 106 (Office de poursuite de Genève); 134 II 329 (Blanc).

⁴⁸ BGE 144 II 147, E. 4.2 (Anwalts-AG) mit Verweis auf BIANCHI DELLA PORTA (Fn 44), Art. 2 Abs. 1–6 BGBM N 59 f.

⁴⁹ BGE 144 II 147, E. 4.2 und 4.4 (Anwalts-AG); bestätigt in Urteil des BGer 2C_1004/2016 vom 27. April 2018, E. 3 ff.

⁵⁰ BGE 144 II 147, E. 6.2 (Anwalts-AG). Zur Kritik an diesem Entscheid siehe vorne Rz. 15 ff.

⁵¹ Urteil des BGer 2C_1004/2016 vom 27. April 2018, E. 5 f.

beschränken, wenn die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind. Föderalistische Bestimmungen, welche wie Art. 3 BGFA dem BGBM im Prinzip widersprechen, dürfen von den Kantonen nur restriktiv angewendet werden (vgl. bereits vorne Rz 19).⁵²

4.2 Parallele Anwendbarkeit des GesBG und des BGBM

40. Das Gesundheitsberufegesetz enthält mit Art. 11–13 sowie Art. 15 Abs. 2 Vorschriften zum Marktzugang. Während Art. 11–13 GesBG die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung regeln, sieht Art. 15 Abs. 2 GesBG eine Meldepflicht zur Teilnahme am interkantonalen Dienstleistungsverkehr vor. Nachfolgend wird für die relevanten Bestimmungen im GesBG geprüft, ob und gegebenenfalls inwiefern das BGBM parallel anzuwenden ist.

41. Ob ein Bundesgesetz, welches den Marktzugang regelt, dem BGBM allenfalls vorgeht oder dieses parallel zur Anwendung kommt, ist durch Auslegung zu ermitteln.⁵³ Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut. Ist der Gesetzestext nicht klar oder sind verschiedene Auslegungsergebnisse denkbar, muss nach der wahren Tragweite der betreffenden Norm gesucht werden. Dies hat unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente zu geschehen, namentlich der historischen, der teleologischen und der systematischen Auslegungsmethoden. Ebenso ist auf den Sinn einer Norm in ihrem Kontext abzustellen.⁵⁴

4.2.1 Auslegung von Art. 11 und 12 GesBG

42. Art. 11 GesBG sieht vor, dass es für die Ausübung eines Gesundheitsberufs in eigener fachlicher Verantwortung einer Bewilligung des Kantons bedarf, auf dessen Gebiet der Beruf ausgeübt wird. Die Bewilligung wird somit durch die zuständige kantonale Zulassungsbehörde erteilt und ist nur im Ausstellungskanton gültig. Es handelt sich damit um eine durch ein Bundesgesetz geregelte kantonal gültige Marktzulassung.⁵⁵

43. Die Bewilligung für die Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung wird gemäss Art. 12 Abs. 1 GesBG erteilt, wenn die gesuchstellende Person:

- a. über den entsprechenden Bildungsabschluss nach Art. 12 Abs. 2 GesBG oder einen anerkannten ausländischen Abschluss verfügt;
- b. vertrauenswürdig ist sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet; und
- c. eine Amtssprache des Kantons beherrscht, für den die Bewilligung beantragt wird.

44. Erfüllt die gesuchstellende Person die in Art. 12 Abs. 1 GesBG genannten fachlichen und persönlichen Voraussetzungen, muss die zuständige kantonale Behörde die Berufsausübung bewilligen. Dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 GesBG zufolge handelt es sich bei der Bewilligung nach Art. 11 GesBG daher um eine Polizeibewilligung. Die Bewilligungsvoraussetzungen werden vom GesBG abschliessend geregelt. Für den Erlass weiterer Voraussetzungen durch die Kantone besteht somit kein Raum. Darauf wird auch durch die Botschaft zu Art. 12 GesBG ausdrücklich hingewiesen.⁵⁶

45. Sieht ein Bundesgesetz einheitliche Bewilligungsvoraussetzungen vor, kommen regelmässig Art. 2 Abs. 6 BGBM in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit sowie Art. 2 Abs. 4 BGBM in Bezug auf die gewerbliche Niederlassungsfreiheit zur Anwendung. Art. 3 Abs. 4 BGBM ist sodann auf sämtliche Marktzugangsverfahren anwendbar (siehe vorne Rz 21, 24 und 38).

46. Bei der Beantwortung der Frage, ob Art. 2 Abs. 4 und 6 BGBM entsprechend dieser Regel auch für das GesBG gelten, ist Art. 12 Abs. 3 GesBG zu berücksichtigen. Dieser hält fest, dass wer über eine Berufsausübungsbewilligung nach GesBG verfügt, *grundsätzlich* auch die Bewilligungsvoraussetzungen in einem anderen Kanton erfüllt. Der Wortlaut dieser Norm unterscheidet sich von den Formulierungen in Art. 2 Abs. 4 und 6 BGBM und lässt offen, welches die Ausnahmen vom darin enthaltenen Grundsatz sind. Zur Feststellung des wahren Sinns von Art. 12 Abs. 3 GesBG kann daher nicht allein auf dessen Wortlaut abgestellt werden. Somit sind die übrigen Auslegungselemente hinzuzuziehen.

47. Mit dem GesBG sollen unter anderem die Voraussetzungen für die Ausübung ausgewählter Gesundheitsberufe auf Bundesebene vereinheitlicht werden.⁵⁷ Entsprechend bezweckt Art. 12 Abs. 3 GesBG zu verhindern, dass infolge des Vollzugsföderalismus trotz Vereinheitlichung der Bewilligungsvoraussetzungen eine Marktsegmentierung entlang der Kantonsgrenzen stattfindet.⁵⁸ Die Bestimmung verfolgt somit dasselbe Ziel wie Art. 2 Abs. 4 und 6 BGBM und stellt eine Konkretisierung derselben im Bereich der Gesundheitsberufe dar. Bei der Anwendung von Art. 12 Abs. 3 GesBG ist folglich die zu Art. 2 Abs. 4 und 6 BGBM entwickelte Praxis zu berücksichtigen.

48. Daraus geht auch hervor, welches die Ausnahmen sind, die zum in Art. 12 Abs. 3 GesBG erwähnten Grundsatz bestehen: So erfüllt eine in ihrem Herkunftskanton zugelassene Gesundheitsfachperson zwar grundsätzlich die Bewilligungsvoraussetzungen auch in jedem anderen Kanton. Da sich die Amtssprachen von Kanton zu Kanton aber unterscheiden können, ist es möglich, dass die Bewilligungsvoraussetzung der Beherrschung einer Amtssprache des Bestimmungskantons (Art. 12 Abs. 1 Bst. c GesBG) trotz Vorliegens einer

⁵² BGE 134 II 329, E. 5.4 (Blanc); bestätigt in BGE 144 II 147, E. 4.2 (Anwalts-AG); 141 II 280, E. 5.2.1 (Rechtsagent Waadt).

⁵³ Vgl. BGE 141 II 280, E. 6 (Rechtsagent Waadt), wo das Bundesgericht die parallele Anwendbarkeit des BGBM auf Art. 68 Abs. 2 Bst. b und d der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente ausschloss.

⁵⁴ BGE 141 II 280, E. 6.1 (Rechtsagent Waadt) m. w. N.; 135 II 416, E. 2.2 (Eigenmietwert); 114 V 219, E. 3a (Arbeitgeberhaftung).

⁵⁵ Vgl. DIEBOLD (Fn 4), Freizügigkeit, N 1082 ff.

⁵⁶ BBI 2015 8715, 8747.

⁵⁷ BBI 2015 8715, 8725.

⁵⁸ Vgl. auch BBI 2015 8715, 8749 f.

Bewilligung des Herkunftskantons nicht erfüllt ist. Die Frage, wie mit solchen Fällen in binnenmarktrechtskonformer Weise umzugehen ist, wird hinten (Rz 61) im Teil betreffend den binnenrechtskonformen Vollzug des GesBG (Kap. 5) beantwortet. Weiter sind damit die Fälle gemeint, in welchen eine Rücküberprüfung (ausnahmsweise) zulässig ist (vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen vorne Rz 13 f., sowie hinten in Bezug auf das Gesundheitsberufegesetz Rz 62 und 68) und die Rücküberprüfung dazu führt, dass der Marktzugang beschränkt wird.

49. Somit ergibt sich, dass Art. 12 Abs. 3 GesBG eine Konkretisierung von Art. 2 Abs. 4 und 6 BGBM darstellt und diese daher parallel zu Art. 11 und 12 GesBG zur Anwendung gelangen. Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Botschaft gestützt, die in den Ausführungen zu Art. 12 Abs. 3 GesBG explizit auf das Binnenmarktprinzip und Art. 3 Abs. 4 BGBM verweist.⁵⁹ Damit hält sich der Bundesgesetzgeber sowohl an Art. 2 Abs. 2 BGBM als auch den Verfassungsauftrag in Art. 95 Abs. 2 BV.

50. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Art. 2 Abs. 4 und 6 sowie Art. 3 Abs. 4 BGBM parallel zu Art. 11 und 12 GesBG anzuwenden sind.

4.2.2 Auslegung von Art. 13 GesBG

51. Gemäss Art. 13 GesBG können die Kantone Berufsausübungsbewilligungen mit bestimmten Einschränkungen fachlicher, zeitlicher und räumlicher Art oder mit Auflagen verbinden, soweit dies für die Sicherung einer qualitativ hochstehenden Gesundheitsversorgung erforderlich ist. Dem Gesetzestext zufolge gilt diese Kompetenz ohne Beschränkungen in persönlicher Hinsicht und kann daher auch auf Gesundheitsfachpersonen angewendet werden, welche bereits in einem anderen Kanton zugelassen sind. Art. 13 GesBG steht somit im direkten Widerspruch zum binnenmarktrechtlichen Grundsatz, wonach in Bereichen, für welche das Bundesrecht ein einheitliches Schutzniveau vorschreibt, Marktzugangsbeschränkungen unzulässig sind (vgl. vorne Rz 13).

52. Widerspricht eine föderalistische Bestimmung in einem Bundesgesetz ihrem Grundsatz nach dem Binnenmarktgesetz, ist Art. 3 Abs. 1 BGBM auf kantonale Einschränkungen des Anspruchs auf freien Marktzugang anwendbar, soweit sich diese auf die im Spezialgesetz enthaltene Restzuständigkeit stützen (siehe vorne Rz 39).

53. Die Botschaft zu Art. 13 GesBG zitiert die diesbezüglich einschlägige Rechtsprechung⁶⁰ und enthält folgende Ausführungen:

«Die Sicherung einer qualitativ hochstehenden und zuverlässigen Gesundheitsversorgung stellt dabei das einzig zulässige überwiegende öffentliche Interesse dar, mit welchem gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM eine Einschränkung der Bewilligung beziehungsweise eine Auflage zu begründen ist. In zweiter Linie kommen sodann die weiteren Voraussetzungen nach Artikel 3 BGBM zur Anwendung, weshalb eine kantonale Einschränkung bzw. Auflage sowohl gleichermassen für ortsansässige Personen gelten muss, als auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten hat.»⁶¹

54. Art. 13 GesBG enthält somit eine Konkretisierung von Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM und schränkt diesen dahingehend ein, dass als einziges öffentliches Interesse die Sicherung einer qualitativ hochstehenden Gesundheitsversorgung angerufen werden kann. Ansonsten gelten für die Einschränkung der Berufsausübungsbewilligung einer ausserkantonalen Gesundheitsfachperson durch den Bestimmungskanton dieselben Voraussetzungen wie für alle anderen Marktzugangsbeschränkungen mit interkantonalem Bezug. Folglich kommen Art. 3 Abs. 1–3 BGBM auf Einschränkungen, welche sich auf Art. 13 GesBG stützen, zur Anwendung. Zudem ist im gesamten Bewilligungsverfahren Art. 3 Abs. 4 BGBM zu berücksichtigen (siehe vorne Rz 21).

4.2.3 Auslegung von Art. 15 Abs. 2 GesBG

55. Inhaberinnen und Inhaber einer kantonalen Bewilligung dürfen ihren Gesundheitsberuf während längstens 90 Tagen pro Kalenderjahr in einem anderen Kanton in eigener fachlicher Verantwortung ausüben, ohne eine Bewilligung dieses Kantons einzuholen. Einschränkungen und Auflagen ihrer Bewilligung gelten auch für diese Tätigkeit. Die betreffenden Gesundheitsfachpersonen müssen sich bei der zuständigen kantonalen Behörde melden. Diese trägt die Meldung ins Register ein (Art. 15 Abs. 2 GesBG).

56. Die Meldepflicht nach Art. 15 Abs. 2 GesBG stellt eine zeitlich begrenzte Alternative zum interkantonalen Marktzugang via Berufsausübungsbewilligung nach Art. 11 und 12 GesBG dar. Im Gegensatz zur Berufsausübungsbewilligung betrifft sie jedoch lediglich den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr und nicht auch die gewerbliche Niederlassung.

57. Die Bestimmung regelt die Zulassungsvoraussetzungen abschliessend. So muss eine Bewilligung des Herkunftskantons vorliegen und die Aufnahme der Tätigkeit ist der zuständigen Behörde des Bestimmungskantons zu melden. Sieht ein Bundesgesetz einheitliche Bewilligungsvoraussetzungen vor, kommt in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit Art. 2 Abs. 6 BGBM zur Anwendung. Art. 3 Abs. 4 BGBM ist sodann auf sämtliche Marktzugangsverfahren anwendbar (siehe vorne Rz 21 und 38). Art. 2 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 4 BGBM kommen daher parallel zu Art. 15 Abs. 2 GesBG zur Anwendung. Art. 2 Abs. 4 BGBM ist nicht parallel zu Art. 15 Abs. 2 GesBG anwendbar, da dieser nur den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, nicht aber die gewerbliche Niederlassung regelt.

4.3 Zusammenfassung

58. Die Anwendung des BGBM wird durch das GesBG nicht ausgeschlossen. Vielmehr verhalten sich die beiden Gesetze komplementär zueinander und kommen daher parallel zur Anwendung: Art. 2 Abs. 4 und 6 sowie Art. 3 Abs. 4 BGBM sind parallel zu Art. 11 und 12

⁵⁹ BBl 2015 8715, 8749 f.

⁶⁰ BBl 2015 8715, 8750 Fn. 43.

⁶¹ BBl 2015 8715, 8750.

GesBG betreffend die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung anwendbar. In Bezug auf kantonale Einschränkungen der Bewilligung einer ausserkantonalen Anbieterin, die gestützt auf Art. 13 GesBG ergehen, gelten die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1–3 BGBM. Zudem müssen die Anforderungen an das Verfahren gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM beachtet werden. Art. 2 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 4 BGBM, nicht aber Art. 2 Abs. 4 BGBM, sind schliesslich parallel zu Art. 15 Abs. 2 GesBG anzuwenden.

5 Binnenmarktrechtskonformer Vollzug des Gesundheitsberufegesetzes

59. Wie soeben gesehen, gelten Bestimmungen des BGBM auch für die Marktzugangsverfahren nach GesBG. Nachfolgend wird dargelegt, was dies für die binnenmarktrechtskonforme Umsetzung des GesBG bedeutet.

5.1.1 Binnenmarktrechtskonforme Anwendung von Art. 11 und 12 GesBG

60. Die parallele Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 4 und 6 BGBM einerseits sowie Art. 11 und 12 GesBG andererseits bedeutet, dass eine Gesundheitsfachperson, welche bereits über eine Bewilligung ihres Herkunftskantons verfügt, gestützt auf diese grundsätzlich einen Anspruch auf die Berufsausübung in jedem anderen Kanton hat. Dazu muss sie bei der zuständigen Behörde des jeweiligen Bestimmungskantons eine eigene Bewilligung beantragen (Art. 11 GesBG).

5.1.1.1 Grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr

61. Soweit sich die betreffende Gesundheitsfachperson nicht im Bestimmungskanton niederlässt, sondern ihre Dienstleistungen von ihrem Herkunftskanton aus anbietet, ist es der zuständigen Behörde des Bestimmungskantons prinzipiell untersagt, zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 1 GesBG erfüllt sind (Rücküberprüfungsverbot). Die Bewilligungsvoraussetzungen wurden bereits durch die Behörde des Herkunftskantons bei der Erstzulassung geprüft. Der Zulassungsentscheid der Behörde des Herkunftskantons ist aufgrund von Art. 12 Abs. 3 GesBG i. V. m. Art. 2 Abs. 6 BGBM auch für den Bestimmungskanton verbindlich (vgl. vorne Rz 13). Die Behörde des Bestimmungskantons darf daher grundsätzlich weder verlangen, dass eine ausserkantonale Gesundheitsfachperson einen Bildungsnachweis einreicht, noch darf sie überprüfen, ob die Voraussetzungen der Vertrauenswürdigkeit, der physischen und psychischen Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung oder der Beherrschung einer Amtssprache erfüllt sind (vgl. Art. 12 Abs. 1 GesBG). Da die Bewilligung des Herkunftskantons die Grundlage für die Erteilung der Bewilligung im Bestimmungskanton bildet, darf die Behörde des Bestimmungskantons eine Kopie der Erstbewilligung sowie ein ausgefülltes Gesuchsformular einfordern. Auf die Aufforderung zur Einreichung weiterer Dokumente wie zum Beispiel einem Strafregisterauszug, einer Unbedenklichkeitserklärung des Herkunftskantons oder einem Sprachdiplom ist zu verzichten. Einzig für den Fall, dass im Herkunftskanton der Gesundheitsfachperson nicht mindestens eine Amtssprache des Bestimmungskantons gesprochen wird, darf die

Behörde des Bestimmungskantons neben einer Kopie der Erstbewilligung und dem Gesuchsformular auch den Nachweis der Beherrschung einer Amtssprache verlangen (vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. c GesBG sowie vorne Rz 48).

62. Eine Rücküberprüfung der Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 1 GesBG durch den Bestimmungskanton ist lediglich in Ausnahmefällen zulässig, nämlich dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine ausserkantonale Gesundheitsfachperson die Bewilligungsvoraussetzungen aufgrund von neuen, nach dem ersten kantonalen Entscheid eingetretenen Ereignissen nicht mehr erfüllt, oder wenn die Behörde des Herkunftskantons das Bundesrecht offensichtlich und krass falsch angewendet hat (vgl. vorne Rz 13). Solche Anhaltspunkte können sich beispielsweise aus dem Gesundheitsberuferegister (vgl. Art. 23 ff. GesBG) ergeben. Dieses enthält unter anderem Informationen über die gegen eine Gesundheitsfachperson in einem anderen Kanton verhängten Disziplinar massnahmen. Wurden Disziplinar massnahmen verhängt, kann darin ein Anhaltspunkt gesehen werden, der die Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 12 Abs. 1 GesBG zu rechtfertigen vermag. Anhaltspunkte in diesem Sinne liegen beispielsweise auch dann vor, wenn die Behörde des Bestimmungskantons Kenntnis von Anzeigen hat, welche bei anderen Behörden gegen die betreffende Gesundheitsfachperson eingegangen sind, wenn über die betreffende Gesundheitsfachperson negativ in den Medien berichtet wurde oder sie aus sonstigen Gründen einen zweifelhaften Ruf genießt. Kein ausreichender Anhaltspunkt in diesem Sinne bildet demgegenüber der Umstand, dass die Erteilung der Erstbewilligung durch den Herkunftskanton bereits mehrere Jahre zurückliegt. Eine standardmässige Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 12 Abs. 1 GesBG, ohne dass ein konkreter Anhaltspunkt vorliegen würde, ist immer unzulässig.

63. Ist eine Rücküberprüfung ausnahmsweise zulässig, so darf von der gesuchstellenden Person keinesfalls verlangt werden, dass sie Informationen einreicht, welche sich bereits aus dem Gesundheitsberuferegister ergeben oder im Wege der Amtshilfe (Art. 18 GesBG analog) beschafft werden können. Das Gesundheitsberuferegister dient nämlich gerade der Vereinfachung der Abläufe bei der Erteilung der Berufsausübungsbewilligung (Art. 23 Abs. 2 Bst. e GesBG). Die Konsultation des Gesundheitsberuferegisters sowie die amtshilfweise Beschaffung von Informationen, die bei der Behörde des Herkunftskantons bereits vorhanden sind, greifen ausserdem weniger stark in die Marktzugangsrechte der ausserkantonalen Gesundheitsfachperson ein, als wenn diese sämtliche Dokumente erneut bei der Behörde des Bestimmungskantons einreichen muss. Eine allfällige Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 12 Abs. 1 GesBG hat daher unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2, Art. 27 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV sowie Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 4 BGBM) möglichst schonend zu erfolgen.

64. Schliesslich ist im gesamten Zulassungsverfahren Art. 3 Abs. 4 BGBM zu beachten. Bewilligungsgesuche von Gesundheitsfachpersonen mit einer Bewilligung eines anderen Kantons sind prioritär, mit möglichst kur-

zen Fristen, ohne nennenswerten bürokratischen Aufwand und kostenlos zu behandeln.

65. Das Gesundheitsberufegesetz bezweckt unter anderem den Schutz der öffentlichen Gesundheit (vgl. Art. 1 GesBG). Aus diesem Grund ist die Ausübung eines Gesundheitsberufs in eigener fachlicher Verantwortung bewilligungspflichtig (vgl. Art. 11 GesBG). Die Bewilligungspflicht dient der präventiven Kontrolle der Bewilligungsträger. Im Einklang mit den vorstehend beschriebenen binnenmarktrechtlichen Grundsätzen dürfen die Voraussetzungen zur Erteilung der Bewilligung zur Teilnahme am grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr in der Regel nur ein einziges Mal umfassend überprüft werden, nämlich wenn das erste Mal eine kantonale Bewilligung beantragt wird. Alle übrigen kantonalen Bewilligungen haben sich auf die Erstbewilligung zu stützen (Art. 12 Abs. 3 GesBG i.V.m. Art. 2 Abs. 6 BGBM), wobei die Rücküberprüfung der Bundesrechtskonformität der Erstbewilligung grundsätzlich untersagt ist.

66. Dies bedeutet jedoch nicht, dass aufgrund der Anwendung des Binnenmarktgesetzes der Schutz der öffentlichen Gesundheit ausgehöhlt wird. Das Binnenmarktgesetz untersagt die Überprüfung der Bewilligungsvoraussetzung vor der Erteilung einer Zweitbewilligung, da sich die vorgängige Überprüfung marktzugangsbeschränkend auswirkt. Im Rahmen der laufenden Aufsicht steht es den kantonalen Aufsichtsbehörden jedoch frei, stichprobenartig zu überprüfen, ob einzelne Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Bewilligungsvoraussetzungen müssen denn auch während der gesamten Dauer der Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung erfüllt sein. Sind die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt, wird die Bewilligung entzogen (Art. 14 Abs. 1 GesBG). Allerdings darf die laufende Aufsicht nicht dazu missbraucht werden, die Grundsätze des Binnenmarktgesetzes zu umgehen. Stichproben haben unabhängig davon zu erfolgen, ob einer ausserkantonalen Anbieterin kürzlich eine Bewilligung erteilt wurde, und dürfen nicht zwischen ortsansässigen und ortsfremden Gesundheitsfachpersonen unterscheiden. So dürfen Stichproben beispielsweise nicht ausschliesslich bei ortsfremden Anbieterinnen angeordnet werden, sondern haben punktuell zufällig oder aufgrund eines konkreten Anhaltspunktes stattzufinden. Klar missbräuchlich und eine Umgehung des Binnenmarktrechts wäre daher die systematische Überprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen kurz nachdem einer ortsfremden Gesundheitsfachperson die Bewilligung erteilt wurde. Ein solches Vorgehen hätte einen abschreckenden Effekt und würde sich ähnlich wie eine Marktzugangsschranke auswirken.

67. Die kantonalen Vollzugsstellen sollten im Rahmen ihrer Kommunikation – beispielsweise auf ihren Merkblättern und Homepages – darauf verweisen, dass für Gesundheitsfachpersonen mit einer Bewilligung aus einem anderen Kanton das vereinfachte Bewilligungsverfahren nach Art. 12 Abs. 3 GesBG i. V. m. Art. 2 Abs. 6 BGBM gilt. Eine solche Pflicht der Kantone ergibt sich mitunter auch aus Art. 27 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 BV, wonach die Träger staatlicher Aufgaben zur Verwirklichung der Binnenmarktfreiheit beitragen müssen (vgl. dazu vorne Rz 34).

5.1.1.2 Gewerbliche Niederlassung im Bestimmungskanton

68. Soweit sich die betreffende Gesundheitsfachperson im Bestimmungskanton gewerblich niederlassen möchte, kommt nicht Art. 2 Abs. 6 BGBM, sondern Art. 2 Abs. 4 BGBM i.V.m. Art. 11 und 12 GesBG zur Anwendung (vgl. vorne Rz 14 und 38). Gemäss Bundesgericht darf die Behörde des Bestimmungskantons gestützt darauf die Bundesrechtskonformität der Erstbewilligung grundsätzlich (rück-)überprüfen. Dies hat aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2, Art. 27 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV sowie Art. 3 Abs. 4 BGBM) jedoch nur mit Zurückhaltung zu erfolgen und muss sich auf Notwendiges beschränken. Auf eine Rücküberprüfung ist mangels Verhältnismässigkeit zu verzichten, wenn von vornherein kein Verdacht vorliegt, dass die Erstbewilligung bundesrechtswidrig ist (vgl. vorne Rz 24). Ebenfalls aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips darf von der gesuchstellenden Person im Rahmen einer solche Rücküberprüfung keinesfalls verlangt werden, dass sie Informationen einreicht, die sich bereits aus dem Gesundheitsberuferegister ergeben oder die im Wege der Amtshilfe beschafft werden können (vgl. vorne Rz 63). Schliesslich ist im gesamten Zulassungsverfahren Art. 3 Abs. 4 BGBM zu beachten (vgl. vorne Rz 64).

5.1.2 Binnenmarktrechtskonforme Anwendung von Art. 13 GesBG

69. Wie gesehen (vorne Rz 51–54), gelten für kantonale Einschränkungen fachlicher, zeitlicher oder räumlicher Art oder Auflagen nach Art. 13 GesBG neben dieser Bestimmung auch die Voraussetzungen des Art. 3 BGBM, sofern davon Gesundheitsfachpersonen mit einer Bewilligung aus einem anderen Kanton betroffen sind.

70. Demnach muss die Einschränkung der Bewilligung gleichermassen auch für ortsansässige Gesundheitsfachpersonen gelten (Diskriminierungsverbot) und für die Sicherung einer qualitativ hochstehenden Gesundheitsversorgung – als einzigem gemäss Art. 13 GesBG zulässigem öffentlichen Interesse – unerlässlich sowie verhältnismässig sein (Art. 13 GesBG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 BGBM). Eine Einschränkung der Berufsausübungsbewilligung ist nur dann verhältnismässig, wenn sie zur Sicherung einer qualitativ hochstehenden Gesundheitsversorgung geeignet, erforderlich sowie verhältnismässig im engeren Sinn, d. h. zumutbar, ist. Die Notwendigkeit fehlt, wenn die Einschränkung oder Auflage nicht das mildeste Mittel zur Sicherung einer qualitativ hochstehenden Gesundheitsversorgung darstellt. Die Zumutbarkeit ist sodann zu verneinen, wenn das Interesse der Gesundheitsfachperson, ihren Beruf ohne Einschränkung der Bewilligung auszuüben, das öffentliche Interesse an der Einschränkung oder Auflage überwiegt.⁶² Art. 3 Abs. 2 BGBM enthält zudem eine nicht abschliessende Aufzählung von Fällen, in welchen Einschränkungen ohne Weiteres als unverhältnismässig gelten.

⁶² Vgl. BGE 142 I 49, E. 9.1 (Kopftuchverbot); PIERRE TSCHANEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2014, § 21 Rz. 6 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz 527 ff., 556 f.

71. Vor dem Hintergrund dieser hohen Anforderungen dürfte eine Einschränkung der Bewilligung einer ausserkantonalen Gesundheitsfachperson nach Art. 13 GesBG nur selten gerechtfertigt werden können. Die Prüfung, ob die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind, hat jedoch im Einzelfall zu erfolgen. Immerhin kann die abstrakte Aussage gemacht werden, dass Einschränkungen oder Auflagen meistens weniger milde Mittel darstellen als das Schaffen positiver Anreize in Form von Leistungsaufträgen oder Ähnlichem. So wäre es aus binnenmarktrechtlicher Sicht wohl kaum verhältnismässig, die Bewilligung einer ausserkantonalen Gesundheitsfachperson zur Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung lediglich auf ein abgelegenes Gebiet des betreffenden Kantons zu beschränken, um so in besagtem Gebiet eine qualitativ hochstehende Gesundheitsversorgung sicherzustellen, wenn dasselbe Ziel auch durch den Abschluss von Leistungsaufträgen oder durch die Gewährung von Subventionen erreicht werden kann.

72. Über Einschränkungen oder Auflagen nach Art. 13 GesBG ist in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

5.1.3 Binnenmarktrechtskonforme Anwendung von Art. 15 Abs. 2 GesBG

73. Gemäss Art. 15 Abs. 2 GesBG dürfen Inhaberinnen und Inhaber einer kantonalen Bewilligung während 90 Tagen pro Jahr ohne eine Bewilligung des Bestimmungskantons in diesem tätig sein. Es besteht für diese Fälle einzig eine jährliche Meldepflicht. Mit dieser Regelung soll eine Inländerdiskriminierung gegenüber Personen aus den Mitgliedstaaten der EU und der EFTA verhindert werden, da diese gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen und das EFTA-Abkommen ebenfalls das Recht haben, während 90 Tagen pro Jahr in der Schweiz tätig zu sein.

74. Bei der Einführung dieser Regelung für das interkantonale Verhältnis wurde allerdings übersehen, dass die Inhaberinnen und Inhaber einer kantonalen Bewilligung ohnehin gestützt auf Art. 12 Abs. 3 GesBG i. V. m. Art. 2 Abs. 6 BGBM sowie Art. 3 Abs. 4 BGBM in jedem anderen Kanton in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren eine unbefristete GesBG-Bewilligung erlangen können. Dieses Bewilligungsverfahren ist weniger aufwändig als das jährlich zu wiederholende Meldeverfahren zur Ausübung der Tätigkeit während 90 Tagen, sodass Letzteres hinfällig wird.⁶³ Die zuständigen kantonalen Vollzugsbehörden sollten daher ausserkantonalen Personen, die eine Tätigkeit nach Art. 15 Abs. 2 GesBG melden, darauf hinweisen, dass sie ausserdem ohne Weiteres auch eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung beantragen können.

75. Im Übrigen gelten Art. 2 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 4 BGBM wie gesehen (vorne Rz 57) auch für das Meldeverfahren nach Art. 15 Abs. 2 GesBG. Folglich können neben dem Meldeformular und der Kopie einer gültigen GesBG-Bewilligung eines anderen Kantons keine weiteren Unterlagen oder Dokumente verlangt werden, was sich jedoch ohne Weiteres bereits aus Art. 15 Abs. 2 GesBG selbst ergibt. Sollten Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der meldenden Person aufkommen, ist in erster Linie auf das Gesundheitsberuferegister zurück-

zugreifen. Das Meldeverfahren muss zudem kostenlos sein.

6 Empfehlungen

76. Zusammenfassend kommt die Wettbewerbskommission gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

A. Empfehlungen zur binnenmarktrechtskonformen Anwendung von Art. 11 und 12 GesBG

A-1. Grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr

A-1.1. Bewilligungen nach Art. 11 GesBG sind ausserkantonalen Gesundheitsfachpersonen gestützt auf die Bewilligung des Herkunftskantons zu erteilen (Art. 12 Abs. 3 GesBG i.V.m. Art. 2 Abs. 6 BGBM; siehe vorne Rz 61).

A-1.2. Dabei dürfen keine Angaben verlangt werden, welche die Überprüfung der Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 1 GesBG erlauben würden (Rücküberprüfungsverbot).

A-1.3. Das Erfordernis der Beherrschung einer Amtssprache (Art. 12 Abs. 1 Bst. c GesBG) darf überprüft werden, wenn die gesuchstellende Person keine Bewilligung eines Kantons vorweisen kann, in welchem mindestens eine Amtssprache gesprochen wird, die im Bestimmungskanton ebenfalls Amtssprache ist.

A-1.4. Die übrigen Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 1 GesBG dürfen durch den Bestimmungskanton nur dann überprüft werden, wenn konkrete Anhaltspunkte im Sinne der unter Rz 62 gemachten Erwägungen vorliegen.

A-2. Gewerbliche Niederlassung im Bestimmungskanton

A-2.1. Bewilligungen zur gewerblichen Niederlassung nach Art. 11 GesBG sind ausserkantonalen Gesundheitsfachpersonen gestützt auf die Bewilligung des Herkunftskantons zu erteilen (Art. 12 Abs. 3 GesBG i.V.m. Art. 2 Abs. 4 BGBM; siehe vorne Rz 68).

A-2.2. Das Erfordernis der Beherrschung einer Amtssprache (Art. 12 Abs. 1 Bst. c GesBG) darf überprüft werden, wenn die gesuchstellende Person keine Bewilligung eines Kantons vorweisen kann, in welchem mindestens eine Amtssprache gesprochen wird, die im Bestimmungskanton ebenfalls Amtssprache ist.

A-2.3. Die übrigen Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 1 GesBG dürfen durch den Bestimmungskanton nur dann überprüft werden, wenn ein Verdacht darauf vorliegt, dass die durch den Herkunftskanton erteilte Erstbewilligung bundesrechtswidrig ist.

⁶³ DIEBOLD (Fn 4), Freizügigkeit, N 1362.

A-3. Verfahren

A-3.1. Die kantonalen Vollzugsstellen sollten im Rahmen ihrer Kommunikation – beispielsweise auf ihren Merkblättern und Homepages – darauf verweisen, dass für ausserkantonale Gesundheitsfachpersonen das BGBM gilt, weswegen ihnen die Bewilligung des Bestimmungskantons bereits allein gestützt auf die Bewilligung des Herkunftskantons erteilt werden kann (siehe vorne Rz 67).

A-3.2. Für den Fall, dass eine Rücküberprüfung ausnahmsweise zulässig sein sollte, dürfen von der ausserkantonalen Gesundheitsfachperson keine Informationen oder Dokumente verlangt werden, die sich bereits aus dem Gesundheitsberuferegister ergeben oder im Wege der Amtshilfe beschafft werden können (siehe vorne Rz 63 und 68).

A-3.3. Auf das Verfahren zur Zulassung von ausserkantonalen Gesundheitsfachpersonen dürfen keinerlei Gebühren erhoben werden. Für die gesuchstellenden Personen darf dabei kein nennenswerter administrativer oder zeitlicher Aufwand entstehen (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

A-3.4. Verfügungen, mit welchen der Bestimmungskanton den Marktzugang einer ausserkantonalen Gesundheitsfachperson verweigert oder nur unter Auflagen oder Bedingungen gewährt oder mit welchen der ausserkantonalen Gesundheitsfachperson Kosten oder Gebühren auferlegt werden, sind der Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 10a Abs. 2 BGBM zuzustellen.

B. Empfehlungen zur Anwendung von Art. 13 GesBG

B-1. Die Zulässigkeit von Einschränkungen oder Auflagen nach Art. 13 GesBG ist anhand von Art. 3 Abs. 1–3 BGBM zu beurteilen, sofern davon ausserkantonale Gesundheitsfachpersonen betroffen sind.

B-2. Über Einschränkungen oder Auflagen nach Art. 13 GesBG ist in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

B-3. Verfügungen, mit welchen der Bestimmungskanton die Berufsausübungsbewilligung einer ausserkantonalen Gesundheitsfachperson einschränkt oder mit Auflagen verbindet, sind der Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 10a Abs. 2 BGBM zuzustellen.

C. Empfehlung zur Anwendung von Art. 15 Abs. 2 GesBG

C-1. Gesundheitsfachpersonen mit einer Bewilligung eines anderen Kantons, die eine 90 Tage-Tätigkeit nach Art. 15 Abs. 2 GesBG melden, sollten darauf hingewiesen werden, dass sie ohne Weiteres gestützt auf Art. 12 Abs. 3 GesBG i.V.m. Art. 2 Abs. 6 BGBM auch eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung beantragen können.

C-2. Das Meldeverfahren nach Art. 15 Abs. 2 GesBG muss kostenlos sein und ohne nennenswerten zeitlichen oder administrativen Aufwand durchgeführt werden (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

B 2.8

2. Recommandation de la COMCO du 27 mai 2019 concernant l'exécution de la loi fédérale sur les professions de la santé conforme à la législation sur le marché intérieur

Recommandation du 27 mai 2019 au sens de l'art. 8, al. 2, LMI concernant l'exécution de la loi fédérale sur les professions de la santé conforme à la législation sur le marché intérieur à l'intention des directions de la santé cantonales

1. Condensé

1. La loi fédérale sur les professions de la santé (LPSan) a été adoptée par les Chambres fédérales le 30 septembre 2016 et doit entrer en vigueur début 2020¹. Elle régit entre autres l'accès au marché pour certaines professions de la santé. Les cantons sont responsables de l'octroi des autorisations d'exercer une profession de la santé (cf. art. 1 ss LPSan; fédéralisme d'exécution). Si elles portent sur l'offre de services dans plusieurs cantons, il existe des liens avec la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), qui garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1, al. 1, LMI). La Commission de la concurrence (COMCO) est l'autorité de surveillance de la LMI; elle veille au respect de la LMI par la Confédération, les cantons et les communes de même que les autres organes assumant des tâches publiques (art. 8, al. 1, LMI). Elle peut adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants (art. 8, al. 2, LMI).

2. Ni la LPSan ni le message² correspondant ne règlent clairement le rapport entre la LMI et la LPSan. Il faut donc s'attendre à ce que les cantons interprètent différemment les dispositions de la LPSan relatives à l'accès intercantonal au marché et, partant, à ce que l'exécution diffère d'un canton à l'autre. Comme nous le montrons, ces différences sont susceptibles de contrevenir au principe du marché intérieur et sont donc problématiques. La présente recommandation clarifie le rapport entre la LMI et la LPSan et jette donc les bases d'une exécution de la LPSan conforme au droit du marché intérieur. Elle a été conçue comme une aide sur laquelle les autorités cantonales d'exécution peuvent s'appuyer pour appliquer la loi³.

3. En vue de la rédaction de la recommandation, le Secrétariat de la Commission de la concurrence s'est entretenu avec le Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI), l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), le Secrétariat général de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) et la Croix rouge suisse (CRS). Le SEFRI et l'OFSP ont dirigé les travaux en vue de la rédaction de la LPSan. La CDS est à la fois l'interlocutrice et l'organe de coordination pour la législation fédérale dans le domaine de la santé et son exécution par les cantons. La CRS doit recevoir diverses compétences d'exécution

à l'entrée en vigueur de la LPSan, notamment tenir le registre des professions de la santé.

4. Le chapitre 2 de la présente recommandation décrit le cadre fixé par le droit du marché intérieur, tandis que le chapitre 3 expose brièvement les règles d'accès au marché prévues par la LPSan. Le chapitre 4 explicite le rapport entre la LMI et la LPSan à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral; le chapitre 5, quant à lui, présente la manière dont les règles régissant l'accès au marché dans la LPSan doivent être appliquées pour être conformes au droit du marché intérieur. Le chapitre 6, enfin, énumère les résultats de la réflexion sous forme de recommandations aux autorités cantonales d'exécution.

2. Cadre fixé par le droit du marché intérieur

5. Le présent chapitre explique la teneur des principales règles imposées par la LMI, à savoir le principe du libre accès au marché et le principe du lieu de provenance (chap. 2.1). Tous deux sont applicables à la fois dans les domaines non harmonisés par le droit fédéral (chap. 2.1.1) et dans les domaines harmonisés par le droit fédéral (chap. 2.1.2). La LMI pose en outre des exigences relatives à la procédure d'accès au marché et prévoit que les autorités transmettent spontanément à la COMCO les décisions rendues en application de la LMI (chap. 2.2).

2.1 Principe du libre accès au marché

6. L'art. 2, al. 1, LMI accorde aux personnes auxquelles s'applique cette loi un droit individuel de libre accès au marché⁴, concrétisé par le principe du lieu de prove-

¹ <https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/fr/home/formation/pilotage-et-politique-de-la-formation-professionnelle/projets-et-initiatives/formations-dans-le-domaine-de-la-sante/loi-federale-sur-les-professions-de-la-sante.html> (consulté le 13 mai 2019).

² Message du 18.11.2015 concernant la loi fédérale sur les professions de la santé, FF 2015 7925.

³ Cf. la recommandation non publiée du 24.2.2014 de la COMCO à l'intention du Conseil fédéral concernant l'avant-projet de loi fédérale sur les professions de la santé (LPSan), qui émet des recommandations s'agissant du libellé de la loi.

⁴ NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Zurich/St-Gall 2016, no1212 ss.; DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, p. 209 ss., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum BGBM, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (éd.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zurich 2011, art. 2 no1.; Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (éd.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2e éd., Bâle 2007, p. 399 ss., nos 34–43.

nance⁵ (art. 2, al. 3 et 4, LMI). Selon l'art. 2, al. 1, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement (liberté de service). Ce sont les prescriptions du canton ou de la commune d'établissement du prestataire qui sont déterminantes (art. 2, al. 1, en relation avec l'al. 3 LMI). Selon l'art. 2, al. 4, LMI, toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement (liberté d'établissement). Le principe s'applique également en cas d'abandon de l'activité au lieu du premier établissement.

2.1.1 Principe du libre accès au marché dans les domaines non harmonisés

7. Dans les domaines qui ne sont pas harmonisés par le droit fédéral, l'accès au marché des autres cantons se fonde, d'une part, sur le principe du lieu de provenance, conformément à l'art. 2, al. 1 à 4, LMI et, d'autre part, sur la présomption d'équivalence, conformément à l'art. 2, al. 5, LMI. Cette dernière postule que les régimes d'accès au marché sont équivalents d'un canton ou d'une commune à l'autre, puisque l'on peut admettre que le besoin de protection ne varie guère d'un canton à l'autre⁶.

8. Le droit au libre accès au marché selon les dispositions cantonales ou communales relatives au lieu de provenance n'est pas absolu. Les autorités compétentes du lieu de destination⁷ peuvent restreindre l'accès au marché pour les offreurs externes en imposant des charges ou des conditions (art. 3, al. 1, LMI). La législation sur le marché intérieur limite toutefois cette possibilité aux cas où la présomption d'équivalence peut être réfutée⁸. Il appartient aux autorités compétentes du lieu de destination d'apporter la preuve correspondante. Le seul fait que des conditions d'autorisation différentes ou plus strictes soient requises au lieu de destination n'entraîne pas automatiquement la réfutation de la présomption d'équivalence⁹.

9. Si, dans un cas concret, la présomption d'équivalence n'a pas été réfutée, l'accès au marché doit être accordé sans autres restrictions¹⁰. Les autorités du lieu de destination ne peuvent notamment pas reconstruire les critères professionnels et personnels d'autorisation applicables au lieu de provenance (interdiction de réexamen). En clair, cela signifie que les autorités du lieu de destination ne peuvent pas exiger systématiquement la production d'attestations relatives aux critères personnels ou professionnels, tels que certificat de bonnes mœurs, extrait du registre des poursuites et faillites ou du casier judiciaire, ou encore certificat de capacité¹¹. En effet, les conditions d'autorisation du lieu de destination ne sont pas applicables sous réserve de l'art. 3, al. 1, LMI, de sorte qu'il ne saurait être question d'exiger des pièces justificatives pour prouver que ces conditions sont remplies. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un réexamen n'est admissible *qu'en présence d'indices concrets* suggérant que l'offreur externe ne remplissait pas

une condition d'octroi au moment de la délivrance de la première autorisation ou ne la remplit plus depuis lors¹².

10. Lorsque la présomption d'équivalence peut être réfutée dans un cas concret, il incombe aux autorités du lieu de destination de motiver, pour chacune des restrictions d'accès au marché qu'elles imposent, en quoi elle est conforme à l'art. 3 LMI, à savoir établir que chacune d'elles est indispensable à la protection d'un intérêt public prépondérant, répond au principe de la proportionnalité et n'est pas discriminatoire (art. 3, al. 1, LMI)¹³. Selon l'art. 3, al. 2, LMI, une restriction ne répond pas au principe de proportionnalité et n'est donc pas licite lorsque (non exhaustif):

- une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance;
- les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants;
- le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé, et
- une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'expérience professionnelle de l'offreur externe.

11. Les restrictions licites selon l'art. 3, al. 1 et 2, LMI ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3, al. 3, LMI).

⁵ Concernant le principe du lieu de provenance, cf. arrêt du Tribunal fédéral (TF) 2C_57/2011 du 3.5.2011 (installateur sanitaire Thurgovie); arrêt du TF 2C_844/2008 du 15.5.2009 (thérapeutes de médecine complémentaire); ATF 135 II 12 (psychothérapeute Zurich II); dans la littérature, p. ex. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, p. 129 ss., 142 ss.; recommandation de la COMCO du 27.2.2012 concernant l'accès au marché des services de taxi externes à l'exemple des réglementations d'accès au marché des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne ainsi que des villes de Zurich et Winterthur (en allemand uniquement), DPC 2012/2, 438 ss., ch. 14 ss.

⁶ Message du 20.11.2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421, 430.

⁷ Dans la législation sur le marché intérieur, le « lieu de destination » désigne le lieu où l'offreur externe fournit sa prestation.

⁸ Cf. ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II).

⁹ Concernant la jurisprudence sur la réfutation de la présomption d'équivalence, cf. DIEBOLD, Freizügigkeit (note 4), nos 1311 ss.

¹⁰ ATF 135 II 12 consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du TF 2C_57/2011 du 3.5.2011, consid. 3.4 (installateur sanitaire Thurgovie); recommandation de la COMCO sur les taxis (note 5), ch. 17 s.

¹¹ ATF 123 I 313, consid. 4b (avocat Häberli): « *Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist* »; cf. arrêt du TF 2P.316/1999 du 23.5.2000, consid. 2d (avocat Vaud).

¹² Arrêt du TF 2C_57/2010 du 4.12.2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); cf. ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du TF 2C_68/2009 du 14.7.2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

¹³ DIEBOLD, Freizügigkeit (note 4), nos 189 ss.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, p. 377 ss., 378.

2.1.2 Principe de la liberté d'accès au marché dans les domaines harmonisés

12. Dans certains domaines, l'accès au marché est régi intégralement par le droit fédéral sur le plan matériel (domaines harmonisés) et mis en application par les cantons (fédéralisme d'exécution). En pratique, des différences entre cantons sont inévitables, ce qui peut poser problème du point de vue du droit du marché intérieur lorsque ces variations ont pour effet de restreindre l'accès au marché. Cette problématique « atypique »¹⁴ constitue la *ratio legis* de l'art. 2, al. 6, LMI introduit sur proposition du Parlement lors de la révision de 2005 de la LMI, selon lequel, lorsqu'une autorité d'exécution cantonale a constaté que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral ou en a autorisé l'accès au marché, sa décision est applicable dans toute la Suisse. Cette disposition vise à garantir la libre circulation des marchandises, services et prestations de travail conformes au droit fédéral¹⁵. La validité, sur tout le territoire suisse, des décisions cantonales relatives à l'accès au marché garantit, pour les domaines harmonisés, qu'aucune barrière ne découle des différences d'interprétation et d'application du droit fédéral par les cantons.

13. Dès lors, conformément à l'art. 2, al. 6, LMI, une autorisation cantonale de pratiquer est en principe contraignante pour tous les autres cantons. Par conséquent, l'autorité du canton de destination ne peut pas reconstruire si les conditions légales fédérales étaient remplies au moment de la première autorisation ou si elles le sont encore. Un nouveau contrôle de la conformité au droit fédéral serait, par analogie à la jurisprudence relative à l'art. 2, al. 5, LMI (cf. supra ch. 9), tout au plus admissible *lorsqu'il existe des indices concrets* que, sur la base d'un fait nouveau, postérieur à la première décision de conformité, l'offreur ne remplit plus les conditions requises par le droit fédéral, ou lorsque l'autorité du lieu de provenance a manifestement et grossièrement mal appliqué le droit fédéral. Toutefois, dans la mesure où le droit fédéral prescrit un niveau de protection uniforme, une restriction de l'accès au marché au sens de l'art. 3, al. 1, LMI est exclue¹⁶. La procédure d'annonce ou d'autorisation en vue de contrôler s'il existe bien une autorisation au lieu de la première autorisation présumée (cf. infra ch. 22) constitue la seule exception à cette règle. On ne peut arrêter de manière théorique les cas dans lesquels il existe des indications concrètes que la législation fédérale n'a pas été respectée au moment de l'autorisation initiale. Toutefois, pour faciliter la distinction entre les réexamens admissibles et ceux qui ne le sont pas, il est recommandé de créer des types de cas sur lesquels l'autorité chargée de l'application du droit peut s'appuyer (cf. infra ch. 62 concernant la LPSan).

14. Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, l'art. 2, al. 6, LMI se réfère exclusivement à la liberté de service. La liberté d'établissement se fonde quant à elle, dans les domaines harmonisés aussi, sur l'art. 2, al. 4, LMI (concernant la distinction entre la liberté de service et la liberté d'établissement, cf. supra ch. 6). Selon le Tribunal fédéral, cela implique que l'autorité compétente du lieu de destination peut, contrairement aux domaines non harmonisés (cf. supra ch. 9 concernant la demande d'attestations), réexaminer la conformité au droit fédéral

d'une décision d'autorisation rendue au lieu de provenance, du moment que le titulaire de l'autorisation veut s'établir dans le canton de destination¹⁷. Contrairement au libellé explicite de l'art. 2, al. 4, 1^e phrase, LMI, l'art. 3, al. 1, LMI ne doit pas être appliqué en pareil cas, et ce quand bien même l'autorité compétente conclut, à la suite d'un tel examen, que l'autorisation initiale est contraire au droit fédéral et refuse ou restreint de ce fait l'établissement commercial ou l'assortit de conditions. Le Tribunal fédéral motive la non-applicabilité de l'art. 3, al. 1, LMI par le fait que la restriction de l'accès au marché dans les domaines harmonisés ne découle pas du droit cantonal, mais du droit fédéral¹⁸.

15. L'arrêt du Tribunal fédéral concerné a été critiqué par la doctrine¹⁹. L'autorisation de principe de procéder à un réexamen n'est guère compatible avec le mandat constitutionnel relatif à la création d'un espace économique suisse unique (art. 95, al. 2, Cst.²⁰). L'application systématique de l'art. 2, al. 6, LMI serait à la fois plus favorable au marché intérieur et mieux compatible avec la Cst. pour ce qui est du commerce des services transfrontière, mais aussi de l'établissement commercial. Le libellé de l'art. 2, al. 6, LMI n'exclut nullement son application à l'établissement commercial. La distinction que fait la LMI entre la liberté de service et la liberté d'établissement n'implique pas non plus que l'art. 2, al. 6, LMI ne s'applique qu'à la première et non à la seconde.

16. Si l'art. 2, al. 4, LMI, prévu en principe pour les domaines non harmonisés, doit également s'appliquer aux domaines harmonisés par le droit fédéral, il faudrait en tous les cas tenir compte de la disposition de l'art. 2, al. 6, LMI, selon laquelle le droit fédéral et les décisions d'autorisation des autorités d'exécution cantonales se fondant sur le droit fédéral doivent produire le même effet sur l'ensemble du territoire suisse. Des interprétations divergentes du droit fédéral par les autorités d'exécution cantonales ne sauraient entraîner des restrictions de l'accès au marché. C'est la raison d'être de

¹⁴ ZWALD, (note 4), no 51.

¹⁵ BO 2005, N 883 ss.; BO 2005 E 757, 763; DAVID HERREN, *Das Cassis de Dijon-Prinzip*, Berne 2014, p. 220; YVONNE SCHLEISS, *Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten*, Zurich 2014, p. 319; Secrétariat de la COMCO, *Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick*, DPC 2006/2, 221 s.

¹⁶ Cf. recommandation de la COMCO du 19.12.2016 concernant la pratique du canton du Tessin en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs externes, DPC 2017/1, 195 ss., 217s. ch. 119-125; recommandation de la COMCO du 19.12.2016 concernant la pratique du canton de Vaud en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs extracantonaux à l'attention du Conseil d'État du canton de Vaud, DPC 2017/1, 219ss., 231 ch:77 à 83; cf. ATF 144 II 147, consid. 4.2 (étude d'avocats en SA).

¹⁷ ATF 144 II 147, consid. 4.2 et 4.4 (étude d'avocats en SA); confirmé par l'arrêt du TF 2C_1004/2016 du 27.4.2018, consid. 3 ss.

¹⁸ ATF 144 II 147, consid. 6.2 (étude d'avocats en SA).

¹⁹ PETER HETTICH, *Urteilsbesprechung 2C_1054/2016, 2C_1059/2016, ZBI 119/2018, 242 ss., 250 ss.*; WALTER FELLMANN, *Multidisziplinäre Anwaltskörperschaften – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 144 II 147, ZSR/RDS vol. 138 (2019) I cahier 2, 225 ss., 243.*

²⁰ RS 101.

l'interdiction de réexamen figurant à l'art. 2, al. 6, LMI et explique en outre pourquoi, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 2, al. 4, LMI est systématiquement appliqué en relation avec la présomption d'équivalence (art. 2, al. 5, LMI) dans les domaines *non* harmonisés²¹. Comme le Tribunal fédéral l'a lui-même expliqué, la présomption d'équivalence n'aurait plus de raison d'être si l'attestation du titulaire de l'autorisation devait être réexaminée individuellement par le canton de destination (comme s'il s'agissait d'une nouvelle procédure d'autorisation)²².

17. Il ne ferait pas grand sens d'autoriser sur le principe les cantons à procéder à un réexamen relatif à l'établissement commercial dans les domaines harmonisés alors qu'en vertu de la présomption d'équivalence figurant à l'art. 2, al. 5, LMI, le réexamen des décisions d'autorisation leur est interdit dans les domaines non harmonisés. Il en résulterait que le principe du marché intérieur serait mieux appliqué dans les domaines économiques régis par le droit cantonal que dans les domaines harmonisés par une loi fédérale et dont la surveillance incombe aux cantons. En outre, cela irait à l'encontre de la volonté du législateur fédéral d'harmoniser les conditions d'octroi de l'autorisation dans un domaine économique donné afin notamment de renforcer l'importance du principe du marché intérieur²³. Étant donné que les conditions d'octroi de l'autorisation ont été uniformisées dans les domaines harmonisés au niveau fédéral, la LMI ne devant dès lors pas veiller à ce que le droit du canton de provenance soit aussi applicable dans le canton de destination (cf. art. 2, al. 4, LMI) puisque l'applicabilité du droit fédéral est déjà établie par l'art. 49, al. 1, Cst., l'interdiction de réexamen dans les domaines harmonisés constitue la pièce maîtresse de la législation sur le marché intérieur. Accorder un droit général de réexamen concernant l'établissement commercial dans les domaines harmonisés par le droit fédéral remettrait par conséquent en question les objectifs de la LMI. Si les cantons avaient le droit de reconstruire les conditions d'octroi de l'autorisation harmonisées par le droit fédéral à chaque demande d'autorisation d'établissement fondée sur la LMI, l'effet serait le même que si la LMI n'existait pas. Il est peu probable que cela reflète la volonté du législateur²⁴.

18. Il apparaît en outre problématique d'autoriser en principe les réexamens dans les domaines harmonisés en application de l'art. 2, al. 4, LMI, tandis que les refus ou les restrictions de l'accès au marché pour un offreur externe sur la base de ces réexamens ne seraient pas jugés à l'aune des conditions prévues à l'art. 3, al. 1, LMI. Étant donné que l'art. 2, al. 4, LMI concrétise le libre accès au marché intérieur²⁵ découlant de l'art. 27 Cst., les conditions énoncées à l'art. 36 Cst. sont de toute façon applicables à une décision aboutissant à un refus ou à une restriction. L'art. 3, al. 1, LMI s'inspire de l'art. 36 Cst. tout en tenant compte des spécificités du libre accès au marché intérieur. Il apparaît incohérent de nier l'applicabilité de l'art. 3, al. 1, LMI quand bien même l'art. 36 Cst. est, lui, applicable. Comme nous allons le montrer (cf. infra ch. 24), il s'agit d'appliquer l'art. 3, al. 4, LMI, qui concrétise le principe de proportionnalité, afin qu'en dépit de la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral, certaines exigences spécifiques au droit du

marché intérieur soient imposées au réexamen de l'autorisation initiale par l'autorité du lieu de destination.

19. Si la loi fédérale harmonisant l'accès au marché prévoit la possibilité, pour les cantons, d'émettre des restrictions, l'art. 2, al. 4 et 6, LMI ne s'appliquent en principe pas. En pareil cas, la restriction de l'accès au marché par le canton en vertu de la loi fédérale doit satisfaire aux exigences de l'art. 3 LMI²⁶.

2.2 Exigences relatives à la procédure d'accès au marché

20. Une procédure formelle d'accès au marché constitue une entrave administrative à l'accès au marché pour l'offreur externe, qui, selon les modalités et le domaine d'activité, peut avoir un effet prohibitif. Même la préparation de la demande et des pièces exigées, telles que des extraits du casier judiciaire et du registre des poursuites et faillites, implique du temps et des coûts susceptibles de limiter l'accès au marché d'autres cantons²⁷.

21. Aux termes de l'art. 3, al. 4, LMI, toute restriction au sens de l'art. 3, al. 1, LMI doit faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'obligation de procéder simplement, rapidement et gratuitement s'applique à la procédure d'examen en général et pas uniquement lorsque des restrictions à l'accès au marché sont envisagées ou prononcées²⁸. Le droit à une procédure simple, rapide et gratuite vaut donc pour toute procédure d'accès au marché, ce qui va au-delà de la lettre de l'art. 3, al. 4, LMI. Il est admissible de déroger au principe de la gratuité dans certains cas exceptionnels. C'est par exemple le cas lorsque le requérant abuse de son droit ou engendre des coûts inutiles par manque de collaboration²⁹.

22. Outre les exigences de l'art. 3, al. 4, LMI, il faut tenir compte du fait que les offreurs externes peuvent exercer leur activité sans aucune restriction en vertu du droit au libre accès au marché et du principe du lieu de provenance (art. 2, al. 1 à 4, LMI), sous réserve de l'art. 3, al. 1, LMI. Dans sa jurisprudence initiale – relative à la LMI dans sa version de 1995 – le Tribunal fédéral avait jugé que l'art. 2 LMI ne limitait pas la liberté des cantons

²¹ ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du TF 2C_57/2010 du 4.12.2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II).

²² Arrêt du TF 2C_68/2009 du 14.7.2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

²³ Cf. p. ex. message LPSan (note 2), 7959 *in fine*.

²⁴ Cf. FELLMANN (note 19), 243.

²⁵ ATF 125 I 276, consid. 4a, 5c/gg (mécanicien dentiste Grisons); message du 20.11.1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I, 262; message du 23.11.1994 concernant la loi sur le marché intérieur (LMI), FF 1995 I 1193, 1242.

²⁶ ATF 134 II 329, consid. 5.4 (Blanc); confirmé par l'ATF 144 II 147, consid. 4.2 (étude d'avocats en SA).

²⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit (note 4), nos 203 ss.

²⁸ ATF 123 I 313, consid. 5 (avocat Häberli); 125 II 56, consid. 5b (avocat Thalmann); 136 II 470, consid. 5.3 (CDIP): « Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché. »; arrêt du TF 2C_1004/2016 du 27.4.2018, consid. 5.

²⁹ ATF 123 I 313, consid. 5 (avocat Häberli).

dans la conception de la procédure d'accès au marché³⁰. Mais cette jurisprudence doit être relativisée à tout le moins depuis l'entrée en vigueur de la LMI 2005³¹. Le principe du lieu de provenance, renforcé à la suite de la révision de 2005, signifie que désormais, d'un point de vue formel, l'accès au marché d'autres cantons devrait se faire sans aucune formalité. Le message revLMI est explicite à ce sujet: « les personnes concernées ne seront pas tenues de demander une autorisation au lieu de destination pour exercer leur activité, puisqu'elles pourront exercer celle-ci sur la base de l'autorisation délivrée au lieu du premier établissement »³². Toutefois, afin que les autorités du canton de destination soient à même d'examiner si le canton de provenance a octroyé une autorisation, elles doivent être informées des activités des offreurs externes. Par ailleurs, les autorités du canton de destination exercent la surveillance des offreurs externes qui sont établis sur leur territoire ou qui y exercent une activité. Il doit par conséquent être possible de soumettre les offreurs externes à un « contrôle à l'entrée » et de réaliser une procédure d'annonce ou d'autorisation³³. Ces procédures sont distinctes des procédures visant à réexaminer les autorisations initiales. Tandis que les premières sont généralement autorisées et servent à garantir que seules les personnes ayant déjà été soumises à une procédure d'autorisation puissent invoquer la LMI, les secondes ne sont en principe admises qu'à titre exceptionnel et visent à contrôler la légalité de la première autorisation (concernant l'admissibilité des réexamens, cf. supra ch. 9 et 13 s. ainsi que ch. 24).

23. Chaque procédure formelle d'accès au marché constituant en soi une restriction à l'accès au marché au sens de l'art. 3, al. 1, LMI, elle doit par conséquent être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecter le principe de la proportionnalité³⁴. Le contrôle de l'existence d'une autorisation délivrée par le lieu de provenance de l'offreur externe et l'obligation de surveillance sont des intérêts publics pouvant justifier de s'écarter du principe d'un accès au marché dénué de formalités. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient de distinguer le cas de l'offreur externe qui, usant de sa liberté d'offrir des services, fournit temporairement sa prestation au lieu de destination ou s'y établit durablement³⁵. Concrétisant le principe de la proportionnalité, l'art. 3, al. 4, LMI prévoit en tous les cas une procédure simple, rapide et gratuite (cf. supra ch. 21)³⁶.

24. Dans ce contexte, il convient une fois encore de rappeler que le Tribunal fédéral a récemment expliqué dans sa jurisprudence que l'art. 2, al. 4, LMI est également applicable aux domaines harmonisés et que l'autorité compétente du lieu de destination est en principe habilitée à s'assurer que la première autorisation a été octroyée dans le respect du droit fédéral³⁷. Ce réexamen, ainsi qu'un éventuel refus ou une restriction de la liberté d'établissement commercial en découlant, ne constituent toutefois pas, selon lui, une restriction au sens de l'art. 3, al. 1, LMI (cf. infra ch. 14 ss.)³⁸. L'applicabilité de l'art. 3, al. 4, LMI en tant que concrétisation du principe de proportionnalité se justifie néanmoins, ce dernier ne couvrant pas uniquement les restrictions effectives de l'accès au marché (comme le Tri-

bunal fédéral l'a précisé à plusieurs reprises [cf. supra ch. 21]), mais toutes les procédures d'accès au marché, y compris la procédure par laquelle l'autorité compétente du lieu de destination réexamine la conformité de la première autorisation au droit fédéral³⁹. Un tel réexamen par l'autorité du lieu de destination doit donc s'effectuer dans le cadre d'une procédure simple, rapide et gratuite. Il ne serait pas proportionnel de procéder à ce nouveau contrôle s'il est clair d'emblée que l'autorisation initiale n'était pas contraire au droit fédéral. Une procédure de ce type doit en outre être prioritaire en vertu du principe de rapidité, et le réexamen de la conformité au droit fédéral doit se limiter au strict minimum.

25. Enfin, l'art. 10a, al. 2, LMI prévoit que les autorités et les tribunaux transmettent spontanément à la COMCO une version complète des décisions et des jugements rendus en application de la LMI. La COMCO rassemble ces décisions et jugements et peut les publier périodiquement. Pour des raisons pratiques, la COMCO demande uniquement aux services concernés de lui transmettre les décisions et jugements en exécution desquels un offreur externe se voit refuser l'accès au marché, doit s'acquitter de charges ou conditions, ou encourt des frais pour accéder au marché.

3. Accès au marché dans la LPSan

26. La LPSan a pour but de promouvoir la santé publique en encourageant la qualité de la formation à certaines professions de la santé enseignées dans les hautes écoles et la qualité de l'exercice de ces mêmes professions lorsqu'il se fait sous responsabilité professionnelle propre (art. 1 LPSan).

³⁰ ATF 125 II 56, consid. 5a (avocat Thalmann): « Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert. »; ATF 125 II 406, consid. 3 (Avocat d'Appenzell-Rhodes Intérieures); DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, Bâle 2003, p. 110 s.

³¹ DIEBOLD, Freizügigkeit (note 4), no 1357.

³² Message revLMI (note 6), 440; arrêt du 22.5.2007 du Tribunal supérieur du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, consid. 2.2, in: AR GVP 2007 114: « Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstinverlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben. »

³³ Recommandation COMCO Tessin (note 16), 173 ch. 13; recommandation COMCO Vaud (note 16), 237 ch. 13.

³⁴ DIEBOLD, Freizügigkeit (note 4), no 1059; recommandation de la COMCO Taxi (note 5), ch. 23 s.; autre avis, ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9e éd., Zurich 2016, no 735.

³⁵ DIEBOLD, Freizügigkeit (note 4), no 1359.

³⁶ Recommandation COMCO Tessin (note 16), 173 ch. 14; recommandation COMCO Vaud (note 16), 237 ch. 15.

³⁷ ATF 144 II 147, consid. 4.2 et 4.4 (Étude d'avocats en SA).

³⁸ ATF 144 II 147, consid. 6.2 (Étude d'avocats en SA).

³⁹ Arrêt du TF 2C_1004/2016 du 27.4.2018, consid. 5 s.

27. Par profession de la santé au sens de l'art. 2, al. 1, LPSan, on entend:

- a. infirmier;
- b. physiothérapeute;
- c. ergothérapeute;
- d. sage-femme;
- e. diététicien;
- f. optométriste;
- g. ostéopathe.

28. Outre ces professions nouvellement réglementées à l'échelon fédéral, il existe une série d'autres activités relevant de la santé dont la réglementation demeure du ressort des cantons⁴⁰.

29. Conformément à son but, la LPSan règle les compétences des personnes diplômées dans des filières permettant l'apprentissage des professions de la santé couvertes par le champ d'application de la loi, l'accréditation de ces filières, la reconnaissance des diplômes étrangers, l'exercice de la profession sous propre responsabilité professionnelle et le registre des professions de la santé (art. 2, al. 2, LPSan).

30. Du point de vue de sa conception, la LPSan s'inspire fortement de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (loi sur les professions médicales, LPMéd; RS 811.11) et de la loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (loi sur les professions de la psychologie, LPsy; RS 935.81)⁴¹. Bon nombre des dispositions de ces lois ont été reprises pratiquement telles quelles dans la LPSan⁴².

31. Les normes pertinentes sous l'angle de la législation sur le marché intérieur sont en premier lieu les art. 11 à 13 LPSan, relatifs à l'octroi d'une autorisation pour l'exercice de la profession. Selon l'art. 11 LPSan, l'exercice d'une profession de la santé sous propre responsabilité professionnelle requiert une autorisation du canton où la profession est exercée. Les conditions d'octroi de l'autorisation figurent à l'art. 12, al. 1 et 2, LPSan. L'art. 12, al. 3, LPSan prévoit qu'une personne titulaire d'une autorisation cantonale de pratiquer sa profession est présumée remplir les conditions requises pour l'octroi d'une autorisation dans un autre canton. Aux termes de l'art. 13 LPSan, les cantons peuvent prévoir que des autorisations de pratiquer soient soumises à des restrictions professionnelles, temporelles ou géographiques ainsi qu'à des charges pour autant que ces restrictions et ces charges soient nécessaires pour garantir des soins de qualité.

32. Outre les règles sur l'octroi de l'autorisation de pratiquer, l'art. 15, al. 2, LPSan prévoit une obligation d'annoncer l'offre de services dans un autre canton. Les titulaires d'une autorisation cantonale au sens de l'art. 11 LPSan ont le droit d'exercer leur profession sous leur propre responsabilité professionnelle dans un autre canton, pendant 90 jours au plus par année civile, sans devoir requérir une autorisation de ce canton auprès du service cantonal compétent. Ces personnes doivent s'annoncer auprès de l'autorité cantonale compétente.

4. Rapport entre la LMI et la LPSan

33. Le présent chapitre décrit les rapports entre les dispositions de la LMI et celles des art. 11 à 13, et 15, al. 2, LPSan. Après un examen des liens entre la LMI et des lois fédérales plus spécifiques (chap. 4.1) sera abordée la question de l'application parallèle de la LMI et de la LPSan (chap. 4.2). Enfin, une synthèse des résultats sera proposée (chap. 4.3).

4.1 Généralités

34. En exécution du mandat constitutionnel relatif à la création d'un espace économique suisse unique (art. 95, al. 2, Cst.), la LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1, al. 1, LMI). De nombreuses dispositions de la LMI concrétisent, au niveau législatif, la liberté économique au sein du marché intérieur⁴³ visée à l'art. 27 Cst., à la réalisation de laquelle est tenu de contribuer quiconque assume une tâche de l'État (cf. art. 35, al. 1 et 2, Cst.).

35. La LMI est conçue comme une loi-cadre. Elle ne définit pas elle-même les conditions matérielles d'autorisation, mais vise à créer le marché intérieur suisse sur la base du principe du lieu de provenance⁴⁴. La LMI prime les prescriptions d'accès au marché cantonales et communales en vertu de l'art. 49, al. 1, Cst.

36. Plus épineuse est la question des relations entre la LMI et d'autres lois fédérales qui harmonisent, certes, les conditions matérielles d'accès au marché dans un domaine précis, mais qui transfèrent aux cantons l'exécution de la réglementation fédérale (fédéralisme d'exécution). Comme indiqué plus haut (ch. 12 à 19), la LMI déploie aussi ses effets en lien avec ces lois spéciales fédérales: l'art. 2, al. 6, LMI témoigne de la volonté du législateur fédéral de ne pas induire de nouvelles barrières par le biais du fédéralisme d'exécution, ce qui irait à l'encontre des décisions législatives visant à harmoniser, par une loi spéciale, l'accès au marché dans toute la Suisse pour un domaine donné.

37. Le législateur fédéral s'est lui-même astreint, par l'art. 2, al. 2, LMI, à garantir la liberté d'accès au marché

⁴⁰ Cf. commentaire du registre national actif basé sur les personnes (NAREG): www.nareg.ch/Home/About (consulté le 13 mai 2019).

⁴¹ Cf. message LPSan (note 2), 7927.

⁴² Les observations suivantes concernant le rapport entre la LPSan et la LMI (chap. 4) et l'application de la LPSan conforme au droit du marché intérieur (chap. 5) pourraient dès lors en principe être prises en considération aux fins de l'application de la LPMéd et de la LPsy, dès lors que ces dernières ne diffèrent pas de la LPSan.

⁴³ ATF 125 I 276 consid. 4a, 5c/gg (mécanicien dentiste Grisons); message Cst. (note 24), 304; message LMI (note 24), 1242.

⁴⁴ Message revLMI (note 6), 426; Oesch/Zwald (note 4), art. 1 no 6.

lors de l'élaboration de ses actes normatifs⁴⁵. Cela ne l'empêche toutefois pas de prévoir dans ses lois spéciales un régime d'accès au marché plus contraignant que celui de la LMI si un intérêt public prépondérant le justifie⁴⁶. Ces dérogations au droit général du marché intérieur ne doivent pas être admises à la légère compte tenu du principe constitutionnel du marché intérieur (art. 27 et 95, al. 2, Cst.), de l'obligation faite à l'État de réaliser la liberté d'accès au marché intérieur (art. 27 en relation avec l'art. 35, al. 1 et 2, Cst.) et de l'engagement pris par le législateur fédéral à l'art. 2, al. 2, LMI. Elles doivent clairement résulter de la volonté du législateur. Ainsi, si une loi fédérale plus spécifique entre en conflit avec la LMI, il convient d'examiner dans une perspective d'ensemble, au regard des dispositions individuelles et en tenant compte de la volonté du législateur fédéral, si la LMI doit s'appliquer parallèlement à la loi spéciale⁴⁷.

38. Le Tribunal fédéral a dû se pencher à plusieurs reprises sur la question de l'applicabilité parallèle de la LMI et d'autres lois fédérales régissant l'accès au marché dans un domaine donné⁴⁸. Concernant les relations entre la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats, LLCA; RS 935.61), il a estimé que la LMI ne s'applique pas si la LLCA édicte de manière exhaustive des règles uniformes d'accès au marché valable pour l'entier du territoire suisse, à l'exception de l'art. 2, al. 6, LMI, qu'un offreur peut invoquer si le canton de destination lui refuse l'accès au marché en interprétant le droit fédéral différemment du canton de provenance⁴⁹. Selon cette jurisprudence, seule la liberté de service est régie par l'art. 2, al. 6, LMI dans le domaine harmonisé par le droit fédéral. La liberté d'établissement commercial, quant à elle, relève de l'art. 2, al. 4, LMI. À la différence de l'art. 2, al. 6, LMI, cette disposition permet à l'autorité compétente du lieu de destination de réexaminer la conformité au droit fédéral de la décision d'autorisation rendue au lieu de provenance⁵⁰. Contrairement au libellé explicite de la loi – et à la différence du domaine non harmonisé – l'art. 3, al. 1, LMI ne doit toutefois pas être appliqué si, à la suite de ce réexamen, l'autorité du lieu de destination conclut que l'autorisation initiale est contraire au droit fédéral, et refuse ou restreint de ce fait l'établissement commercial (cf. supra ch. 14)⁵¹. Dans le domaine réglementé de manière exhaustive par le droit fédéral, l'art. 3, al. 4, LMI s'applique toujours parallèlement à l'art. 2, al. 4 et 6, LMI (cf. supra ch. 24)⁵².

39. Le Tribunal fédéral a par contre estimé que l'art. 3, al. 1, LMI doit continuer de s'appliquer lorsque la loi spéciale harmonisant en principe l'accès au marché laisse une compétence résiduelle aux cantons, à l'instar de l'art. 3 LLCA. En conséquence, une disposition cantonale fondée sur l'art. 3 LLCA ne peut restreindre le droit des avocats au libre accès au marché que si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont remplies. Les dispositions de type fédéraliste qui, tel l'art. 3 LLCA, contreviennent sur le principe à la LMI, ne peuvent être appliquées que de manière restrictive par les cantons (cf. supra ch. 19)⁵³.

4.2 Applicabilité parallèle de la LPSan et de la LMI

40. La LPSan contient, aux art. 11 à 13, et 15, al. 2, des prescriptions d'accès au marché. Alors que les art. 11 à

13 LPSan règlent l'octroi de l'autorisation de pratiquer, l'art. 15, al. 2, LPSan prévoit une obligation d'annonce pour la fourniture de services dans un autre canton. Les dispositions pertinentes de la LPSan vont être examinées ci-après afin de déterminer si, et le cas échéant dans quelle mesure, une application parallèle de la LMI est requise.

41. Il convient de déterminer par interprétation si une loi fédérale régissant l'accès au marché prime ou non la LMI, ou si elle s'applique de manière parallèle⁵⁴. La lettre de la loi est le point de départ de toute interprétation. Si le texte n'est pas clair ou si plusieurs interprétations sont possibles, il faut alors s'interroger sur la véritable portée de la norme concernée. Ce faisant, il convient d'intégrer tous les éléments d'interprétation, notamment les méthodes d'interprétation historiques, téléologiques et systématiques. De même, il y a lieu de replacer l'esprit de l'acte normatif dans son contexte⁵⁵.

4.2.1 Interprétation des art. 11 et 12 LPSan

42. L'art. 11 LPSan dispose que l'exercice d'une profession de la santé sous propre responsabilité professionnelle requiert une autorisation du canton où la profession est exercée. L'autorisation est délivrée par l'autorité cantonale compétente et n'est valable que sur le territoire de celle-ci. Il s'agit ainsi d'une autorisation d'accès au marché valable au niveau cantonal et régie par une loi fédérale⁵⁶.

⁴⁵ Message LMI (note 24), 1244; PAUL RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlich-rechtlicher Sicht, PJA 1995, 593 ss., 602; RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrecht, Berne 2007, no 411; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (éd.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd., Bâle 2013, art. 1 no 50, art. 2, al. 1–6, no 91; autre avis, PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Berne 2013 no 630 et MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zurich/Saint-Gall 2010, no 811.

⁴⁶ Cf. DIEBOLD, Freizügigkeit (note 4), no 1059.

⁴⁷ Cf. ATF 144 II 147, consid. 4.2 (Anwalts-AG); 141 II 280, consid. 5.2.1 (agent d'affaires Vaud); 134 II 329, consid. 5.2 (Blanc).

⁴⁸ Cf. ATF 144 II 147 (Étude d'avocats en SA); 141 II 280 (agent d'affaires Vaud); 135 I 106 (Office de poursuite de Genève); 134 II 329 (Blanc).

⁴⁹ ATF 144 II 147, consid. 4.2 (Étude d'avocats en SA) avec renvoi à Bianchi della Porta (note 44), art. 2, al. 1 à 6, no 59 s.

⁵⁰ ATF 144 II 147, consid. 4.2 et 4.4 (Étude d'avocats en SA); confirmé par l'arrêt du TF 2C_1004/2016 du 27.4.2018, consid. 3 ss.

⁵¹ ATF 144 II 147, consid. 6.2 (Étude d'avocats en SA). Pour la critique de cette décision, cf. supra ch. 15 ss.

⁵² Arrêt du TF 2C_1004/2016 du 27.4.2018, consid. 5 s.

⁵³ ATF 134 II 329, consid. 5.4 (Blanc); confirmé par l'ATF 144 II 147, consid. 4.2 (Étude d'avocats en SA); 141 II 280, consid. 5.2.1 (agent d'affaires Vaud).

⁵⁴ Cf. ATF 141 II 280, consid. 6 (agent d'affaires Vaud), dans lequel le Tribunal fédéral exclut l'applicabilité parallèle de la LMI et de l'art. 68, al. 2, let. b et d, du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272) en tenant compte de tous les éléments d'interprétation.

⁵⁵ ATF 141 II 280, consid. 6.1 (agent d'affaires Vaud) et jurisprudence citée; 135 II 416, consid. 2.2 (valeur locative); 114 V 219, consid. 3a (responsabilité de l'employeur).

⁵⁶ Cf. DIEBOLD, Freizügigkeit (note 4), no 1082 ss.

43. L'autorisation d'exercer une profession sous propre responsabilité professionnelle est octroyée en vertu de l'art. 12, al. 1, LPSan si le requérant:

- a. est titulaire du diplôme correspondant visé à l'art. 12, al. 2, LPSan ou d'un diplôme étranger reconnu;
- b. est digne de confiance et présente tant physiquement que psychiquement les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession, et
- c. maîtrise une langue officielle du canton pour lequel l'autorisation est demandée.

44. Si le requérant remplit les conditions professionnelles et personnelles visées à l'art. 12, al. 1, LPSan, l'autorité cantonale compétente doit autoriser l'exercice de la profession. Selon les termes de l'art. 12, al. 1, LPSan, l'autorisation visée à l'art. 11 LPSan est donc une autorisation de police. Les conditions d'autorisation sont réglées de manière exhaustive par la LPSan. Les cantons ne disposent par conséquent d'aucune marge de manœuvre pour imposer des conditions supplémentaires. Le message rappelle expressément ce point dans ses commentaires relatifs à l'art. 12 LPSan⁵⁷.

45. Si une loi fédérale prévoit des conditions d'autorisation uniformes, deux articles sont régulièrement appliqués: l'art. 2, al. 6, LMI, en référence à la liberté de service, et l'art. 2, al. 4, LMI, en référence à la liberté d'établissement. L'art. 3, al. 4, LMI est quant à lui applicable à toutes les procédures d'accès au marché (cf. supra ch. 21, 24 et 38).

46. Pour savoir si, conformément à cette règle, l'art. 2, al. 4 et 6, LMI s'applique aussi à la LPSan, il faut se référer à l'art. 12, al. 3, LPSan, qui dispose que toute personne titulaire d'une autorisation de pratiquer au sens de la LPSan *est présumée* remplir les conditions requises pour l'octroi d'une autorisation dans un autre canton. Le libellé de cette disposition diffère de celui de l'art. 2, al. 4 et 6, LMI et ne précise pas quelles sont les exceptions au principe énoncé. On ne saurait donc se fonder uniquement sur la lettre pour éclairer le sens véritable de l'art. 12, al. 3, LPSan. Il faut dès lors faire appel aux autres éléments d'interprétation.

47. Un des objectifs de la LPSan est d'harmoniser au niveau fédéral les conditions d'exercice de certaines professions de la santé⁵⁸. Partant, l'art. 12, al. 3, LPSan vise à empêcher toute segmentation du marché en fonction des frontières cantonales susceptible de résulter du fédéralisme d'exécution en dépit de l'harmonisation des conditions d'autorisation⁵⁹. Il poursuit ainsi le même objectif que l'art. 2, al. 4 et 6, LMI, dont il matérialise les dispositions dans le domaine des professions de la santé. Il y a donc lieu, pour l'application de l'art. 12, al. 3, LPSan, de tenir compte de la pratique développée quant à l'art. 2, al. 4 et 6, LMI.

48. Les exceptions au principe visé à l'art. 12, al. 3, LPSan en découlent directement. Certes, un professionnel de la santé agréé dans son canton de provenance est présumé remplir les conditions d'autorisation dans n'importe quel autre canton. Toutefois, comme les langues officielles peuvent varier d'un canton à l'autre, il

n'est pas exclu que la condition d'autorisation liée à la maîtrise d'une langue officielle du canton de destination (art. 12, al. 1, let. c, LPSan) ne soit pas remplie malgré l'autorisation délivrée par le canton de provenance. La question du traitement de ce type de cas d'une manière conforme à la LMI est abordée ci-après (ch. 61) dans la section consacrée à l'exécution de la LPSan conforme à la LMI (chap. 5). Sont aussi concernés les cas dans lesquels un réexamen est (exceptionnellement) admis (cf. les commentaires généraux supra aux ch. 13 s. et les commentaires relatifs à la LPSan infra aux ch. 62 et 68) et conduit à une restriction de l'accès au marché.

49. Ainsi, l'art. 12, al. 3, LPSan concrétise l'art. 2, al. 4 et 6, LMI, et ces deux derniers alinéas s'appliquent parallèlement aux art. 11 et 12 LPSan. Cette interprétation est confortée par le message qui, dans ses commentaires relatifs à l'art. 12, al. 3, LPSan, renvoie explicitement au principe du marché intérieur et à l'art. 3, al. 4, LMI⁶⁰. Le législateur est en ligne avec l'art. 2, al. 2, LMI et au mandat constitutionnel visé à l'art. 95, al. 2, Cst.

50. En résumé, les art. 2, al. 4 et 6, et 3, al. 4, LMI doivent s'appliquer parallèlement aux art. 11 et 12 LPSan.

4.2.2 Interprétation de l'art. 13 LPSan

51. Aux termes de l'art. 13 LPSan, les cantons peuvent prévoir que des autorisations de pratiquer soient soumises à des restrictions professionnelles, temporelles ou géographiques ainsi qu'à des charges pour autant que ces restrictions et ces charges soient nécessaires pour garantir des soins de qualité. Selon le texte de loi, cette compétence est valable sans restriction et peut donc aussi être appliquée au professionnels de la santé détenant déjà une autorisation délivrée dans un autre canton. L'art. 13 LPSan est donc en contradiction directe avec le principe de la LMI selon lequel des restrictions d'accès au marché sont inadmissibles dans les domaines pour lesquels le droit fédéral prescrit un niveau de protection uniforme (cf. supra ch. 13).

52. Si une disposition de type fédéraliste se trouvant dans une loi fédérale est en contradiction dans son principe avec la LMI, l'art. 3, al. 1, LMI s'applique alors aux restrictions cantonales du droit au libre accès au marché, pour autant que celles-ci se fondent sur la compétence résiduelle prévue dans la loi spéciale (cf. supra ch. 39).

53. Dans la partie consacrée à l'art. 13 LPSan, le message cite la jurisprudence⁶¹ pertinente en la matière et contient le commentaire suivant:

⁵⁷ Message LPSan (note 2), 7957.

⁵⁸ Message LPSan (note 2), 7935.

⁵⁹ Cf. message LPSan (note 2), 7959 s.

⁶⁰ Message LPSan (note 2), 7959 s.

⁶¹ Message LPSan (note 2), 7960 note 43.

« La garantie de soins fiables et de qualité constitue le seul intérêt public prépondérant qui permettrait de justifier, au sens de l'art. 3, al. 1, let. b, LMI, une restriction ou une charge relative à l'autorisation. S'appliquent ensuite les autres conditions figurant à l'art. 3 LMI, selon lesquelles une restriction ou des charges cantonales doivent non seulement s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux mais aussi tenir compte du principe de proportionnalité⁶². »

54. L'art. 13 LPSan matérialise ainsi l'art. 3, al. 1, let. b, LMI et le restreint en ce sens que seule la garantie de soins de qualité peut être invoquée comme intérêt public. Par ailleurs, les restrictions relatives à l'autorisation de pratiquer qu'un canton de destination peut opposer à un professionnel de la santé extracantonal sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables à toute autre restriction d'accès au marché de nature intercantonale. Il s'ensuit que l'art. 3, al. 1 à 3, LMI s'applique aux restrictions fondées sur l'art. 13 LPSan. En outre, la procédure d'autorisation est globalement soumise à l'art. 3, al. 4, LMI (cf. supra ch. 21).

4.2.3 Interprétation de l'art. 15, al. 2, LPSan

55. Les titulaires d'une autorisation cantonale ont le droit d'exercer leur profession de la santé sous leur propre responsabilité professionnelle dans un autre canton, pendant 90 jours au plus par année civile, sans devoir requérir une autorisation dudit canton. Les restrictions et les charges liées à leur autorisation s'appliquent aussi à cette activité. Les professionnels de la santé concernés doivent s'annoncer auprès de l'autorité cantonale compétente, laquelle inscrit l'annonce au registre (art. 15, al. 2, LPSan).

56. L'obligation de s'annoncer prévue à l'art. 15, al. 2, LPSan constitue une alternative temporaire à l'accès intercantonal au marché via l'autorisation de pratiquer selon les art. 11 et 12 LPSan. Toutefois, contrairement à l'autorisation de pratiquer, elle ne concerne que la fourniture de services dans un autre canton, pas l'établissement commercial.

57. Cette disposition règle les conditions d'autorisation de manière exhaustive: il faut détenir une autorisation du canton de provenance et annoncer l'exercice de l'activité à l'autorité compétente du canton de destination. Si une loi fédérale prévoit des conditions d'autorisation uniformes, l'art. 2, al. 6, LMI s'applique pour ce qui touche à la liberté de service. L'art. 3, al. 4, LMI est quant à lui applicable à toutes les procédures d'accès au marché (cf. supra ch. 21 et 38). Les art. 2, al. 6, et 3, al. 4, LMI s'appliquent donc parallèlement à l'art. 15, al. 2, LPSan. Par contre, l'art. 2, al. 4, LMI n'est pas applicable parallèlement à l'art. 15, al. 2, LPSan, car ce dernier ne régit que la fourniture de services dans un autre canton, pas l'établissement commercial.

4.3 Synthèse

58. La LPSan n'exclut pas l'application de la LMI. En effet, ces deux lois sont complémentaires et s'appliquent en parallèle: l'art. 2, al. 4 et 6, et l'art. 3, al. 4, LMI sont applicables parallèlement aux art. 11 et 12 LPSan en ce qui concerne l'octroi de l'autorisation de pratiquer. Les conditions prévues à l'art. 3, al. 1 à 3, LMI s'appliquent aux restrictions cantonales à l'autorisation imposées à

un offreur extracantonal en vertu de l'art. 13 LPSan. Il importe en outre de respecter les exigences de l'art. 3, al. 4, LMI relatives à la procédure. Enfin, l'art. 2, al. 6, et l'art. 3, al. 4, LMI – mais pas l'art. 2, al. 4, LMI – doivent être appliqués parallèlement à l'art. 15, al. 2, LPSan.

5. Exécution de la LPSan conforme à la LMI

59. On vient de le voir, les dispositions de la LMI s'appliquent également aux procédures d'accès au marché selon la LPSan. Les explications ci-après vont clarifier ce que cela signifie pour une mise en œuvre de la LPSan conforme à la LMI.

5.1.1 Application conforme à la LMI des art. 11 et 12 LPSan

60. L'applicabilité parallèle de l'art. 2, al. 4 et 6, LMI et des art. 11 et 12 LPSan signifie qu'un professionnel de la santé qui dispose déjà d'une autorisation délivrée par son canton de provenance a en principe le droit, sur la base de celle-ci, d'exercer sa profession dans n'importe quel autre canton. Pour ce faire, il doit demander une autorisation spécifique auprès de l'autorité compétente du canton de destination considéré (art. 11 LPSan).

5.1.1.1 Fourniture de services dans un autre canton

61. Tant que le professionnel de la santé concerné ne s'établit pas dans le canton de destination et propose ses services depuis son canton de provenance, il est en principe interdit à l'autorité compétente du canton de destination d'examiner si les conditions de l'art. 12, al. 1, LPSan sont remplies (interdiction de réexamen). Les conditions d'octroi de l'autorisation ont déjà été examinées par l'autorité du canton de provenance dans le cadre de l'autorisation initiale. En vertu de l'art. 12, al. 3, LPSan en relation avec l'art. 2, al. 6, LMI, la décision de l'autorité du canton de provenance d'octroyer une autorisation est également contraignante pour le canton de destination (cf. supra ch. 13). L'autorité du canton de destination n'est donc pas habilitée, en principe, à exiger d'un professionnel de la santé extracantonal qu'il présente un diplôme, ni à vérifier que le requérant est digne de confiance, présente tant physiquement que psychologiquement les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession ou maîtrise une langue officielle du canton (cf. art. 12, al. 1, LPSan). Comme l'autorisation du canton de provenance constitue la base de l'octroi de l'autorisation dans le canton de destination, l'autorité du canton de destination peut demander la remise d'une copie de l'autorisation initiale et d'un formulaire de demande. La présentation d'autres documents tels qu'un extrait du casier judiciaire, un certificat de bonnes mœurs émanant du canton de provenance ou un diplôme de langue ne peut être exigée. L'autorité du canton de destination peut demander qu'on lui fournisse, outre une copie de la première autorisation et un formulaire de demande, la preuve de la maîtrise d'une langue officielle, qu'à la seule condition que dans le canton de provenance du professionnel de la santé, il ne soit pas parlé au moins une langue officielle du canton de destination (cf. art. 12, al. 1, let. c, LPSan et supra ch. 48).

⁶² Message LPSan (note 2), 7960.

62. Un réexamen des conditions de l'art. 12, al. 1, LPSan par le canton de destination n'est possible qu'à titre exceptionnel, notamment en présence d'indices concrets qu'un professionnel de la santé extracantonal ne remplit plus les conditions d'autorisation du fait de nouvelles circonstances survenues après la première décision cantonale, ou si l'autorité du canton de provenance a manifestement et grossièrement mal appliqué le droit fédéral (cf. supra ch. 13). Ces indices peuvent par exemple être fournis par le registre des professions de la santé (cf. art. 23 ss. LPSan), lequel contient notamment des informations sur les mesures disciplinaires prononcées dans un autre canton. Le fait que des mesures disciplinaires aient été prononcées peut être considéré comme un motif de réexamen des conditions d'autorisation visées à l'art. 12, al. 1, LPSan. Il en va de même, par analogie, lorsque l'autorité du canton de destination a connaissance de plaintes déposées auprès d'autres autorités à l'encontre du professionnel de la santé concerné, lorsque ce dernier a fait l'objet de commentaires négatifs dans les médias ou lorsqu'il jouit d'une réputation douteuse pour d'autres raisons. Par contre, le fait que l'octroi de l'autorisation initiale par le canton de provenance remonte à plusieurs années ne constitue pas un motif de réexamen suffisant. Un réexamen systématique des conditions d'autorisation visées à l'art. 12, al. 1, LPSan en l'absence d'indice concret n'est en aucun cas admissible.

63. Si un réexamen est exceptionnellement admis, il ne peut en aucun cas être demandé au requérant de fournir des informations figurant déjà dans le registre des professions de la santé ou pouvant être obtenues par voie d'assistance administrative (art. 18 LPSan par analogie). En effet, ce registre sert précisément à la simplification des procédures d'autorisation (art. 23, al. 2, let. e, LPSan). La consultation du registre des professions de la santé et l'obtention par assistance administrative d'informations déjà disponibles auprès de l'autorité du canton de provenance impactent du reste moins les droits d'accès au marché du professionnel de la santé extracantonal que si ce dernier devait de nouveau soumettre l'intégralité de ses documents à l'autorité du canton de destination. Par conséquent et compte tenu du principe de proportionnalité (art. 5, al. 2, et art. 27 en relation avec l'art. 36, al. 3, Cst., et art. 3, al. 1, let. c, et al. 4, LMI), un éventuel réexamen des conditions d'autorisation visées à l'art. 12, al. 1, LPSan doit être effectué de la manière la plus modérée possible.

64. Il importe enfin, pour toute la procédure d'autorisation, de se conformer à l'art. 3, al. 4, LMI. Les demandes d'autorisation émanant de professionnels de la santé disposant d'une autorisation délivrée dans un autre canton doivent être traitées en priorité, dans les plus brefs délais, sans trop de bureaucratie et gratuitement.

65. La LPSan a notamment pour but de protéger la santé publique (cf. art. 1 LPSan). C'est pourquoi l'exercice d'une profession de la santé sous propre responsabilité professionnelle est soumis à autorisation (cf. art. 11 LPSan). Le régime de l'autorisation sert au contrôle préventif des titulaires d'une autorisation. Conformément aux principes de la LMI énoncés ci-dessus, les conditions d'octroi d'une autorisation d'offrir ses services dans

un autre canton ne peuvent généralement faire l'objet d'un examen complet qu'une seule fois, à savoir lors de la première demande d'octroi d'une autorisation cantonale. Toutes les autres autorisations cantonales doivent se fonder sur l'autorisation initiale (art. 12, al. 3, LPSan en relation avec l'art. 2, al. 6, LMI), étant entendu qu'un réexamen de l'autorisation initiale sous l'angle de sa conformité au droit fédéral est en principe interdit.

66. L'application de la LMI n'affaiblit pas pour autant la protection de la santé publique. La LMI interdit le réexamen des conditions d'autorisation en vue d'octroyer une deuxième autorisation au motif qu'il a pour effet de restreindre l'accès au marché. Dans le cadre de la surveillance continue, les autorités cantonales de surveillance sont toutefois libres de vérifier par échantillonnage si les différentes conditions d'autorisation sont remplies. Le respect des critères d'autorisation doit être assuré pendant toute la durée de l'exercice sous propre responsabilité professionnelle. L'autorisation est retirée si les conditions de son octroi ne sont plus remplies (art. 14, al. 1, LPSan). Cela étant, la surveillance continue ne doit pas être utilisée comme un moyen de contourner les principes de la LMI. Des contrôles par échantillonnage doivent être effectués indépendamment du fait qu'un offreur extracantonal ait récemment obtenu une autorisation, et ne doivent pas faire de distinction entre les professionnels de la santé locaux et externes. Ils ne doivent par conséquent pas être ordonnés exclusivement, par exemple, pour les offreurs externes, mais intervenir ponctuellement, de manière aléatoire ou sur la base d'un indice concret. Un examen systématique des conditions d'autorisation peu après l'octroi d'une autorisation de pratiquer à un professionnel de la santé externe relèverait de l'abus et d'un contournement de la LMI. Une telle approche aurait un effet dissuasif et s'apparenterait à une restriction de l'accès au marché.

67. Dans leur communication (p. ex. fiches d'information, site internet), les organes cantonaux d'exécution devraient souligner que la procédure d'autorisation simplifiée selon l'art. 12, al. 3, LPSan en relation avec l'art. 2, al. 6, LMI s'applique aux professionnels de la santé titulaires d'une autorisation délivrée par un autre canton. Cette obligation des cantons découle également de l'art. 27 en relation avec l'art. 35, al. 2, Cst., qui dispose que les dépositaires des tâches de l'État doivent contribuer à réaliser le libre accès au marché (cf. supra ch. 34).

5.1.1.2 Établissement commercial dans le canton de destination

68. Si un professionnel de la santé donné souhaite s'établir commercialement dans le canton de destination, ce n'est pas l'art. 2, al. 6, LMI qui s'applique, mais l'art. 2, al. 4, LMI en relation avec les art. 11 et 12 LPSan (cf. supra ch. 14 et 38). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'autorité du canton de destination peut, en principe, s'appuyer sur ces dispositions pour (ré)examiner la conformité de l'autorisation initiale avec le droit fédéral. Il convient, compte tenu du principe de proportionnalité (art. 5, al. 2 et art. 27 en relation avec l'art. 36, al. 3, Cst., et l'art. 3, al. 4, LMI), de faire montre ici de retenue et de s'en tenir au strict nécessaire. Il ne serait pas proportionné de procéder à un réexamen s'il est clair, d'emblée, que l'autorisation initiale n'est pas

contraire au droit fédéral (cf. supra ch. 24). De même, en vertu du principe de proportionnalité, il ne peut en aucun cas être exigé du requérant dans le cadre d'un tel réexamen qu'il fournisse des informations figurant déjà dans le registre des professions de la santé ou pouvant être obtenues par voie d'assistance administrative (cf. supra ch. 63). Il importe enfin, durant toute la procédure d'autorisation, de se conformer à l'art. 3, al. 4, LMI (cf. supra ch. 64).

5.1.2 Application conforme à la LMI de l'art. 13 LPSan

69. On l'a vu (cf. ch. 51 à 54), les conditions prévues à l'art. 3 LMI s'appliquent également aux restrictions cantonales de type professionnel, temporel ou géographique et aux charges visées à l'art. 13 LPSan dès lors que des professionnels de la santé titulaires d'une autorisation d'un autre canton sont concernés.

70. Partant, les restrictions à l'autorisation doivent s'appliquer de la même façon aux professionnels de la santé locaux (interdiction de discrimination) et être indispensables et proportionnées (art. 13 LPSan en relation avec l'art. 3, al. 1, LMI) pour garantir des soins de qualité (en tant que seul intérêt public admis selon l'art. 13 LPSan). Restreindre l'autorisation de pratiquer n'est proportionné que si cela est approprié, nécessaire et proportionné au sens strict, c'est-à-dire raisonnable, pour garantir des soins de qualité. Le caractère nécessaire ne peut être retenu quand une restriction ou une charge ne constitue pas le moyen le moins contraignant pour garantir des soins de qualité. Idem pour le caractère raisonnable si l'intérêt du professionnel de la santé d'exercer son métier sans restriction prime l'intérêt public à assortir cet exercice d'une restriction ou d'une charge⁶³. L'art. 3, al. 2, LMI énumère en outre de façon non exhaustive les cas dans lesquels des restrictions sont considérées comme ne répondant pas au principe de la proportionnalité.

71. Vu ces contraintes élevées, les restrictions à l'autorisation imposées à un professionnel de la santé extracantonale ne sauraient que rarement se justifier. L'examen du respect des conditions de l'art. 3, al. 1, LMI doit toutefois être effectué au cas par cas. Quoi qu'il en soit, on peut dire de manière abstraite que les restrictions ou les charges constituent la plupart du temps des moyens plus contraignants que la création d'incitations positives sous la forme de mandats de prestations ou similaires. Il ne serait ainsi guère proportionné, sous l'angle de la LMI, de limiter à une zone reculée du canton concerné l'autorisation d'un professionnel de la santé extracantonale à pratiquer sous propre responsabilité professionnelle afin de garantir des soins de qualité dans la zone en question, alors que cet objectif peut être aussi atteint par la conclusion de mandats de prestations ou par l'octroi de subventions.

72. Les décisions relatives aux restrictions ou aux charges visées à l'art. 13 LPSan doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3, al. 4, LMI).

5.1.3 Application conforme à la LMI de l'art. 15, al. 2, LPSan

73. Aux termes de l'art. 15, al. 2, LPSan, les titulaires d'une autorisation cantonale ont le droit d'exercer pendant 90 jours par année dans un autre canton sans autorisation de ce dernier. Leur seule obligation est de s'annoncer chaque année. Cette réglementation vise à éliminer une discrimination à rebours des offreurs confédérés face aux ressortissants des États membres de l'UE ou de l'AELE puisque, en vertu de l'Accord sur la libre circulation et de l'Accord AELE, ils ont eux aussi le droit d'être actifs en Suisse pendant 90 jours par an.

74. Lors de l'introduction de cette réglementation concernant les rapports intercantonaux, le législateur a néanmoins omis le fait que l'art. 12, al. 3, LPSan en relation avec l'art. 2, al. 6, et l'art. 3, al. 4, LMI confère aux titulaires d'une autorisation cantonale le droit d'obtenir une autorisation LPSan dans un autre canton, d'une durée indéterminée, par le biais d'une procédure simple, rapide et gratuite. Cette procédure d'autorisation est moins contraignante que la répétition annuelle de la procédure d'annonce en vue d'exercer une activité pendant 90 jours, ce qui rend cette dernière obsolète⁶⁴. Les autorités cantonales d'exécution compétentes devraient donc informer les professionnels extracantonaux qui annoncent une activité conformément à l'art. 15, al. 2, LPSan qu'ils peuvent demander directement une autorisation de pratiquer d'une durée indéterminée.

75. Au demeurant, les art. 2, al. 6, et 3, al. 4, LMI s'appliquent aussi à la procédure d'annonce visée à l'art. 15, al. 2, LPSan (cf. supra ch. 57). Par conséquent, à part le formulaire d'annonce et la copie d'une autorisation LPSan valable obtenue dans un autre canton, aucun autre document ne peut être exigé, comme cela découle toutefois déjà de l'art. 15, al. 2, LPSan. En cas de doute sur l'exactitude des informations fournies par la personne à l'origine de l'annonce, il convient en premier lieu de consulter le registre des professions de la santé. La procédure d'annonce doit par ailleurs être gratuite.

6. Recommandations

76. En résumé et sur la base des considérants qui précèdent, la Commission de la concurrence parvient aux conclusions suivantes:

A. Recommandations concernant l'application conforme à la LMI des art. 11 et 12 LPSan

A-1. Fourniture de services dans un autre canton

A-1.1. Les autorisations visées à l'art. 11 LPSan doivent être octroyées aux professionnels de la santé extracantonaux en se fondant sur l'autorisation délivrée par le canton de provenance (art. 12, al. 3, LPSan en relation avec l'art. 2, al. 6, LMI; cf. supra ch. 61).

⁶³ Cf. ATF 142 I 49, consid. 9.1 (interdiction de porter le voile); PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4e éd., Berne, 2014, § 21, ch. 6 ss.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7e éd., Zurich/Saint-Gall 2016, cho 527 ss., 556 s.

⁶⁴ DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 4), no 1362.

- A-1.2. Aucune information permettant un contrôle des conditions visées à l'art. 12, al. 1, LPSan ne peut être exigée (interdiction de réexamen).
- A-1.3. La maîtrise d'une langue officielle (art. 12, al. 1, let. c, LPSan) peut être contrôlée lorsque le requérant n'est pas en mesure de présenter une autorisation délivrée par un canton ayant au moins une langue officielle en commun avec le canton de destination.
- A-1.4. Les autres conditions prévues à l'art. 12, al. 1, LPSan ne peuvent être examinées par le canton de destination qu'en présence d'indices concrets au sens des considérants du ch. 62.
- A-2. **Établissement commercial dans le canton de destination**
- A-2.1. Les autorisations relatives à l'établissement commercial visées à l'art. 11 LPSan doivent être octroyées aux professionnels de la santé extracantonaux en se fondant sur l'autorisation délivrée par le canton de provenance (art. 12, al. 3, LPSan en relation avec l'art. 2, al. 4, LMI; cf. supra ch. 68).
- A-2.2. La maîtrise d'une langue officielle (art. 12, al. 1, let. c, LPSan) peut être contrôlée lorsque le requérant n'est pas en mesure de présenter une autorisation délivrée par un canton ayant au moins une langue officielle en commun avec le canton de destination.
- A-2.3. Les autres conditions visées à l'art. 12, al. 1, LPSan ne peuvent être examinées par le canton de destination que si un indice laisse penser que l'autorisation initiale octroyée par le canton de provenance est contraire au droit fédéral.
- A-3. **Procédure**
- A-3.1. Les organes cantonaux d'exécution devraient rappeler, dans leur communication (par exemple dans leurs fiches d'information ou sur leur site internet), que la LMI s'applique aux professionnels de la santé extracantonaux, raison pour laquelle l'autorisation du canton de destination peut leur être délivrée sur la seule base de l'autorisation du canton de provenance (cf. supra ch. 67).
- A-3.2. Dans l'hypothèse où un réexamen serait exceptionnellement admis, aucune information ni aucun document figurant déjà dans le registre des professions de la santé ou pouvant être obtenus par voie d'assistance administrative ne sauraient être exigés du professionnel de la santé extracantonal (cf. supra ch. 63 et 68).
- A-3.3. Aucun émolument ne peut être perçu au titre de la procédure d'autorisation de professionnels de la santé extracantonaux, et aucune charge administrative ou temporelle notable ne doit peser sur le requérant (art. 3, al. 4, LMI).
- A-3.4. Les décisions par lesquelles le canton de destination refuse l'accès au marché à un professionnel de la santé extracantonal ou l'assortit de charges ou de conditions, ainsi que les décisions par lesquelles des frais ou des émoluments sont réclamés au professionnel de la santé extracantonal doivent être transmises à la COMCO en vertu de l'art. 10a, al. 2, LMI.
- B. Recommandations concernant l'application de l'art. 13 LPSan**
- B-1. L'admissibilité des restrictions ou des charges visées à l'art. 13 LPSan doit être évaluée à l'aune de l'art. 3, al. 1 à 3, LMI pour les professionnels de la santé extracantonaux.
- B-2. Les décisions relatives aux restrictions ou aux charges visées à l'art. 13 LPSan doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3, al. 4, LMI).
- B-3. Les décisions par lesquelles le canton de destination restreint l'autorisation de pratiquer d'un professionnel de la santé extracantonal ou l'assortit de charges doivent être transmises à la COMCO en vertu de l'art. 10a, al. 2, LMI.
- C. Recommandations concernant l'application de l'art. 15, al. 2, LPSan**
- C-1. Les professionnels de la santé qui disposent d'une autorisation d'un autre canton et qui annoncent une activité de 90 jours conformément à l'art. 15, al. 2, LPSan doivent être informés qu'ils peuvent demander directement une autorisation de pratiquer d'une durée indéterminée en vertu de l'art. 12, al. 3, LPSan en relation avec l'art. 2, al. 6, LMI.
- C-2. La procédure d'annonce visée à l'art. 15, al. 2, LPSan doit être gratuite et n'entraîner aucune charge administrative ou temporelle notable (art. 3, al. 4, LMI).

B 2.8

3. Raccomandazione della COMCO del 27 maggio 2019 concernente l'esecuzione conforme alla legislazione sul mercato interno della legge federale sulle professioni sanitarie

Raccomandazione del 27 maggio 2019 oggetto la raccomandazione ai sensi dell'articolo 8 capoverso 2 della legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno concernente l'esecuzione conforme alla legislazione sul mercato interno della legge federale sulle professioni sanitarie all'attenzione delle Direzioni cantonali della sanità pubblica

1. Sommario

1. La legge federale sulle professioni sanitarie (LPSan) è stata adottata dalle Camere federali il 30 settembre 2016 e dovrà entrare in vigore all'inizio del 2020.¹ Disciplina, tra le altre cose, l'accesso al mercato per determinate professioni sanitarie. I Cantoni sono responsabili del rilascio delle autorizzazioni all'esercizio di una professione sanitaria (cfr. art. 11 segg. LPSan; il cosiddetto federalismo esecutivo). Se tali autorizzazioni riguardano l'offerta di servizi in vari Cantoni, vi sono dei legami con la legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (LMI; RS 943.02), che garantisce a ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). La Commissione della concorrenza (COMCO) è l'autorità che vigila sulla LMI: sorveglia il rispetto della legge da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici (art. 8 cpv. 1 LMI). Essa può sottoporre alla Confederazione, ai Cantoni e ai Comuni raccomandazioni concernenti gli atti legislativi previsti o vigenti (art. 8 cpv. 2 LMI).

2. Né la LPSan né il relativo messaggio² disciplinano in maniera chiara il rapporto tra LMI e LPSan. I Cantoni potrebbero quindi interpretare in maniera diversa le disposizioni della LPSan relative all'accesso intercantonale al mercato e l'esecuzione potrebbe differire da un Cantone all'altro. Come si vedrà, simili differenze possono anche violare il principio del mercato interno e sono quindi problematiche. La presente raccomandazione chiarisce il rapporto tra LMI e LPSan e pone le basi per l'esecuzione conforme al diritto del mercato interno della LPSan; è intesa come un aiuto fornito ai servizi cantonali preposti per l'applicazione della legge.³

3. In vista della redazione della raccomandazione, la Segreteria della Commissione della concorrenza ha condotto colloqui con la Segreteria di Stato per la formazione, la ricerca e l'innovazione (SEFRI), l'Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP), la Segreteria centrale della Conferenza delle direttrici e dei direttori cantonali della sanità (CDS) e la Croce Rossa Svizzera (CRS). La SEFRI e l'UFSP hanno diretto i lavori di redazione della LPSan. La CDS è l'interlocutrice e l'organo di coordinamento per la legislazione federale nell'ambito della sanità e della sua esecuzione da parte dei Cantoni. La CRS riceverà varie competenze esecutive con l'entrata in

vigore della LPSan, in particolare la tenuta del registro delle professioni sanitarie.

4. Il capitolo 2 della presente raccomandazione descrive le condizioni quadro fissate dal diritto del mercato interno e il capitolo 3 tratta brevemente le regole di accesso al mercato previste dalla LPSan. Il capitolo 4 analizza il rapporto tra la LMI e la LPSan sulla base della giurisprudenza del Tribunale federale, mentre il capitolo 5 illustra le modalità di applicazione delle regole di accesso al mercato della LPSan affinché siano conformi alla LMI. Infine, il capitolo 6 presenta sotto forma di raccomandazioni alle autorità cantonali d'esecuzione i risultati dell'analisi effettuata.

2. Condizioni quadro del diritto del mercato interno

5. Nel presente capitolo viene spiegato il tenore delle principali disposizioni della LMI, ossia il principio del libero accesso al mercato e il principio del luogo d'origine (cap. 2.1). Entrambi i principi sono applicabili sia nel settore non armonizzato dal diritto federale (cap. 2.1.1) sia in quello armonizzato (cap. 2.1.2). La LMI pone inoltre determinate condizioni per quanto riguarda la procedura di accesso al mercato e prevede che le autorità trasmettano spontaneamente alla Commissione della concorrenza le decisioni pronunciate in applicazione della LMI (cap. 2.2).

2.1 Principio del libero accesso al mercato

6. L'articolo 2 capoverso 1 LMI accorda alle persone alle quali si applica questa legge un diritto individuale di libero accesso al mercato⁴, concretizzato dal principio del

¹ <https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/it/home/formazione/gestione-e-politica-della-formazione-professionale/progetti-e-iniziative/formazioni-sanitarie/legge-federale-sulle-professioni-sanitarie.html> (ultima consultazione: 13 maggio 2019).

² Messaggio del 18 novembre 2015 concernente la legge federale sulle professioni sanitarie, FF 2015 7125.

³ Cfr. anche la raccomandazione non pubblicata del 24 febbraio 2014 della COMCO all'attenzione del Consiglio federale relativa all'avamprogetto di legge federale sulle professioni sanitarie (LPSan), che contiene raccomandazioni riguardanti la redazione della legge.

⁴ NICOLAS DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht*, Zurigo/San Gallo 2016, n. marg. 1212 segg.; NICOLAS DIEBOLD, *Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit*, recht 4/2015, pag. 209 segg., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, *Kommentar zum BGBM*, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (ed.), *Wettbewerbsrecht II*, Kommentar, Zurigo 2011, art. 2 n. marg. 1; THOMAS ZWALD, *Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (ed.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 2a ed., Basilea 2007, pag. 399 segg., n. marg. 34–43.

luogo d'origine (art. 2 cpv. 3 e 4 LMI).⁵ Secondo l'articolo 2 capoverso 1 ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione, se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel suo Cantone o Comune di domicilio o di sede (libera prestazione dei servizi). A essere determinanti sono le prescrizioni del Cantone o del Comune di domicilio dell'offerente (art. 2 cpv. 1 in combinato disposto con il cpv. 3 LMI). Secondo l'articolo 2 capoverso 4 LMI chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio (libertà di stabilimento). Il principio si applica anche in caso di abbandono dell'attività nel luogo del primo domicilio.

2.1.1 Principio del libero accesso al mercato nel settore non armonizzato

7. Nel settore non armonizzato dal diritto federale, l'accesso al mercato degli altri Cantoni si fonda sul principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1-4 LMI) e sulla presunzione di equivalenza (art. 2 cpv. 5 LMI). Secondo quest'ultima le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato sono da considerarsi equivalenti in quanto si può ritenere che le necessità di protezione non varino da un Cantone all'altro.⁶

8. Il diritto al libero accesso al mercato secondo le disposizioni cantonali o comunali relative al luogo d'origine non è assoluto. Le autorità competenti del luogo di destinazione⁷ possono limitare l'accesso al mercato per gli offerenti esterni mediante oneri o condizioni (art. 3 cpv. 1 LMI). La legislazione sul mercato interno limita tuttavia questa possibilità soltanto ai casi in cui la presunzione di equivalenza può essere confutata⁸. Spetta alle autorità competenti del luogo di destinazione fornire la prova corrispondente. Il solo fatto che nel luogo di destinazione vigano condizioni di autorizzazione diverse o più severe non comporta automaticamente la confutazione della presunzione di equivalenza⁹.

9. Se, in un caso concreto, la presunzione di equivalenza non è stata confutata, all'offerente esterno l'accesso al mercato deve essere accordato¹⁰. In particolare, le autorità del luogo di destinazione non possono sottoporre a un riesame i criteri professionali e personali di ammissione che si applicano nel luogo d'origine (divieto di riesame). Concretamente ciò significa che le autorità del luogo di destinazione non possono esigere sistematicamente la presentazione di attestazioni relative ai criteri personali o professionali, per esempio il certificato di buona condotta, l'estratto del casellario giudiziale o del registro delle esecuzioni, il certificato di capacità ecc.¹¹. Le condizioni di autorizzazione del luogo di destinazione, fatto salvo l'articolo 3 capoverso 1 LMI, non si applicano, cosicché non si può richiedere documentazione che comprovi che queste condizioni sono soddisfatte. Secondo il Tribunale federale un riesame è ammissibile soltanto se *vi sono indizi concreti* che l'offerente esterno non rispondeva alle condizioni del luogo d'origine già al momento del rilascio della prima autorizzazione o se nel frattempo non le soddisfa più¹².

10. Se la presunzione di equivalenza può essere confutata in un caso concreto, le autorità del luogo di destina-

zione devono motivare, per ogni restrizione dell'accesso al mercato che impongono, in quale misura questa restrizione sia conforme all'articolo 3 LMI, ovvero sia indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti, risponda al principio di proporzionalità e non sia discriminatoria (art. 3 cpv. 1 LMI)¹³. Secondo l'articolo 3 capoverso 2 LMI, le restrizioni non sono conformi al principio di proporzionalità e quindi non sono ammissibili se (elenco non esaustivo):

- le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti;
- i certificati e gli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente nel luogo d'origine sono sufficienti;
- il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione;
- la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti.

11. Le restrizioni ammissibili secondo l'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI non devono in alcun caso costituire una barriera dissimulata all'accesso al mercato, volta a favorire interessi economici locali (cfr. art. 3 cpv. 3 LMI).

2.1.2 Principio del libero accesso al mercato nel settore armonizzato

12. In diversi settori l'accesso al mercato è stato armonizzato materialmente attraverso il diritto federale (setto-

⁵ Sul principio del luogo d'origine: sentenza del TF 2C_57/2011 del 3 maggio 2011 (installatore sanitario Turgovia); sentenza del TF 2C_844/2008 del 15 maggio 2009 (terapeuti di medicina complementare); DTF 135 II 12 (psicoterapeuta Zurigo II); dalla dottrina ad es. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, pag. 129 segg., 142 segg.; Raccomandazione della COMCO del 27 febbraio 2012, in: DPC 2012/2, pag. 438 segg., n. marg. 14 segg., Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur.

⁶ Messaggio del 20 novembre 2004 concernente la modifica della legge federale sul mercato interno, FF 2005 409, 418.

⁷ Nella legislazione sul mercato interno, il «luogo di destinazione» designa il luogo in cui l'offerente esterno fornisce la sua prestazione.

⁸ Cfr. DTF 135 II 12, consid. 2.4 (psicoterapeuta Zurigo II).

⁹ Per quanto riguarda la giurisprudenza sulla confutazione della presunzione di equivalenza cfr. DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 4), n. marg. 1311 segg.

¹⁰ DTF 135 II 12, consid. 2.4 (psicoterapeuta Zurigo II); sentenza del TF 2C_57/2011 del 3 maggio 2011, consid. 3.4 (installatore sanitario Turgovia); raccomandazione COMCO, Taxi (nota 5), n. marg. 17 seg.

¹¹ DTF 123 I 313, consid. 4b (Avv. Häberli): «Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist.»; cfr. in questo senso anche la sentenza del TF 2P.316/1999 del 23 maggio 2000, consid. 2d (Avv. del Canton Vaud).

¹² Sentenza del TF 2C_57/2010 del 4 dicembre 2010, consid. 4.1 (naturopata Zurigo II); cfr. anche DTF 135 II 12, consid. 2.4 (psicoterapeuta Zurigo II); sentenza del TF 2C_68/2009 del 14 luglio 2009, consid. 6.3 (dentista Svitto).

¹³ DIEBOLD, Freizügigkeit (nota 4), n. marg. 189 segg.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, pag. 377 segg., 378.

(cosiddetto federalismo esecutivo). Eventuali differenze tra le prassi amministrative quotidiane dei Cantoni nell'applicazione del diritto federale non possono essere evitate. Ciò può risultare problematico dal punto di vista del diritto del mercato interno, in particolare se queste divergenze cantonali hanno come effetto quello di limitare l'accesso al mercato. Questo problema «atipico» di mercato interno¹⁴ costituisce la *ratio legis* della proposta da parte del Parlamento in occasione della revisione della LMI nel 2005 di aggiungere la disposizione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Pertanto, se, riguardo a una merce, a un servizio o a una prestazione lavorativa, un'autorità esecutiva cantonale competente ha riconosciuto che l'accesso al mercato è conforme al diritto federale o lo ha autorizzato, la sua decisione vale in tutta la Svizzera. La disposizione dovrebbe assicurare che merci, servizi e prestazioni conformi al diritto federale possano circolare liberamente.¹⁵ Tramite l'articolo 2 capoverso 6 LMI che prevede che una decisione cantonale di autorizzazione è valida in tutta la Svizzera, si garantisce che nel settore armonizzato interpretazioni e applicazioni diverse del diritto federale non conducano a nuove restrizioni del libero accesso al mercato.

13. Pertanto, in linea di massima una decisione cantonale secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI vale in maniera vincolante per tutti i Cantoni e di conseguenza l'autorità del Cantone di destinazione non può ricontrollare se le condizioni legali federali erano soddisfatte al momento della prima autorizzazione o se lo sono ancora. Per analogia alla prassi relativa all'articolo 2 capoverso 5 LMI (cfr. sopra, n. marg. 9) un riesame della conformità con il diritto federale sarebbe possibile soltanto qualora *vi fossero indizi concreti* che l'offerente, a causa di eventi avvenuti dopo il rilascio della prima autorizzazione, non soddisfa più i requisiti federali necessari o se l'autorità che ha rilasciato l'autorizzazione ha applicato il diritto federale in maniera evidentemente scorretta. Poiché la normativa federale prevede un livello uniforme di protezione non vi è spazio per restrizioni all'accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI.¹⁶ La procedura di annuncio o di autorizzazione per verificare se esiste un'autorizzazione nel luogo della prima autorizzazione presunta (n. marg. 22 qui di seguito) costituisce la sola eccezione a questa regola. Non è possibile stabilire in maniera teorica i casi nei quali esistono indicazioni concrete che la legislazione federale non è stata rispettata al momento della prima autorizzazione. Tuttavia, per facilitare la distinzione tra i controlli ammissibili e quelli non ammissibili, si raccomanda di creare dei tipi di casi sui quali possa basarsi l'autorità incaricata dell'applicazione del diritto (v. in riferimento alla LPSan n. marg. 62 qui di seguito).

14. Secondo la giurisprudenza attuale del Tribunale federale, l'articolo 2 capoverso 6 LMI si riferisce esclusivamente alla libera prestazione di servizi, mentre la libertà di stabilimento si fonda, anche nel settore armonizzato, sull'articolo 2 capoverso 4 LMI (per quanto riguarda la distinzione tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento cfr. sopra, n. marg. 6). Stando al Tribunale federale, ciò implica che l'autorità competente del luogo di destinazione può, diversamente da quanto avviene per il settore non armonizzato (cfr. sopra, n. marg. 9 riguardante la richiesta di attestati) riesaminare

la conformità con il diritto federale di una decisione di autorizzazione emessa nel luogo d'origine se il titolare dell'autorizzazione intende stabilirsi nel Cantone di destinazione.¹⁷ Contrariamente alla formulazione esplicita dell'articolo 2 capoverso 4 frase 1 LMI, l'articolo 3 capoverso 1 LMI in questo caso non va applicato, e ciò anche se, al termine dell'esame, l'autorità competente giunge alla conclusione che la prima autorizzazione è contraria al diritto federale e di conseguenza rifiuta o limita lo stabilimento o lo subordina a condizioni. Il Tribunale federale motiva la non applicabilità dell'articolo 3 capoverso 1 LMI con il fatto che la restrizione dell'accesso al mercato nel settore armonizzato non deriva dal diritto cantonale ma da quello federale.¹⁸

15. La dottrina ha criticato questa decisione.¹⁹ La facoltà, in linea di massima, di procedere a un riesame non è compatibile con il mandato costituzionale relativo alla creazione di uno spazio economico svizzero non discriminante (art. 95 cpv. 2 della Costituzione federale del 18 aprile 1999 della Confederazione Svizzera, [Costituzione federale, Cost; RS 101]). L'applicazione sistematica dell'articolo 2 capoverso 6 LMI non solo alle prestazioni di servizi transfrontaliere, ma anche allo stabilimento sarebbe pertanto più favorevole per il mercato interno e meglio compatibile con la Costituzione. Il tenore dell'articolo 2 capoverso 6 LMI non esclude comunque la sua applicazione allo stabilimento. Nemmeno la distinzione contenuta nella LMI tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento implica che l'articolo 2 capoverso 6 LMI si applichi soltanto alla prima e non alla seconda.

16. Se l'articolo 2 capoverso 4 LMI, previsto in realtà per il settore non armonizzato, deve essere applicato a quello armonizzato dal diritto federale, bisogna comunque tener conto della disposizione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI, secondo la quale il diritto federale e le decisioni di autorizzazione delle autorità d'esecuzione cantonali basate sul diritto federale devono produrre lo stesso effetto in tutta la Svizzera. Eventuali diverse interpretazioni del diritto federale da parte delle autorità

¹⁴ ZWALD (nota 4), n. marg. 51.

¹⁵ BU 2005 N 883 segg.; BU 2005 S 757, 763; DAVID HERREN, *Das Cassis de Dijon-Prinzip*, Berna 2014, pag. 220; YVONNE SCHLEISS, *Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten*, Zurigo 2014, pag. 319; Segreteria COMCO, *Cenno delle caratteristiche della LMI e delle principali novità*, DPC 2006/2, pag. 225 segg.

¹⁶ Cfr. Raccomandazione COMCO del 19 dicembre 2016 concernente la prassi amministrativa del Cantone Ticino riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni, DPC 2017/1, 148 segg., 167 seg. n. marg. 119–125; raccomandazione COMCO del 19 dicembre 2016 concernente la prassi amministrativa del Cantone di Vaud riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni, DPC 2017/1, 252 segg., 264 n. marg. 77–83; cfr. anche DTF 144 II 147, consid. 4.2 (società anonima di avvocati).

¹⁷ DTF 144 II 147, consid. 4.2 e 4.4 (società anonima di avvocati); confermata nella decisione del TF 2C_1004/2016 del 27 aprile 2018, consid. 3 segg.

¹⁸ DTF 144 II 147, consid. 6.2 (società anonima di avvocati).

¹⁹ PETER HETTICH, *Urteilsbesprechung 2C_1054/2016, 2C_1059/2016*, ZBI 119/2018, 242 segg., 250 segg.; WALTER FELLMANN, *Multidisziplinäre Anwaltskörperschaften – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 144 II 147*, ZSR Band 138 (2019) I Heft 2, 225 segg., 243.

d'esecuzione cantonali *non* devono pertanto comportare restrizioni dell'accesso al mercato. Il divieto di riesame contenuto nell'articolo 2 capoverso 6 LMI serve a questo scopo e per questo motivo, secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, nel settore non armonizzato l'articolo 2 capoverso 4 LMI è sistematicamente applicato insieme alla presunzione di equivalenza (art. 2 cpv. 5 LMI).²⁰ Come ha spiegato lo stesso Tribunale federale, la presunzione di equivalenza non avrebbe più ragione d'essere se l'abilitazione del titolare dell'autorizzazione venisse (ri)esaminata individualmente dal Cantone di destinazione, come se si trattasse di una nuova procedura di autorizzazione.²¹

17. Non avrebbe molto senso autorizzare in linea di massima i Cantoni a procedere nel settore armonizzato a un riesame per quanto riguarda lo stabilimento, mentre in virtù della presunzione di equivalenza che figura all'articolo 2 capoverso 5 LMI il riesame è loro sostanzialmente vietato nel settore non armonizzato. Ne risulterebbe che il principio del mercato interno sarebbe meglio applicato negli ambiti economici retti dal diritto cantonale che non negli ambiti armonizzati da una legge federale e su cui spetta ai Cantoni esercitare la vigilanza. Inoltre, ciò andrebbe contro la decisione del legislatore federale di armonizzare le condizioni di rilascio dell'autorizzazione in un dato ambito economico per rafforzare il principio del mercato interno.²² Dato che nel settore armonizzato a livello federale le condizioni di rilascio dell'autorizzazione sono state uniformate, e la LMI non deve quindi fare in modo che il diritto del Cantone d'origine valga anche nel Cantone di destinazione (cfr. art. 2 cpv. 4 LMI) perché l'applicabilità del diritto federale è già stabilita dall'articolo 49 capoverso 1 Cost., il divieto di riesame nel settore armonizzato rappresenta l'elemento centrale del diritto del mercato interno. Accordare un diritto generale di riesame per quanto riguarda lo stabilimento nel settore armonizzato dal diritto federale rimetterebbe di conseguenza in questione gli obiettivi della LMI. Se i Cantoni avessero il diritto di ricontrollare le condizioni di rilascio dell'autorizzazione armonizzate dal diritto federale per ogni domanda di stabilimento fondata sulla LMI, sarebbe come se la LMI non esistesse: è improbabile che ciò rifletta la volontà del legislatore.²³

18. Risulta inoltre problematico autorizzare in linea di massima il riesame nel settore armonizzato in applicazione dell'articolo 2 capoverso 4 LMI, ma non valutare secondo le condizioni previste all'articolo 3 capoverso 1 LMI il rifiuto o le restrizioni dell'accesso al mercato riguardanti un offerente esterno che si basano su questo riesame. Dato che l'articolo 2 capoverso 4 LMI concretizza il libero accesso al mercato interno²⁴ garantito dall'articolo 27 Cost., le condizioni enunciate all'articolo 36 Cost. si applicano comunque a una decisione che porta a un rifiuto o a una restrizione. L'articolo 3 capoverso 1 LMI si ispira all'articolo 36 Cost, tenendo però conto delle specificità del libero accesso al mercato interno. Risulta incoerente negare l'applicabilità dell'articolo 3 capoverso 1 LMI mentre invece si applica l'articolo 36 Cost. Come si dimostrerà qui di seguito (n. marg. 24), in questi casi si tratta di applicare l'articolo 3 capoverso 4 LMI che concretizza il principio di proporzionalità, in modo che, nonostante la giurisprudenza

restrittiva del Tribunale federale, il riesame della prima autorizzazione da parte dell'autorità del luogo di destinazione debba rispondere a determinati requisiti specifici del diritto del mercato.

19. Se la legge federale che armonizza l'accesso al mercato prevede la possibilità, per i Cantoni, di applicare delle restrizioni, l'articolo 2 capoversi 4 e 6 LMI in linea di massima non si applica. In questo caso la restrizione dell'accesso al mercato da parte del Cantone in virtù della legge federale deve soddisfare le condizioni poste dall'articolo 3 LMI.²⁵

2.2 Condizioni della procedura di accesso al mercato

20. Una procedura di autorizzazione formale rappresenta per offerenti esterni una restrizione amministrativa all'accesso al mercato che, a seconda delle modalità e del settore può avere effetti dissuasivi. Anche solo la preparazione della documentazione per l'inoltro della domanda (compresi vari allegati, come ad esempio l'estratto del casellario giudiziale e l'estratto del registro esecuzioni e fallimenti) comporta un dispendio e costi che possono ostacolare l'accesso al mercato intercantonale.²⁶

21. In base all'articolo 3 capoverso 4 LMI, eventuali decisioni concernenti le restrizioni fondate sull'articolo 3 capoverso 1 LMI sono prese con procedura semplice, rapida e gratuita. Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita comprende la procedura di ammissione in quanto tale e non si limita ai casi in cui sono state prese in considerazione o intimate restrizioni dell'accesso al mercato.²⁷ Il diritto a una procedura semplice, rapida e gratuita vale in maniera più ampia di quanto formulato nella disposizione dell'articolo 3 capoverso 4 LMI e si estende all'intera procedura di accesso al mercato. Una deroga al principio di una procedura gratuita ai sensi dell'articolo 3 capoverso 4 LMI è ammessa solo in determinati casi, ad esempio quando il richiedente agisce abusivamente o la sua non collaborazione causa costi maggiori.²⁸

²⁰ Cfr. DTF 135 II 12, consid. 2.4 (psicoterapeuta Zurigo II); sentenza del TF 2C_57/2010 del 4 dicembre 2010, consid. 4.1 (naturopata Zurigo II).

²¹ Sentenza del TF 2C_68/2009 del 14 luglio 2009, consid. 6.3 (dentista Svitto).

²² Cfr. p. es. messaggio LPSan (nota 2), 7158 in fine.

²³ Cfr. in merito FELLMANN (nota 19), 243.

²⁴ DTF 125 I 276, consid. 4a, 5c/gg (protesista dentale Grigioni); Messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, 281; Messaggio del 23 novembre 1994 concernente la legge federale sul mercato interno (LMI), FF 1995 I 1025, 1057–1058.

²⁵ DTF 134 II 329, consid. 5.4 (Blanc); confermata dalla DTF 144 II 147, consid. 4.2 (società anonima di avvocati).

²⁶ DIEBOLD, *Freizügigkeit* (nota 4), n. marg. 203 segg.

²⁷ DTF 123 I 313, consid. 5 (Avv. Häberli); 125 II 56, consid. 5b (Avv. Thalman); 136 II 470, consid. 5.3 (CDPE): « Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché. »; Sentenza del TF 2C_1004/2016 del 27 aprile 2018, consid. 5.

²⁸ DTF 123 I 313, consid. 5 (Avv. Häberli).

22. Parallelamente alle esigenze procedurali previste dall'articolo 3 capoverso 4 LMI, occorre osservare che sulla base del diritto al libero accesso al mercato e del principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI), fatto salvo l'articolo 3 capoverso 1 LMI, gli offerenti esterni possono esercitare la loro attività senza restrizioni. Nella passata giurisprudenza relativa alla LMI nella versione del 1995, il Tribunale federale aveva stabilito che l'articolo 2 LMI non limita i Cantoni nell'organizzazione della procedura formale di accesso al mercato.²⁹ A seguito dell'entrata in vigore della revisione della LMI del 2005 questa giurisprudenza deve essere relativizzata.³⁰ Dal punto di vista formale, il principio del luogo d'origine, rafforzato dalla revisione del 2005, significa che l'accesso al mercato intercantonale deve essere possibile senza alcuna formalità. Il messaggio del Consiglio federale concernente la revisione della LMI 2005 precisa a questo proposito che «le persone interessate non saranno tenute a chiedere un'autorizzazione nel luogo di destinazione per esercitarvi la loro attività. Potranno infatti esercitare tale attività in virtù dell'autorizzazione rilasciata nel luogo del primo domicilio».³¹ Tuttavia, per permettere alle autorità del Cantone di destinazione di verificare se il Cantone d'origine ha rilasciato un'autorizzazione, devono essere informate sull'attività dell'offerente esterno. Inoltre, le autorità del Cantone di destinazione esercitano la vigilanza sugli offerenti esterni che si sono stabiliti nel Cantone o che vi esercitano un'attività. Di conseguenza deve esistere la possibilità di sottoporre gli offerenti esterni a un «controllo all'ingresso» e di eseguire una procedura di notifica o di autorizzazione.³² Queste procedure vanno distinte da quelle volte a riesaminare le autorizzazioni iniziali. Mentre le prime sono in genere ammissibili e servono a garantire che solo le persone che sono già state sottoposte a una procedura di autorizzazione possano richiarsi alla LMI, le seconde sono in linea di massima ammissibili soltanto in casi eccezionali e mirano a verificare la legalità della prima autorizzazione (per quanto riguarda l'ammissibilità dei riesami cfr. n. marg. 9 e 13 e segg. nonché n. marg. 24 qui di seguito).

23. Ogni procedura formale di accesso al mercato è quindi da considerare come una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI, e in quanto tale, deve essere indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti e conforme al principio di proporzionalità.³³ Il controllo dell'esistenza di un'autorizzazione rilasciata nel luogo d'origine dell'offerente esterno e l'esercizio dell'obbligo di sorveglianza rappresentano interessi pubblici che possono giustificare una deroga all'accesso al mercato senza formalità. Nell'esame della proporzionalità è da considerare se l'offerente esterno, nel quadro della libera prestazione dei servizi, offre un servizio nel luogo di destinazione in maniera temporanea o se si stabilisce a lungo termine.³⁴ Concretizzando il principio della proporzionalità, l'articolo 3 capoverso 4 LMI prevede l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita (cfr. sopra, n. marg. 21).³⁵

24. In questo contesto va ricordato che il Tribunale federale ha recentemente spiegato nella sua giurisprudenza che l'articolo 2 capoverso 4 LMI è applicabile anche al settore armonizzato e che l'autorità competente del luogo

di destinazione ha in linea di massima la facoltà di verificare che la prima autorizzazione sia stata rilasciata nel rispetto del diritto federale.³⁶ Questo riesame, così come un eventuale rifiuto o una restrizione della libertà di stabilimento che ne deriva, non costituiscono, tuttavia, secondo il Tribunale, una restrizione ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI (cfr. sopra, n. marg. 14 segg.).³⁷ L'applicabilità dell'articolo 3 capoverso 4 LMI, in quanto concretizzazione del principio di proporzionalità, si applica comunque in quanto (come ha precisato il Tribunale federale a più riprese, cfr. sopra, n. marg. 21) non copre solo le restrizioni effettive dell'accesso al mercato ma tutte le procedure di accesso al mercato, compresa la procedura con la quale l'autorità competente del luogo di destinazione riesamina la conformità della prima autorizzazione con il diritto federale.³⁸ Un tale riesame da parte dell'autorità del luogo di destinazione deve quindi essere effettuato con una procedura semplice, rapida e gratuita. Non è proporzionato procedere a un riesame se è chiaro che l'autorizzazione iniziale non è contraria al diritto federale. Una procedura di questo tipo deve inoltre essere prioritaria in virtù del principio di rapidità, e il riesame della conformità con il diritto federale deve essere limitato al minimo necessario.

25. Infine, l'articolo 10a capoverso 2 LMI prevede che le autorità amministrative e giudiziarie debbano trasmettere spontaneamente alla Commissione della concorrenza una copia completa delle decisioni e delle sentenze pronunciate in applicazione della LMI. La Commissione della concorrenza raccoglie queste decisioni e sentenze e può pubblicarle periodicamente. Per ragioni pratiche, la COMCO chiede ai servizi interessati di trasmetterle unicamente le decisioni e le sentenze con le quali a un offerente esterno viene rifiutato l'accesso al mercato oppure concesso solo a determinate condizioni o dietro pagamento di spese o emolumenti.

²⁹ DTF 125 II 56, consid. 5a (Avv. Thalmann): «Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.»; DTF 125 II 406, consid. 3 (Avv. Cantone Appenzello Interno); DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, *Cheval de Troie de droit européen*, 2003, pag. 110 seg.

³⁰ DIEBOLD, *Freizügigkeit* (nota 4), n. marg. 1357.

³¹ Messaggio revisione LMI (nota 6), 428; sentenza del Tribunale d'appello del Cantone Appenzello Esterno del 22 maggio 2007, consid. 2.2, in: AR GVP 2007 114: «Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben.».

³² Raccomandazione COMCO Ticino (nota 16), 150 n. marg. 13; Raccomandazione COMCO Vaud (nota 16), 254 n. marg. 13.

³³ DIEBOLD, *Freizügigkeit* (nota 4), n. marg. 1359; raccomandazione COMCO, Tassi (nota 5), n. marg. 23 seg.; di un'altra opinione ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9a edizione, Zurigo 2016, n. marg. 735.

³⁴ DIEBOLD, *Freizügigkeit* (nota 4), n. marg. 1359.

³⁵ Raccomandazione COMCO Ticino (nota 16), 150 n. marg. 14; raccomandazione COMCO Vaud (nota 16), 254 n. marg. 14.

³⁶ DTF 144 II 147, consid. 4.2 e 4.4 (società anonima di avvocati).

³⁷ DTF 144 II 147, consid. 6.2 (società anonima di avvocati).

³⁸ Sentenza del TF 2C_1004/2016 del 27 aprile 2018, consid. 5 seg.

3. Accesso al mercato nella LPSan

26. La LPSan promuove, nell'interesse della sanità pubblica, la qualità della formazione nelle professioni sanitarie impartita nelle scuole universitarie e in altri istituti accademici e quella dell'esercizio sotto la propria responsabilità professionale di tali professioni (art. 1 LPSan).

27. Sono considerate professioni sanitarie ai sensi dell'articolo 2 capoverso 1 LPSan le professioni di:

- a. infermiere;
- b. fisioterapista;
- c. ergoterapista;
- d. levatrice;
- e. dietista;
- f. optometrista;
- g. osteopata.

28. Oltre a queste professioni ora regolamentate a livello federale, vi è una serie di attività in ambito sanitario la cui regolamentazione è di competenza dei Cantoni.³⁹

29. Conformemente al suo scopo, la LPSan disciplina le competenze di chi ha concluso i cicli di studio che permettono di apprendere le professioni sanitarie che rientrano nel campo di applicazione della legge, l'accREDITamento di tali cicli di studio, il riconoscimento dei titoli di studio esteri, l'esercizio della professione sotto la propria responsabilità professionale e il registro delle professioni sanitarie (art. 2 cpv. 2 LPSan).

30. Sotto il profilo concettuale, il disegno si rifà alla legge federale del 23 giugno 2006 sulle professioni mediche universitarie (legge sulle professioni mediche, LPMed; RS 811.11) e alla legge federale del 18 marzo 2011 sulle professioni psicologiche (LPPsi; RS 935.81).⁴⁰ Molte disposizioni di queste leggi sono state riprese praticamente invariate nella LPSan.⁴¹

31. Le norme rilevanti dal punto di vista della legislazione sul mercato interno sono in primo luogo gli articoli 11–13 LPSan riguardanti il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio della professione. Secondo l'articolo 11 LPSan l'esercizio di una professione sanitaria sotto la propria responsabilità professionale è subordinato all'ottenimento di un'autorizzazione del Cantone sul cui territorio è esercitata. Le condizioni per l'autorizzazione figurano all'articolo 12 capoversi 1 e 2 LPSan. L'articolo 12 capoverso 3 LPSan prevede che chi dispone di un'autorizzazione cantonale a esercitare la professione adempie in linea di massima le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione in un altro Cantone. Secondo l'articolo 13 LPSan i Cantoni possono prevedere che l'autorizzazione all'esercizio della professione sia vincolata a determinate restrizioni di natura professionale, temporale o geografica oppure a oneri, sempre che questo sia necessario per garantire un'assistenza sanitaria di qualità elevata.

32. Oltre alle regole sul rilascio dell'autorizzazione a esercitare la professione, l'articolo 15 capoverso 2 LPSan prevede l'obbligo di annunciare l'offerta di servizi in un altro Cantone. La disposizione prevede che i titolari

di un'autorizzazione cantonale secondo l'articolo 11 LPSan possono esercitare in un altro Cantone la loro professione sanitaria, sotto la propria responsabilità professionale, durante un periodo non superiore a 90 giorni per anno civile, senza essere tenuti a chiedere un'autorizzazione di tale Cantone. Queste persone devono annunciarsi presso l'autorità cantonale competente.

4. Rapporto tra LMI e LPSan

33. Il presente capitolo descrive il rapporto tra le disposizioni della LMI e quelle degli articoli 11–13 e 15 capoverso 2 LPSan. Dopo un esame del rapporto tra LMI e leggi federali più specifiche (cap. 4.1) viene affrontata la questione dell'applicazione parallela della LMI e della LPSan (cap. 4.2). Infine, viene proposta una sintesi dei risultati (cap. 4.3).

4.1 In generale

34. In adempimento del mandato costituzionale relativo alla creazione di uno spazio economico non discriminante (art. 95 cpv. 2 Cost.), la LMI garantisce a ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). Molte disposizioni della LMI concretizzano a livello legislativo la libertà economica sul mercato interno contenuta nell'articolo 27 Cost.⁴² alla realizzazione della quale è tenuto a contribuire chi svolge un compito statale (cfr. art. 35 cpv. 1 e 2 Cost.).

35. La LMI è concepita come legge quadro. Non definisce le condizioni materiali di autorizzazione, ma mira a creare il mercato interno svizzero sulla base del principio del luogo d'origine.⁴³ In virtù dell'articolo 49 capoverso 1 Cost., la LMI prevale sulle prescrizioni cantonali e comunali di accesso al mercato.

36. Risulta invece più complessa la questione del rapporto tra la LMI e le altre leggi federali che pur armonizzando le condizioni materiali di accesso al mercato in un ambito preciso, trasferiscono ai Cantoni l'esecuzione della regolamentazione federale (federalismo esecutivo). Come indicato più in alto (n. marg. 12–19), la LMI esplica i suoi effetti anche in relazione a tali leggi federali speciali: l'articolo 2 capoverso 6 LMI esprime la volontà del legislatore federale di non creare nuove barriere tramite il federalismo esecutivo, cosa che andrebbe contro le decisioni legislative intese ad armonizzare mediante una legge speciale l'accesso al mercato in tutta la Svizzera per un determinato ambito.

³⁹ Cfr. le indicazioni sul Registro nazionale delle professioni sanitarie (NAREG) all'indirizzo <https://nareg.ch/Home/About> (ultima consultazione: 13 maggio 2019).

⁴⁰ Cfr. messaggio LPSan (nota 2), 7127.

⁴¹ Le considerazioni seguenti riguardanti il rapporto tra la LPSan e la LMI (cap. 4) e l'applicazione conforme al diritto del mercato interno della LPSan (cap. 5) potrebbero pertanto in linea di massima essere prese in considerazione anche per l'applicazione della LPMed e della LPPsi nella misura in cui queste ultime non si differenziano dalla LPSan.

⁴² DTF 125 I 276, consid. 4a, 5c/gg (protesista dentale Grigioni); messaggio Cost. (nota 24), 281; messaggio LMI (nota 24), 1057–1058.

⁴³ Messaggio revisione LMI (nota 6), 414; OESCH/ZWALD (nota 4), art. 1 n. marg. 6.

37. Il legislatore federale si è lui stesso imposto l'obbligo, con l'articolo 2 capoverso 2 LMI, di garantire la libertà di accesso al mercato nell'elaborazione dei suoi atti normativi.⁴⁴ Ciò non gli impedisce tuttavia di prevedere nelle sue leggi speciali un regime di accesso al mercato più restrittivo rispetto a quello della LMI se un interesse pubblico preponderante lo giustifica.⁴⁵ Considerati il principio costituzionale del mercato interno (art. 27 e 95 cpv. 2 Cost.), l'obbligo dello Stato di realizzare la libertà di accesso al mercato interno (art. 27 in combinato disposto con l'articolo 35 capoverso 1 e 2 Cost.) e l'impegno preso dal legislatore federale all'articolo 2 capoverso 2 LMI, simili deroghe al diritto generale del mercato interno non devono essere ammesse alla leggera. Devono chiaramente risultare dalla volontà del legislatore. Se una legge federale più specifica entra in conflitto con la LMI, bisogna perciò esaminare sia in una prospettiva globale che per quanto riguarda le singole disposizioni e tenendo conto della volontà del legislatore federale, se la LMI sia da applicare parallelamente alla legge speciale.⁴⁶

38. Il Tribunale federale ha dovuto occuparsi più volte della questione dell'applicabilità parallela della LMI e di altre leggi federali che disciplinano l'accesso al mercato in un determinato ambito.⁴⁷ Per quanto riguarda il rapporto tra la legge federale del 23 giugno 2000 sulla libera circolazione degli avvocati (legge sugli avvocati, LLCA; RS 935.61), ha ritenuto che la LMI non si applica se la LLCA enumera in maniera esaustiva delle regole uniformi di accesso al mercato valide per tutto il territorio svizzero. Fa eccezione l'articolo 2 capoverso 6 LMI, che un offerente può invocare se il Cantone di destinazione gli rifiuta l'accesso al mercato interpretando il diritto federale in maniera diversa dal Cantone di provenienza.⁴⁸ Secondo questa giurisprudenza, nel settore armonizzato dal diritto federale solo la libera prestazione di servizi è retta dall'articolo 2 capoverso 6 LMI. Per la libertà di stabilimento, invece, si applica l'articolo 2 capoverso 4 LMI. Diversamente dall'articolo 2 capoverso 6 LMI questa disposizione permette all'autorità competente del luogo di destinazione di riesaminare la conformità con il diritto federale della decisione di autorizzazione del luogo d'origine.⁴⁹ Contrariamente alla formulazione esplicita della legge – e a differenza di quanto avviene per il settore non armonizzato – l'articolo 3 capoverso 1 LMI non va tuttavia applicato se, a seguito di questo riesame, l'autorità del luogo di destinazione giunge alla conclusione che l'autorizzazione iniziale è contraria al diritto federale e rifiuta o limita di conseguenza la possibilità di stabilimento (cfr. anche sopra, n. marg. 14).⁵⁰ Nel settore regolamentato in maniera esaustiva dal diritto federale, oltre all'articolo 2 capoversi 4 e 6 LMI si applica quindi sempre l'articolo 3 capoverso 4 LMI (cfr. sopra n. marg. 24).⁵¹

39. Il Tribunale federale ha tuttavia stabilito che l'articolo 3 capoverso 1 LMI continua ad applicarsi se la legge speciale che armonizza in linea di massima l'accesso al mercato lascia una competenza residuale ai Cantoni, come nel caso dell'articolo 3 LLCA. Di conseguenza, una disposizione cantonale basata sull'articolo 3 LLCA può limitare il diritto degli avvocati al libero accesso al mercato soltanto se sono adempiute le condizioni contenute nell'articolo 3 capoverso 1 LMI. Le disposizioni di

tipo federalista che, come l'articolo 3 LLCA sono in contrasto con la LMI possono essere applicate solo in maniera restrittiva dai Cantoni (cfr. n. marg. 19).⁵²

4.2 Applicabilità parallela della LPSan e della LMI

40. La LPSan contiene delle prescrizioni relative all'accesso al mercato negli articoli 11–13 e 15 capoverso 2. Mentre gli articoli 11–13 LPSan disciplinano il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio di una professione sanitaria, l'articolo 15 capoverso 2 LPSan prevede l'obbligo di annuncio per la prestazione di servizi in un altro Cantone. Qui di seguito verranno esaminate le disposizioni pertinenti della LPSan per determinare se, e in caso affermativo in che misura, sia richiesta un'applicazione parallela della LMI.

41. Bisogna determinare mediante interpretazione se una legge federale che disciplina l'accesso al mercato prevale o meno sulla LMI o se si applica parallelamente.⁵³ Il tenore del testo di legge è il punto di partenza di ogni interpretazione. Se il testo non è chiaro o se sono possibili varie interpretazioni, bisogna interrogarsi sulla portata reale della norma interessata. Nel farlo, bisogna integrare tutti gli elementi di interpretazione, in particolare i metodi di interpretazione storici, teleologici e sistematici. Il senso dell'atto normativo va inoltre contestualizzato.⁵⁴

⁴⁴ Messaggio LMI (nota 24), 1059; PAUL RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlich-rechtlicher Sicht, AJP 1995, pag. 593 segg., 602, PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrecht, Berna 2007, n. marg. 411; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (ed.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2a ed., Basilea 2013, art. 1 n. marg. 50, art. 2 cpv. 1–6 n. marg. 91; di un'altra opinione PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Berna 2013 n. marg. 630 e MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zurigo/San Gallo 2010, n. marg. 811.

⁴⁵ Cfr. DIEBOLD, Freizügigkeit (nota 4), n. marg. 1059.

⁴⁶ Cfr. DTF 144 II 147, consid. 4.2 (società anonima di avvocati); 141 II 280, consid. 5.2.1 (agente giuridico Vaud); 134 II 329, consid. 5.2 (Blanc).

⁴⁷ DTF 144 II 147 (società anonima di avvocati); 141 II 280 (agente giuridico Vaud); 135 I 106 (ufficio d'esecuzione di Ginevra); 134 II 329 (Blanc).

⁴⁸ DTF 144 II 147, consid. 4.2 (società anonima di avvocati) con rimando a BIANCHI DELLA PORTA (nota 44), art. 2 cpv. 1–6 n. marg. 59 seg.

⁴⁹ DTF 144 II 147, consid. 4.2 e 4.4 (società anonima di avvocati); confermata dalla sentenza del TF 2C_1004/2016 del 27 aprile 2018, consid. 3 segg.

⁵⁰ DTF 144 II 147, consid. 6.2 (società anonima di avvocati). Per quanto riguarda la critica a questa decisione cfr. marg. 15 segg.

⁵¹ Sentenza del TF 2C_1004/2016 del 27 aprile 2018, consid. 5 seg.

⁵² DTF 134 II 329, consid. 5.4 (Blanc); confermata dalla DTF 144 II 147, consid. 4.2 (società anonima di avvocati); 141 II 280, consid. 5.2.1 (agente giuridico Vaud).

⁵³ Cfr. DTF 141 II 280, consid. 6 (agente giuridico Vaud), nella quale il TF, tenendo conto di tutti gli elementi di interpretazione, ha escluso l'applicabilità parallela della LMI e dell'articolo 68 capoverso 2 lettere b e d del Codice del 19 dicembre 2008 di diritto processuale civile svizzero (Codice di procedura civile, CPC; RS 272).

⁵⁴ DTF 141 II 280, consid. 6.1 (agente giuridico Vaud) con ulteriori indicazioni; 135 II 416, consid. 2.2 (valore locativo); 114 V 219, consid. 3a (responsabilità del datore di lavoro).

4.2.1 Interpretazione degli articoli 11 e 12 LPSan

42. L'articolo 11 LPSan dispone che l'esercizio di una professione sanitaria sotto la propria responsabilità professionale sia subordinato all'ottenimento di un'autorizzazione del Cantone sul cui territorio è esercitata. L'autorizzazione è rilasciata dall'autorità cantonale competente ed è valida solo sul territorio di quest'ultima. Si tratta pertanto di un'autorizzazione di accesso al mercato valida a livello cantonale e disciplinata da una legge federale.⁵⁵

43. L'autorizzazione all'esercizio di una professione sanitaria sotto la propria responsabilità professionale è rilasciata in virtù dell'articolo 12 capoverso 1 LPSan se il richiedente:

- a. possiede il relativo titolo di studio di cui all'articolo 12 capoverso 2 LPSan oppure un corrispondente titolo di studio estero riconosciuto;
- b. è degno di fiducia e offre la garanzia, sotto il profilo psicofisico, di un esercizio ineccepibile della professione; e
- c. padroneggia una lingua ufficiale del Cantone per il quale richiede l'autorizzazione.

44. Se il richiedente soddisfa le condizioni professionali e personali contenute nell'articolo 12 capoverso 1 LPSan, l'autorità cantonale competente deve autorizzare l'esercizio della professione. Secondo il tenore dell'articolo 12 capoverso 1 LPSan l'autorizzazione di cui all'articolo 11 LPSan è pertanto un'autorizzazione di polizia. Le condizioni di autorizzazione sono disciplinate in maniera esaustiva dalla LPSan. I Cantoni non dispongono di conseguenza di alcun margine di manovra per imporre condizioni supplementari; lo specifica anche il messaggio nel suo commento all'articolo 12 LPSan.⁵⁶

45. Se una legge federale prevede condizioni di autorizzazione unitarie, due articoli vengono regolarmente applicati: l'articolo 2 capoverso 6 LMI, in riferimento alla libera prestazione di servizi e l'articolo 2 capoverso 4 LMI per quanto riguarda la libertà di stabilimento. L'articolo 3 capoverso 4 LMI è applicabile a tutte le procedure di accesso al mercato (cfr. sopra, n. marg. 21, 24 e 38).

46. Per sapere se, conformemente a questa regola, l'articolo 2 capoversi 4 e 6 LMI si applica anche alla LPSan, bisogna considerare l'articolo 12 capoverso 3 LPSan, in base al quale chi dispone dell'autorizzazione a esercitare la professione secondo la LPSan adempie in linea di massima le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione in un altro Cantone. Il tenore di questa norma si differenzia da quello dell'articolo 2 capoversi 4 e 6 LMI e non precisa quali sono le eccezioni al principio enunciato. Per chiarire il vero senso dell'articolo 12 capoverso 3 LPSan non è quindi sufficiente basarsi unicamente sulla sua formulazione e bisogna far riferimento agli altri elementi di interpretazione.

47. Uno degli obiettivi della LPSan è di armonizzare a livello federale le condizioni di esercizio di determinate professioni sanitarie.⁵⁷ Pertanto, l'articolo 12 capoverso 3 LPSan mira a impedire la segmentazione del mercato in base ai confini cantonali che potrebbero risultare dal federalismo esecutivo nonostante l'armonizzazione delle

condizioni di autorizzazione⁵⁸ e persegue dunque lo stesso obiettivo dell'articolo 2 capoversi 4 e 6 LMI, di cui concretizza le disposizioni nell'ambito delle professioni sanitarie. Per l'applicazione dell'articolo 12 capoverso 3 LPSan va di conseguenza tenuto conto della prassi sviluppata in relazione all'articolo 2 capoversi 4 e 6 LMI.

48. Ne risultano anche le eccezioni al principio menzionato all'articolo 12 capoverso 3 LPSan: un professionista della salute che può esercitare la professione nel suo Cantone di provenienza adempie in linea di massima le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione in un altro Cantone; tuttavia, dato che le lingue ufficiali possono variare da Cantone a Cantone, la condizione di padroneggiare una lingua ufficiale del Cantone per il quale richiede l'autorizzazione (art. 12 cpv. 1 lett. c LPSan) potrebbe non essere soddisfatta nonostante l'autorizzazione rilasciata dal Cantone di provenienza. La questione del trattamento di questo tipo di casi viene esaminata più avanti (n. marg. 61), nella sezione dedicata all'esecuzione conforme alla LMI della LPSan (cap. 5). Sono interessati anche i casi nei quali un riesame è (eccezionalmente) ammesso (cfr. i commenti generali più sopra, n. marg. 13 seg., e i commenti relativi alla LPSan n. marg. 62 e 68 qui di seguito) e conduce a una restrizione dell'accesso al mercato.

49. Di conseguenza, l'articolo 12 capoverso 3 LPSan concretizza l'articolo 2 capoversi 4 e 6 LMI e questi due capoversi si applicano parallelamente agli articoli 11 e 12 LPSan. Questa interpretazione è confermata dal messaggio che nei commenti relativi all'articolo 12 capoverso 3 LPSan rinvia esplicitamente al principio del mercato interno e all'articolo 3 capoverso 4 LMI.⁵⁹ Il legislatore è così in linea con l'articolo 2 capoverso 2 LMI e con il mandato costituzionale di cui all'articolo 95 capoverso 2 Cost.

50. Riassumendo, l'articolo 2 capoversi 4 e 6 e l'articolo 3 capoverso 4 LMI vanno applicati parallelamente agli articoli 11 e 12 LPSan.

4.2.2 Interpretazione dell'articolo 13 LPSan

51. Secondo l'articolo 13 LPSan i Cantoni possono prevedere che l'autorizzazione all'esercizio della professione sia vincolata a determinate restrizioni di natura professionale, temporale o geografica oppure a oneri, sempre che questo sia necessario per garantire un'assistenza sanitaria di qualità elevata. Secondo il testo di legge, questa competenza vale senza restrizioni e può quindi essere applicata anche ai professionisti della salute che sono già in possesso di un'autorizzazione rilasciata da un altro Cantone. L'articolo 13 LPSan è pertanto in diretto contrasto con il principio della LMI secondo il quale le restrizioni dell'accesso al mercato sono inammissibili negli ambiti per i quali il diritto federale prescrive un livello di protezione uniforme (cfr. n. marg. 13).

⁵⁵ Cfr. DIEBOLD, *Freizügigkeit* (nota 4), n. marg. 1082 segg.

⁵⁶ Messaggio LPSan (nota 2), 7157.

⁵⁷ Messaggio LPSan (nota 2), 7135.

⁵⁸ Cfr. anche messaggio LPSan (nota 2), 7158 seg.

⁵⁹ Messaggio LPSan (nota 2), 7158 seg.

52. Se una disposizione di tipo federalista di una legge federale è in contrasto con la LMI, l'articolo 3 capoverso 1 LMI si applica alle restrizioni cantonali del diritto al libero accesso al mercato, nella misura in cui si basano sulla competenza residuale prevista dalla legge speciale (cfr. sopra, n. marg. 39).

53. Nella parte dedicata all'articolo 13 LPSan il messaggio cita la giurisprudenza pertinente⁶⁰ e contiene il commento seguente:

«La garanzia di un'assistenza affidabile e di elevata qualità costituisce l'unico interesse pubblico preponderante che possa giustificare l'assoggettamento dell'autorizzazione a restrizioni o oneri secondo l'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI. Le ulteriori condizioni di cui all'articolo 3 LMI trovano quindi applicazione in seconda battuta, il che spiega perché eventuali restrizioni o oneri cantonali debbano valere in egual misura per gli offerenti locali ed essere conformi al principio di proporzionalità.»⁶¹

54. L'articolo 13 LPSan concretizza pertanto l'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI, limitandolo, nel senso che solo la garanzia di un'assistenza affidabile e di elevata qualità può essere invocata come interesse pubblico. Per il resto, le restrizioni relative all'autorizzazione a esercitare la professione alle quali un Cantone di destinazione può sottoporre un professionista extracantonale della salute sono soggette alle stesse condizioni di quelle applicabili a qualsiasi altra restrizione dell'accesso al mercato di natura intercantonale. L'articolo 3 capoversi 1–3 LMI si applica pertanto alle restrizioni basate sull'articolo 13 LPSan. La procedura di autorizzazione è inoltre soggetta all'articolo 3 capoverso 4 LMI (cfr. sopra, n. marg. 21).

4.2.3 Interpretazione dell'articolo 15 capoverso 2 LPSan

55. I titolari di un'autorizzazione cantonale possono esercitare in un altro Cantone la loro professione sanitaria, sotto la propria responsabilità professionale, durante un periodo non superiore a 90 giorni per anno civile, senza essere tenuti a chiedere un'autorizzazione di tale Cantone. Le restrizioni e gli oneri vincolati alla loro autorizzazione si applicano pure a tale attività. Queste persone devono annunciarsi presso l'autorità cantonale competente. Quest'ultima iscrive l'annuncio nel registro (art. 15 cpv. 2 LPSan).

56. L'obbligo di annunciarsi previsto dall'articolo 15 capoverso 2 LPSan rappresenta un'alternativa temporanea all'accesso al mercato intercantonale tramite l'autorizzazione a esercitare la professione secondo l'articolo 11 e 12 LPSan. Contrariamente a quest'ultima, riguarda tuttavia unicamente la fornitura di servizi in un altro Cantone e non lo stabilimento.

57. La disposizione disciplina le regole di autorizzazione in maniera esaustiva: bisogna essere in possesso di un'autorizzazione del Cantone di provenienza e annunciare l'esercizio dell'attività all'autorità competente del Cantone di destinazione. Se una legge federale prevede condizioni di autorizzazione unitarie, per quanto riguarda la libera prestazione di servizi si applica l'articolo 2 capoverso 6 LMI. L'articolo 3 capoverso 4 LMI si applica invece a tutte le procedure di accesso al mercato (cfr.

sopra, n. marg. 21 e 38). L'articolo 2 capoverso 6 e l'articolo 3 capoverso 4 LMI si applicano pertanto parallelamente all'articolo 15 capoverso 2 LPSan, mentre l'articolo 2 capoverso 4 LMI non è applicabile parallelamente all'articolo 15 capoverso 2 LPSan, in quanto quest'ultimo disciplina soltanto la prestazione di servizi in un altro Cantone ma non lo stabilimento.

4.3 Sintesi

58. La LPSan non esclude l'applicazione della LMI. In effetti, le due leggi sono complementari e si applicano parallelamente: l'articolo 2 capoversi 4 e 6 nonché l'articolo 3 capoverso 4 LMI sono applicabili parallelamente agli articoli 11 e 12 LPSan riguardanti il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio della professione. Le condizioni previste all'articolo 3 capoversi 1–3 LMI si applicano alle restrizioni cantonali all'autorizzazione imposte a un offerente extracantonale in virtù dell'articolo 13 LPSan. Vanno inoltre rispettati i requisiti di cui all'articolo 3 capoverso 4 LMI. Infine, devono essere applicati parallelamente all'articolo 15 capoverso 2 LPSan l'articolo 2 capoverso 6 e l'articolo 3 capoverso 4 LMI, ma non l'articolo 2 capoverso 4 LMI.

5. Esecuzione conforme alla LMI della LPSan

59. Come si è appena visto, le disposizioni della LMI valgono anche per le procedure di accesso al mercato secondo la LPSan. Qui di seguito verrà spiegato che cosa ciò implica per un'attuazione conforme alla LMI della LPSan.

5.1.1 Applicazione conforme alla LMI degli articoli 11 e 12 LPSan

60. L'applicabilità parallela dell'articolo 2 capoversi 4 e 6 LMI e degli articoli 11 e 12 LPSan significa che un professionista della salute che dispone già di un'autorizzazione rilasciata dal suo Cantone di provenienza ha in linea di massima il diritto, sulla base di tale autorizzazione, di esercitare la sua professione in qualsiasi altro Cantone. Per farlo, deve richiedere un'autorizzazione specifica all'autorità competente del Cantone di destinazione (art. 11 LPSan).

5.1.1.1 Prestazione di servizi in un altro Cantone

61. Se il professionista della salute non si stabilisce nel Cantone di destinazione e propone i suoi servizi dal Cantone di provenienza, all'autorità competente del Cantone di destinazione è in linea di massima vietato verificare se sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 12 capoverso 1 LPSan (divieto di riesame). L'adempimento delle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione è già stato esaminato dall'autorità del Cantone di provenienza nel quadro della prima autorizzazione. In virtù dell'articolo 12 capoverso 3 LPSan in combinato disposto con l'articolo 2 capoverso 6 LMI, la decisione dell'autorità del Cantone di provenienza è vincolante anche per il Cantone di destinazione (cfr. sopra, n. marg. 13). L'autorità del Cantone di destinazione non può pertanto in linea di massima né esigere che il

⁶⁰ Messaggio LPSan (nota 2), 7160, nota 43.

⁶¹ Messaggio LPSan (nota 2), 7159–60.

professionista extracantonale della salute presenti un diploma né può verificare se è degno di fiducia e offre la garanzia, sotto il profilo psicofisico, di un esercizio ineccepibile della professione o padroneggia una lingua ufficiale del Cantone (cfr. art. 12 cpv. 1 LPSan). Dato che l'autorizzazione del Cantone di provenienza rappresenta la base per il rilascio dell'autorizzazione nel Cantone di destinazione, l'autorità di quest'ultimo può richiedere una copia della prima autorizzazione e un modulo di richiesta compilato. La presentazione di altri documenti, come l'estratto del casellario giudiziale, un certificato di buona condotta rilasciato dal Cantone di provenienza o un diploma di lingua non possono essere richiesti. L'autorità del Cantone di destinazione può chiedere che le sia fornita, oltre a una copia della prima autorizzazione e al modulo di richiesta, la prova che il richiedente padroneggia una lingua ufficiale (cfr. art. 12 cpv. 1 lett. c LPSan nonché n. marg. 48) solo nel caso in cui nel Cantone di provenienza non si parli almeno una lingua ufficiale del Cantone di destinazione.

62. Un riesame delle condizioni dell'articolo 12 capoverso 1 LPSan da parte del Cantone di destinazione è possibile solo in casi eccezionali, in particolare in presenza di indizi concreti che un professionista extracantonale della salute non soddisfa più le condizioni di autorizzazione a causa di eventi avvenuti dopo il rilascio della prima autorizzazione cantonale o se l'autorità del Cantone di provenienza ha applicato il diritto federale in maniera evidentemente scorretta (cfr. sopra n. marg. 13). Simili indizi possono per esempio essere forniti dal registro delle professioni sanitarie (cfr. art. 23 segg. LPSan) che contiene anche informazioni sulle misure disciplinari pronunciate in un altro Cantone nei confronti del professionista. Il fatto che siano state pronunciate simili misure può essere considerato un motivo per procedere al riesame delle condizioni di autorizzazione di cui all'articolo 12 capoverso 1 LPSan. Lo stesso dicasi se l'autorità del Cantone di destinazione è a conoscenza di denunce presentate presso altre autorità, se il professionista della salute è stato oggetto di commenti negativi nei media o se gode di una reputazione dubbia per altre ragioni. Di contro, il fatto che il rilascio della prima autorizzazione da parte del Cantone di provenienza risalga a vari anni prima non costituisce un motivo sufficiente per procedere al riesame. Un riesame sistematico delle condizioni di autorizzazione di cui all'articolo 12 capoverso 1 LPSan in assenza di indizi concreti non è in nessun caso ammissibile.

63. Se un riesame è eccezionalmente ammesso, non può essere chiesto al richiedente di fornire informazioni che figurano già nel registro delle professioni sanitarie o che possono essere ottenute tramite l'assistenza amministrativa (art. 18 LPSan per analogia). Il registro delle professioni sanitarie ha infatti lo scopo di semplificare le procedure di rilascio dell'autorizzazione all'esercizio della professione (art. 23 cpv. 2 lett. e LPSan). La consultazione del registro delle professioni sanitarie e l'ottenimento tramite l'assistenza amministrativa di informazioni già disponibili presso l'autorità del Cantone di provenienza incidono inoltre meno sui diritti di accesso al mercato del professionista extracantonale della salute di quanto non faccia l'obbligo di presentare nuovamente tutti i documenti all'autorità del Cantone di destinazione.

Di conseguenza, tenuto conto del principio di proporzionalità (art. 5 cpv. 2, art. 27 in combinato disposto con l'art. 36 cpv. 3 Cost. nonché con l'art. 3 cpv. 1 lett. c e cpv. 4 LMI), un eventuale riesame delle condizioni di autorizzazione di cui all'articolo 12 capoverso 1 LPSan deve essere effettuato nella maniera più moderata possibile.

64. Per tutta la procedura di autorizzazione va infine osservato l'articolo 3 capoverso 4 LMI. Le domande di autorizzazione da parte di professionisti della salute che dispongono di un'autorizzazione rilasciata in un altro Cantone devono essere trattate prioritariamente, tempestivamente, senza troppa burocrazia e gratuitamente.

65. La LPSan ha, tra l'altro, lo scopo di tutelare la sanità pubblica (cfr. art. 1 LPSan). Per questo motivo l'esercizio di una professione sanitaria sotto la propria responsabilità professionale è subordinato all'ottenimento di un'autorizzazione (cfr. art. 11 LPSan). Il regime dell'autorizzazione serve al controllo preventivo dei titolari dell'autorizzazione. Conformemente ai principi della LMI precedentemente enunciati, le condizioni per il rilascio di un'autorizzazione alla prestazione di servizi in un altro Cantone possono in generale essere oggetto di un esame completo una sola volta, ossia alla prima richiesta di rilascio di un'autorizzazione cantonale. Tutte le altre autorizzazioni cantonali devono basarsi sulla prima autorizzazione (art. 12 cpv. 3 LPSan in combinato disposto con l'art. 2 cpv. 6 LMI); il riesame dell'autorizzazione iniziale dal punto di vista della sua conformità con il diritto federale è in linea di massima vietato.

66. Ciò non significa tuttavia che l'applicazione della LMI indebolisca la tutela della sanità pubblica. La LMI vieta il riesame delle condizioni di autorizzazione prima del rilascio di una seconda autorizzazione perché comporta una restrizione dell'accesso al mercato. Nel quadro della vigilanza continua, le autorità cantonali preposte hanno tuttavia la facoltà di effettuare controlli a campione per verificare se le singole condizioni di autorizzazione sono soddisfatte. Il rispetto dei criteri di autorizzazione deve essere assicurato per tutta la durata dell'esercizio della professione sotto la propria responsabilità professionale. L'autorizzazione è revocata se le sue condizioni non sono più adempite (art. 14 cpv. 1 LPSan). La vigilanza continua non va tuttavia utilizzata come un mezzo per aggirare i principi della LMI. I controlli a campione vanno effettuati indipendentemente dal fatto che un offerente extracantonale abbia ricevuto recentemente un'autorizzazione e non devono fare alcuna distinzione tra professionisti della salute locali ed esterni. Di conseguenza, non vanno effettuati per esempio soltanto per gli offerenti esterni, ma avvenire in maniera casuale e mirata o sulla base di un indizio concreto. Un esame sistematico delle condizioni di autorizzazione poco dopo il rilascio di un'autorizzazione a un professionista della salute esterno costituirebbe pertanto un abuso e un aggiramento della LMI. Un tale approccio avrebbe un effetto dissuasivo e sarebbe simile a una barriera all'accesso al mercato.

67. Nella loro comunicazione (per es. schede informative, siti internet), gli organi cantonali d'esecuzione dovrebbero indicare che per i professionisti della salute

titolari di un'autorizzazione rilasciata da un altro Cantone si applica la procedura di autorizzazione semplificata di cui all'articolo 12 capoverso 3 LPSan in combinato disposto con l'articolo 2 capoverso 6 LMI. Questo obbligo dei Cantoni risulta anche dall'articolo 27 in combinato disposto con l'articolo 35 capoverso 2 Cost, che dispone che chi svolge un compito statale deve contribuire a realizzare il libero accesso al mercato interno (cfr. sopra, n. marg. 34).

5.1.1.2 Stabilimento nel Cantone di destinazione

68. Se un professionista della salute intende stabilirsi commercialmente nel Cantone di destinazione non si applica l'articolo 2 capoverso 6 LMI, ma l'articolo 2 capoverso 4 LMI in combinato disposto con gli articoli 11 e 12 LPSan (cfr. sopra, n. marg. 14 e 38). Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale l'autorità del Cantone di destinazione può, in linea di massima, (ri)esaminare la conformità dell'autorizzazione iniziale con il diritto federale. Tenuto conto del principio di proporzionalità (art. 5 cpv. 2, art. 27 in combinato disposto con l'art. 36 cpv. 3 Cost. nonché l'art. 3 cpv. 4 LMI) ciò deve tuttavia avvenire con una certa moderazione e limitarsi al minimo necessario. Non è proporzionato procedere a un riesame se è chiaro l'autorizzazione iniziale non è contraria al diritto federale (cfr. sopra, n. marg. 24). Sempre in virtù del principio di proporzionalità, nel quadro di un simile riesame non può essere preteso dal richiedente che fornisca informazioni che figurano già del registro delle professioni sanitarie o che possono essere ottenute tramite l'assistenza amministrativa (cfr. sopra, n. marg. 63). Per tutta la procedura di autorizzazione va inoltre osservato l'articolo 3 capoverso 4 LMI (cfr. sopra, n. marg. 64).

5.1.2 Applicazione conforme alla LMI dell'articolo 13 LPSan

69. Come si è visto (n. marg. 51–54), se sono interessati professionisti della salute titolari di un'autorizzazione di un altro Cantone, per restrizioni cantonali di natura professionale, temporale o geografica oppure oneri secondo l'articolo 13 LPSan si applicano anche le condizioni previste all'articolo 3 LMI.

70. Pertanto, le restrizioni all'autorizzazione devono essere applicate anche ai professionisti della salute locali (divieto di discriminazione) ed essere indispensabili e proporzionate per garantire un'assistenza sanitaria di qualità elevata (art. 13 LPSan in combinato disposto con l'art. 3 cpv. 1 LMI), che rappresenta l'unico interesse pubblico ammesso secondo l'art. 13 LPSan. Limitare l'autorizzazione a esercitare una professione è proporzionato soltanto se ciò è adeguato, necessario e proporzionato in senso stretto, ovvero ragionevole per garantire un'assistenza sanitaria di qualità elevata. La necessità non è data se una restrizione o un onere non costituisce la misura più lieve per garantire un'assistenza sanitaria di qualità elevata. Lo stesso dicasi per il carattere ragionevole se l'interesse del professionista della salute a esercitare la sua professione senza restrizioni è preponderante rispetto all'interesse pubblico di applicare una restrizione o un onere a questo esercizio.⁶² L'articolo 3 capoverso 2 LMI contiene inoltre un elenco non esaustivo dei casi nei quali le restrizioni sono considerate sproporzionate.

71. Visti questi requisiti elevati, la restrizione all'autorizzazione ai sensi dell'articolo 13 LPSan imposta a un professionista extracantonale della salute raramente potrebbe essere giustificata. L'esame del rispetto delle condizioni contenute nell'articolo 3 capoverso 1 LMI va tuttavia effettuato nel singolo caso. Può comunque essere affermato in maniera astratta che le restrizioni o gli oneri rappresentano nella maggior parte dei casi misure meno lievi della creazione di incentivi positivi sotto forma di mandati di prestazioni o simili. Non sarebbe quindi proporzionato, dal punto di vista della LMI, limitare a una zona isolata del Cantone interessato l'autorizzazione di un professionista extracantonale della salute a esercitare la professione sotto la propria responsabilità professionale al fine di garantire un'assistenza sanitaria di qualità elevata in tale zona, se lo stesso obiettivo può essere raggiunto anche con la conclusione di mandati di prestazioni o la concessione di sovvenzioni.

72. Le decisioni relative alle restrizioni o agli oneri di cui all'articolo 13 LPSan devono essere prese con procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI).

5.1.3 Applicazione conforme alla LMI dell'articolo 15 capoverso 2 LPSan

73. Secondo l'articolo 15 capoverso 2 LPSan i titolari di un'autorizzazione cantonale possono esercitare in un altro Cantone la loro professione sanitaria, sotto la propria responsabilità professionale, durante un periodo di 90 giorni per anno civile, senza essere tenuti a chiedere un'autorizzazione di tale Cantone. Per questi casi esiste solamente l'obbligo annuale di annunciarsi. Così facendo si evita una discriminazione di questi titolari nei confronti delle persone provenienti dagli Stati membri dell'UE e dell'AELS, che, sulla base dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone e dell'Accordo AELS hanno il diritto di esercitare la loro professione per 90 giorni all'anno in Svizzera.

74. Con l'introduzione di questa disposizione per i rapporti intercantonali non si è tuttavia tenuto conto del fatto che i titolari di un'autorizzazione cantonale hanno il diritto, in virtù dell'articolo 12 capoverso 3 LPSan in combinato disposto con l'articolo 2 capoverso 6 e l'articolo 3 capoverso 4 LMI, di ottenere un'autorizzazione cantonale sulla base della LPSan non limitata nel tempo tramite una procedura semplice, rapida e gratuita. Questa procedura è meno dispendiosa di una procedura di notifica per 90 giorni di attività da ripetere ogni anno, che pertanto diventa obsoleta.⁶³ Le autorità cantonali d'esecuzione competenti dovrebbero quindi informare i professionisti extracantonali che annunciano un'attività conformemente all'articolo 15 capoverso 2 LPSan della possibilità di chiedere direttamente un'autorizzazione di durata indeterminata.

⁶² Cfr. DTF 142 I 49, consid. 9.1 (divieto di portare il velo); PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4a ed., Berna 2014, § 21 n. marg. 6 segg.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7a ed., Zurigo/San Gallo 2016, n. marg. 527 segg., 556 seg.

⁶³ DIEBOLD, *Freizügigkeit* (nota 4), n. marg. 1362.

75. Per il resto, come si è visto, l'articolo 2 capoverso 6 e l'articolo 3 capoverso 4 LMI si applicano anche alla procedura di annuncio di cui all'articolo 15 capoverso 2 LPSan (cfr. sopra, n. marg. 57). Di conseguenza, oltre al modulo di annuncio e alla copia dell'autorizzazione LPSan valida ottenuta in un altro Cantone non possono essere richiesti altri documenti, cosa che comunque risulta già dall'articolo 15 capoverso 2 LPSan. In caso di dubbi sull'esattezza delle informazioni fornite dalla persona che si annuncia, bisogna in primo luogo consultare il registro delle professioni sanitarie. La procedura di annuncio deve inoltre essere gratuita.

6. Raccomandazioni

76. Riassumendo, alla luce di quanto esposto, la Commissione della concorrenza giunge alle seguenti conclusioni:

A. Raccomandazioni riguardanti l'applicazione conforme alla LMI degli articoli 11 e 12 LPSan

A-1. Prestazione di servizi in un altro Cantone

A-1.1. Le autorizzazioni di cui all'articolo 11 LPSan devono essere rilasciate ai professionisti extracantonali della salute basandosi sull'autorizzazione rilasciata dal Cantone di provenienza (art. 12 cpv. 3 LPSan in combinato disposto con l'art. 2 cpv. 6 LMI; cfr. sopra, n. marg. 61).

A-1.2. Non possono essere chieste informazioni al fine di un riesame del rispetto delle condizioni di cui all'articolo 12 capoverso 1 LPSan (divieto di riesame).

A-1.3. Il requisito della padronanza di una lingua ufficiale (art. 12 cpv. 1 lett. c LPSan) può essere verificato se il richiedente non è in grado di presentare un'autorizzazione rilasciata da un Cantone che ha almeno una lingua ufficiale in comune con il Cantone di destinazione.

A-1.4. Le altre condizioni previste all'articolo 12 capoverso 1 LPSan possono essere esaminate dal Cantone di destinazione soltanto in presenza di indizi concreti (cfr. sopra, n. marg. 62).

A-2. Stabilimento nel Cantone di destinazione

A-2.1. Le autorizzazioni di cui all'articolo 11 LPSan relative allo stabilimento devono essere rilasciate ai professionisti extracantonali della salute basandosi sull'autorizzazione rilasciata dal Cantone di provenienza (art. 12 cpv. 3 LPSan in combinato disposto con l'art. 2 cpv. 4 LMI; cfr. sopra, n. marg. 68).

A-2.2. Il requisito della padronanza di una lingua ufficiale (art. 12 cpv. 1 lett. c LPSan) può essere verificato se il richiedente non è in grado di presentare un'autorizzazione rilasciata da un Cantone che ha almeno una lingua in comune con il Cantone di destinazione.

A-2.3. Le altre condizioni di cui all'articolo 12 capoverso 1 LPSan possono essere esaminate dal Cantone di destinazione soltanto se vi sono indizi che l'autorizzazione iniziale rilasciata dal Cantone di provenienza è contraria al diritto federale.

A-3. Procedura

A-3.1. Gli organi d'esecuzione cantonali dovrebbero indicare, nelle loro comunicazioni (per esempio su fogli informativi e sui loro siti Internet), che per i professionisti extracantonali della salute si applica la LMI, per cui l'autorizzazione del Cantone di destinazione può essere loro rilasciata sulla sola base dell'autorizzazione del Cantone di provenienza (cfr. sopra, n. marg. 67).

A-3.2. Nel caso in cui un riesame fosse eccezionalmente ammissibile, al professionista extracantonale della salute non possono essere richiesti documenti e informazioni che figurano già nel registro delle professioni sanitarie o che possono essere ottenuti tramite l'assistenza amministrativa (cfr. sopra, n. marg. 63 e 68).

A-3.3. Per la procedura di autorizzazione dei professionisti extracantonali della salute non possono essere chiesti emolumenti e per il richiedente non deve venirsi a creare nessun onere amministrativo o dispendio temporale significativo (art. 3 cpv. 4 LMI).

A-3.4. Le decisioni con le quali il Cantone di destinazione rifiuta l'accesso al mercato a un professionista extracantonale della salute o gli impone oneri o condizioni per accedere al mercato, così come le decisioni mediante le quali al professionista extracantonale della salute viene chiesto di pagare emolumenti o spese devono essere trasmesse alla COMCO in virtù dell'articolo 10a capoverso 2 LMI.

B. Raccomandazioni riguardanti l'applicazione dell'articolo 13 LPSan

B-1. L'ammissibilità delle restrizioni o degli oneri di cui all'articolo 13 LPSan va valutata sulla base dell'articolo 3 capoversi 1–3 LMI per i professionisti extracantonali della salute.

B-2. Le decisioni relative alle restrizioni o agli oneri di cui all'articolo 13 LPSan devono essere prese con una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI).

B-3. Le decisioni con le quali il Cantone di destinazione limita l'autorizzazione a esercitare una professione di un professionista extracantonale della salute o la vincola a oneri devono essere trasmesse alla COMCO in virtù dell'articolo 10a capoverso 2 LMI.

C. Raccomandazioni riguardanti l'applicazione dell'articolo 15 capoverso 2 LPSan

C-1. I professionisti della salute che dispongono di un'autorizzazione di un altro Cantone e annunciano un'attività di 90 giorni conformemente all'articolo 15 capoverso 2 LPSan devono essere informati della possibilità di richiedere direttamente un'autorizzazione all'esercizio della professione di durata in-

determinata in virtù dell'articolo 12 capoverso 3 LPSan in combinato disposto con l'articolo 2 capoverso 6 LMI.

C-2. La procedura di annuncio di cui all'articolo 15 capoverso 2 LPSan deve essere gratuita e non comportare alcun onere amministrativo o dispendio temporale significativo (art. 3 cpv. 4 LMI).

B 2.8

4. Empfehlung der WEKO vom 8. April 2019 betreffend Schutzgebühren im öffentlichen Beschaffungswesen

Empfehlung vom 8. April 2019 in Sachen Binnenmarktrechtliche Empfehlung gemäss Art. 8 Abs. 3 BGBM betreffend Schutzgebühren im öffentlichen Beschaffungswesen zuhanden der Regierungen der Kantone

1. Übersicht

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) erhielt Anzeigen zu öffentlichen Beschaffungen, bei denen der Erhalt von Ausschreibungsunterlagen mit einer vorgängigen Kostenpflicht, einer sogenannten Schutzgebühr, verbunden war. Bei Recherchen zur Thematik der Erhebung von Schutzgebühren im öffentlichen Beschaffungswesen stiess das Sekretariat auf weitere Ausschreibungen mit Erhebungen von Schutzgebühren, weshalb bei sieben Kantonen gestützt auf Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) eine Befragung durchgeführt wurde. Zu den Befragten gehörten verschiedene Vergabestellen, unter anderem auch ein öffentlicher Verkehrsbetrieb und ein öffentliches Spital. Bei den Abklärungen wurde insbesondere nach der gesetzlichen Grundlage, den Gründen für eine Auferlegung von Schutzgebühren sowie nach deren Handhabung bei vergangenen und zukünftigen Ausschreibungen gefragt. Die Befragungen haben ergeben, dass die Erhebung von Schutzgebühren zwar nicht die Regel ist, dennoch aber bei Ausschreibungen gelegentlich vorgenommen wird. Nach weiteren Recherchen zur Thematik der Schutzgebühren im öffentlichen Beschaffungswesen konnte festgestellt werden, dass in den letzten fünf Jahren mindestens 50 Ausschreibungen mit vorgesehenen Schutzgebühren, meistens in einer Höhe zwischen 1'000 und 5'000 Franken, auf SIMAP veröffentlicht wurden. Die Anzahl der Ausschreibungen mit Schutzgebühren nahm in den letzten Jahren tendenziell zu.

2. Die eingegangenen Antworten wurden geprüft und es konnte festgestellt werden, dass sich die Vergabestellen bei der Erhebung von Schutzgebühren insbesondere auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sowie von Urheberrechten berufen. Gemäss den Vergabestellen stellt die Schutzgebühr ein geeignetes Mittel dar, um sicherzustellen, dass gewisse Informationen betreffend die Ausschreibung nicht einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Zudem würde die erhobene Schutzgebühr mit der Einreichung der Offerte den Anbieterinnen in der Regel zurückerstattet werden. Mehrere Vergabestellen gaben an, bei der Veröffentlichung der Ausschreibung auf SIMAP umfassende Zusammenfassungen zum Projekt bereitzustellen, welche die wesentlichen Eckpunkte, wie bspw. Ausgangslage, Anforderungen sowie Eignungskriterien beinhalten würden, damit potenzielle Interessierte vor der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen und der Zahlung der Schutzgebühr einschätzen können, ob eine Einreichung eines Angebots in Frage kommt.

3. Das Binnenmarktgesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch den Bund, die Kantone und die Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Damit die WEKO diesen Vollzugsauftrag wahrnehmen kann, stellen die Behörden und Gerichte ihr die Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu (Art. 10a Abs. 2 BGBM).

4. Das Binnenmarktgesetz enthält in Art. 5 BGBM Mindeststandards für öffentliche Beschaffungen durch die Kantone, die neben der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5) und dem kantonalen Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangen. Diese Mindeststandards des BGBM umfassen den Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu kantonalen Beschaffungsmärkten sowie eine Publikationspflicht für umfangreiche Beschaffungen in solchen Fällen.¹ Gestützt auf Art. 9 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen, gegen die ein Rechtsmittel an eine verwaltungsabhängige Behörde besteht, wobei auch der WEKO ein Beschwerderecht zukommt.

5. Nachfolgend ist insbesondere zu prüfen, ob im Falle der Erhebung von Schutzgebühren zum Erhalt von Ausschreibungsverfahren die Anforderungen des Binnenmarktgesetzes eingehalten werden. Die vorliegende Analyse befasst sich zunächst mit dem Begriff der Schutzgebühr (Kapitel 2), den binnenmarktrechtlichen Rahmenbedingungen (Kapitel 3) und dem Öffentlichkeitsprinzip (Kapitel 4). Darauf folgt die Prüfung der vorgebrachten Rechtfertigungsgründe der Vergabestellen (Kapitel 5). Zudem werden die Auswirkungen von Schutzgebühren auf den Wettbewerb (Kapitel 6) sowie die Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (Kapitel 7) thematisiert. Die Empfehlungen folgen in Kapitel 8.

¹ MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Art. 5 BGBM N 1 f.

2. Begriff der Schutzgebühr

6. In Kapitel 2 wird der Begriff der Schutzgebühr beschrieben und ausgeführt, wie dieser Begriff in der vorliegenden Empfehlung zu verstehen ist.

7. Für den Begriff der Schutzgebühr existiert keine Legaldefinition im Beschaffungsrecht oder in einem anderen Rechtsgebiet. Gemäss allgemeinem Sprachgebrauch wird unter dem Begriff der Schutzgebühr eine Gebühr verstanden, mit der sichergestellt werden soll, dass etwas nur an diejenige Person abgegeben wird, die ernsthaft interessiert ist.² In der Literatur zu Art. 8 (Preisausschreiben und Auslobung) des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht; SR 220) wird ausgeführt, dass Schutzgebühren zulässig sind, mit denen nicht ernsthafte Teilnehmer abgehalten werden sollen.³ Der Begriff der Schutzgebühren wird teilweise auch im Immaterialgüterrecht erwähnt.⁴ Vom Bundesgericht wird der Begriff der Schutzgebühren insbesondere in der strafrechtlichen Rechtsprechung verwendet.⁵ Im beschaffungsrechtlichen Sinne wird der Begriff der Schutzgebühren zwar gelegentlich verwendet, aber nicht näher definiert.⁶

8. Die Erhebung von Kosten für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen oder Schutzgebühren im Speziellen sind in der IVöB nicht vorgesehen. Im kantonalen Beschaffungsrecht ist die Erhebung solcher Gebühren teilweise vorgesehen. Beispielsweise erwähnt die Submissionsverordnung vom 25. Mai 2004 des Kantons Graubünden in Art. 11 Bst. I (SubV; BR 803.310) einen Preis für Ausschreibungsunterlagen. Die Erhebung von Schutzgebühren erfordert eine genügende gesetzliche Grundlage. In der kantonalen Rechtsprechung zum Beschaffungsrecht wird in mindestens einem Fall auf eine offenbar eingesetzte Schutzgebühr hingewiesen.⁷

9. Im öffentlichen Beschaffungswesen wird der Begriff der Schutzgebühr im Zusammenhang mit der Bezahlung einer Gebühr für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen verwendet. Dies heisst, dass Ausschreibungsunterlagen nur denjenigen Interessierten abgegeben werden, welche vorgängig eine Gebühr bezahlen. Eine solche Schutzgebühr soll, wie im Begriff enthalten, einen «Schutz» dafür bieten, damit gewisse Informationen nicht an Dritte gelangen. Zielsetzung der Schutzgebühr ist damit die Wahrung von eventuellen Interessen (z.B. Geschäftsgeheimnisse, Know-how oder Urheberrechte) der Vergabestellen. Bei diesem Begriffsansatz werden die bei den Vergabestellen beim Versand der Ausschreibungsunterlagen anfallenden Kosten, wie zum Beispiel Kanzleigebühren, nicht erfasst.

10. Der Begriff der Schutzgebühr ist von den nachfolgenden Begriffen abzugrenzen. Nicht gleichzusetzen ist der Begriff der Schutzgebühr mit dem Begriff des Kostenvorschusses. In BGE 107 Ia 117 hielt das Bundesgericht fest, dass ein Kostenvorschuss dazu dient, entstehende Kosten zu begleichen. Im selben Urteil hält das Bundesgericht zum Begriff der Kautions fest, dass eine geleistete Kautions erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn Kosten auferlegt worden oder entstanden sind. Eine Kautions bildet gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine geleistete Sicherheit,

auf die im Fall von entstandenen Kosten zurückgegriffen werden kann.⁸

11. Für die vorliegende Empfehlung sind unter dem Begriff der Schutzgebühr Kostenerhebungen für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen durch öffentlichen Vergabestellen zu verstehen, die darauf abzielen, allfällige Geheimhaltungsinteressen der Vergabestelle zu wahren.

3. Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

12. Kapitel 3 untersucht, inwiefern die Erhebung einer Schutzgebühr als binnenmarktrechtlich relevante Benachteiligung bei öffentlichen Beschaffungen zu qualifizieren ist. Zu diesem Zweck werden die beschaffungsrechtlichen Vorgaben im vorgelagerten internationalen Recht (3.1) sowie im Binnenmarktgesetz (3.2) thematisiert. Des Weiteren wird im vorliegenden Kapitel Bezug auf den Grundsatz des freien Marktzugangs (3.3) genommen.

3.1 Hinweis auf das internationale Recht

13. Vorweg ist auf die völkerrechtlichen Grundlagen für das schweizerische Beschaffungsrecht im Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA]; SR 0.632.231.422) der Welthandelsorganisation hinzuweisen.

14. Die Vorschriften des GPA sind grundsätzlich auch auf kantonale Vergaben unmittelbar anwendbar. Dies hat die Folge, dass Ausschreibungen den Anforderungen des GPA genügen müssen und sich die Anbieterinnen auf die Bestimmungen des völkerrechtlichen Vertrags berufen können. Art. IX Ziff. 6 Bst. g GPA erwähnt, dass eine Bekanntmachung einer geplanten Beschaffung Angaben zur Höhe der für die Vergabeunterlagen zu entrichtenden Beträge und Zahlungsmodalitäten enthält. Das GPA schliesst die Erhebung von Kosten für Vergabeunterlagen damit nicht aus, sieht aber eine Gebühr zum Schutz von Unterlagen nicht vor. Ansonsten finden sich in den internationalen Regelungen keine expliziten Bestimmungen zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Schutzgebühren im öffentlichen Beschaffungswesen.

² Definition gemäss Duden des Begriffs Schutzgebühr.

³ ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, 1986, Art. 8 OR N 39.

⁴ ROBERT M. STUTZ/STEPHAN BEUTLER /MURIEL KÜNZI, Handkommentar Designgesetz, 2006, Art. 14 DesG N 22.

⁵ Urteil des BGE 6B_107/2010 vom 22. Februar 2011.

⁶ HUBERT STÖCKLI/MARTIN BEYELER, Das Vergaberecht der Schweiz (Überblick - Erlasse - Rechtsprechung), 9. Aufl., 2014, S. 521.

⁷ Urteil des Verwaltungsgerichts Glarus VG.2010.00011 vom 28. März 2012.

⁸ BGE 107 Ia 117 E. 2.

3.2 Öffentliche Beschaffungen gemäss dem Binnenmarktgesetz

15. Das schweizerische Binnenmarktrecht hat, analog zum internationalen Beschaffungsrecht, unter anderem das Ziel, dass keine systematischen Bevorzugungen von kommunalen oder kantonalen Unternehmen auf dem Schweizer Binnenmarkt stattfinden.⁹ Für eine umfassende Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens auf kantonaler und kommunaler Ebene verfügt der Bund über keine Kompetenzen. Gestützt auf Art. 95 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) ist der Bund allerdings verpflichtet, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum und damit für einen Binnenmarkt zu sorgen.¹⁰ Hemmnisse des interkantonalen Waren-, Dienstleistungs- und Personenverkehrs im Bereich der öffentlichen Beschaffungen sowie der Marktregulierung sind deshalb abzubauen. Mit Hilfe des Binnenmarktgesetzes nimmt der Bund die in Art. 95 Abs. 2 BV vorgesehene verfassungsmässige Aufgabe wahr und gewährleistet die interkantonale Freizügigkeit (Art. 2 Abs. 1 - 6 BGBM) sowie den diskriminierungsfreien Zugang zu kantonalen Beschaffungsmärkten (Art. 5 BGBM) und Monopoltätigkeiten (Art. 2 Abs. 7 BGBM). Über das Instrument der öffentlichen Ausschreibung wird der diskriminierungsfreie Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten und Monopoltätigkeiten erreicht.¹¹

3.3 Grundsatz des freien Marktzugangs

16. In Art. 5 BGBM sind materielle und formelle Mindeststandards, wie der Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten sowie die Publikationspflicht für umfangreiche öffentliche Beschaffungen auf Kantons- und Gemeindeebene vorgesehen.¹² Art. 5 Abs. 1 BGBM hält fest, dass sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunalen Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten. Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Art. 3 BGBM widerspricht. Gemäss Lehre und Rechtsprechung können sich auch Ortansässige auf Art. 5 Abs. 1 BGBM berufen, was zur Folge hat, dass dadurch jegliche unsachliche Ungleichbehandlung untersagt ist.¹³

17. Art. 5 Abs. 2 BGBM statuiert die Verpflichtung, dass bei umfangreichen Beschaffungen ein öffentliches Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist. Dabei sind auch die Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie die Zuschlagsverfügung amtlich zu publizieren.¹⁴ An dieser Stelle ist anzufügen, dass eine gesetzliche Definition des Begriffes der öffentlichen Beschaffung nicht existiert.¹⁵ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine öffentliche Beschaffung vor, wenn die öffentliche Hand im freien Markt als «Nachfragerin» bei privaten Unternehmen, unter Bezahlung eines Preises, die für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben erforderlichen Mittel erwirbt.¹⁶

18. Ein Verstoß gegen Art. 5 BGBM liegt beispielsweise dann vor, wenn ein öffentlicher Auftrag gar nicht erst ausgeschrieben wird, weil die Beschaffungsstelle die subjektive oder objektive beschaffungsrechtliche Unter-

stellung zu Unrecht verneint, weil sie den Auftragswert zu tief berechnet hat, oder weil sie zu Unrecht einen beschaffungsrechtlichen Ausnahmegrund geltend macht. Der interkantonale Wirtschaftsverkehr wird durch die Direktvergabe eingeschränkt, unabhängig davon, ob der Auftrag an eine ortsansässige oder ortsfremde Person vergeben wurde. Eine Verletzung von Art. 5 BGBM ist auch dann gegeben, wenn das Vergabeverfahren durch eine sachlich nicht gerechtfertigt enge Umschreibung des Beschaffungsobjekts bzw. der technischen Spezifikation oder der Eignungs- und Zuschlagskriterien auf eine bestimmte Anbieterin zugeschnitten wird.¹⁷ Bei Art. 5 Abs. 1 BGBM handelt es sich um einen zu Art. 2 BGBM parallelen, jedoch eigenständigen Anspruch auf Marktzugang.¹⁸ Alle Beschränkungen des Zugangs zu öffentlichen Beschaffungsmärkten stellen eine Verletzung des BGBM dar, sofern diese nicht die Voraussetzungen gemäss Art. 3 BGBM erfüllen.¹⁹ Art. 5 Abs. 1 BGBM verwendet in der französischen und italienischen Sprachversion den Begriff der Diskriminierung. Das Erheben von Schutzgebühren führt zu einer Differenzierung zwischen zahlungskräftigen und weniger zahlungskräftigen Unternehmen, ohne darauf abzielen, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren. Dadurch ist der Tatbestand der Diskriminierung nach Art. 5 Abs. 1 BGBM erfüllt.

19. Die Erhebung einer Schutzgebühr ist für mögliche interessierte Anbieterinnen eine Beschränkung des Marktzugangs, da diese abhängig von deren Finanzkraft vorgängig und möglicherweise ohne Rückerstattung für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen bezahlen müssen. Der Erhalt der vollständigen Ausschreibungsunterlagen ist eine notwendige Grundlage, damit Offerten überhaupt ein Angebot einreichen können.²⁰ Unternehmen, die regelmässig an öffentlichen Beschaffungen teilnehmen, verfolgen die Publikationen aufmerksam und fordern regelmässig Ausschreibungsunterlagen an, um zu prüfen, ob eine Ausschreibung von Interesse ist. Dabei erfolgen Angebote nur in einem Teil aller Fälle, in denen Ausschreibungsunterlagen angefordert wurden. Die Erhebung von Schutzgebühren erhöht damit die Kosten für einen möglichen Markteintritt und benachteiligt mögliche Anbieterinnen. Schutzgebühren sind damit regelmässig als Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren, da diese für mögliche Anbieterinnen zu einer Diskriminierung führen und eine Marktzugangsschranke darstellen.

⁹ DIEBOLD NICOLAS, Vergaberecht und Wettbewerb, iDé Fribourg, 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht, 2017, S. 3 f.

¹⁰ OESCH/ZWALD (Fn 1), Art. 5 BGBM N 1.

¹¹ DIEBOLD (Fn 9), S. 3 f.

¹² OESCH/ZWALD (Fn 1), Art. 5 BGBM N 1.

¹³ M.W.H.: PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., 2013, Rz 52.

¹⁴ DIEBOLD (Fn 9), S. 4 f.

¹⁵ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 13), Rz 106 f.

¹⁶ BGE 141 II 113, E. 1.2.1, m.w.H.

¹⁷ DIEBOLD (Fn 9), S. 4 f.

¹⁸ BGE 141 II 113, E. 3.1.4.

¹⁹ EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2012, Art. 5 BGBM N 119.

²⁰ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 13), Rz 382 f.

20. Das Ziel von öffentlichen Ausschreibungen ist insbesondere die Schaffung von Wettbewerb (u.a. Art. 1 Abs. 3 Bst. a IVöB). Bei einem öffentlichen Vergabeverfahren kann eine vorgängige Kostenerhebung für den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen zu einem negativen Einfluss auf den Wettbewerb im Vergabeverfahren führen, da mögliche Anbieterinnen nicht genügend Informationen über die Ausschreibung erhalten. Daraus kann eine niedrigere Anzahl von geeigneten Anbieterinnen resultieren, was die Wettbewerbsintensität verringert, worauf hinten unter Kapitel 6 noch einzugehen ist.

21. Als Zwischenfazit ergibt sich, dass das Erheben von Schutzgebühren für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen bei öffentlichen Beschaffungen in aller Regel eine Benachteiligung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM und somit einen Verstoss gegen diese Bestimmung darstellt. Nachfolgend ist zu erörtern, inwiefern binnenmarktrechtliche Rechtfertigungsgründe vorliegen.

4. Öffentlichkeitsprinzipien

22. In dieser Empfehlung ist ein Hinweis auf die in den meisten Kanton bekannten Öffentlichkeitsprinzipien anzubringen. Grundsätzlich verfügen die Kantone über kantonale Öffentlichkeitsbestimmungen, die Zugang zu Dokumenten der Verwaltung gewähren. Aus diesem Grund wäre es möglich, dass eine Vergabestelle auf entsprechendes Ersuchen hin Ausschreibungsunterlagen unter Umständen, in Ausnahmefällen mindestens teilweise offenlegen müsste, womit das Auferlegen einer Schutzgebühr auch in dieser Hinsicht problematisch erschiene. Auf eine weitere Auseinandersetzung mit der Frage, ob gestützt auf Öffentlichkeitsprinzipien eine Offenlegung erfolgen müsste, ist hier nicht weiter einzugehen, da wie nachfolgend gezeigt wird, die Voraussetzungen der binnenmarktrechtlichen Rechtfertigungsgründe nicht erfüllt sind.

5. Prüfung möglicher Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 3 BGBM

23. Kapitel 5 behandelt unter dem Blickwinkel des BGBM mögliche Rechtfertigungsgründe zur Erhebung von Schutzgebühren. Eingangs folgen allgemeine Erläuterungen zu den Vorgaben für eine Rechtfertigung nach Art. 3 BGBM (5.1). Danach werden insbesondere die in der durchgeführten Befragung vorgebrachten Rechtfertigungsgründe, die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen (5.2) sowie die Wahrung von Urheberrechten (5.3) diskutiert und nach Massgabe von Art. 3 BGBM gewürdigt.

5.1 Voraussetzungen einer Rechtfertigung nach Art. 3 BGBM

24. Gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM darf ortsfremden Anbieterinnen der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen müssen in Form von Auflagen oder Bedingungen ausgestaltet sein. Aus binnenmarktrechtlicher Sicht können Marktzugangsbeschränkungen unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden. Benachteiligende Vorgaben in Abweichung von Art. 5 BGBM sind nur zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 - 3 BGBM erfüllt sind.²¹ Eine Rechtfertigung muss gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM (a.) gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, (b.) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und (c.) verhältnismässig sein. Dabei fallen

für die erwähnten überwiegenden öffentlichen Interessen den Zielsetzungen des BGBM entsprechend in erster Linie diejenigen in Betracht, welche auch Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen können. In diesem Zusammenhang wird allerdings eine «Unerlässlichkeit» einer Marktzugangsbeschränkung vorausgesetzt.²² Zudem darf keine verdeckte Marktzutrittschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen vorliegen (Art. 3 Abs. 3 BGBM).

25. Die Erhebung von Schutzgebühren stellt eine Benachteiligung nach Art. 5 Abs. 1 BGBM dar. Solche Marktzugangsbeschränkungen müssen insbesondere nach Art. 3 Abs. 1 BGBM zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sein und den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips genügen.

5.2 Wahrung von Geschäftsgeheimnissen bei öffentlichen Beschaffungen

5.2.1 Begriff Geschäftsgeheimnis

26. Von den befragten Vergabestellen wurde zur Rechtfertigung von Schutzgebühren insbesondere auf die Wahrung von in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Geschäftsgeheimnissen hingewiesen. Im Binnenmarktgesetz und in der interkantonalen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen finden sich keine Definitionen des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses. Erwähnt wird die Verletzung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen in Art. 162 des Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0). In verschiedenen Rechtsgebieten wird auf die in der strafrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen abgestellt. Der Geheimnisbegriff, der durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisiert wurde, umfasst alle weder offenkundig noch allgemein zugänglichen Tatsachen, die der Geheimnisherr tatsächlich geheim halten will und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse daran hat.²³ Das Vorliegen eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses liegt vor, wenn die Tatsachen für den geschäftlichen Erfolg bedeutsam sind.²⁴ Zu fragen wäre zudem, inwiefern in Zusammenhang mit den Vergabestellen der öffentlichen Hand nicht auch die Wahrung von Amtsgeheimnissen in Frage käme.

27. An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass den Stellungnahmen der Befragten zu entnehmen ist, dass die Erhebung von Schutzgebühren auch mit der Wahrung von Know-how begründet wird. Das rechtliche Verständnis des Begriffes Know-how hat Ähnlichkeiten zum Begriff des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses nach Art. 162 StGB. In der Praxis wird Know-how als eine Kenntnis definiert, welche ein Unternehmen erworben

²¹ DIEBOLD (Fn 9), S. 1 ff., S. 6.

²² OESCH/ZWALD (Fn 1), Art. 3 BGBM N 2.

²³ BGE 142 II 268 E. 5.2.1.

²⁴ ISABELLE HÄNER, Zugang zu Informationen, Öffentlichkeitsprinzip – Geschäftsgeheimnis, in: Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 2016, S. 119 f.

hat, um mit diesem Problem in der Herstellung der Produkte, der Entwicklung von Dienstleistungen oder der Organisation seines Unternehmens zu bewältigen. Dabei wird an diesen Kenntnissen Exklusivität genossen, solange diese geheim gehalten werden können.²⁵ Für die nachfolgende Frage einer Rechtfertigung nach Art. 3 BGBM wird auf Know-how nicht weiter separat eingegangen, sondern Know-how wird nachfolgend analog zur Frage einer binnenmarktrechtlichen Rechtfertigung aufgrund von Geschäftsgeheimnissen behandelt.

5.2.2 Wahrung der Geschäftsgeheimnisse als mögliche Rechtfertigung gemäss Art. 3 BGBM?

28. Die Mehrheit der befragten Vergabestellen berief sich für eine Erhebung von Schutzgebühren auf die Wahrung von ihren Geschäftsgeheimnissen in den Ausschreibungsunterlagen. Nachstehend ist zu klären, ob sich die Erhebung einer Schutzgebühr für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nach Art. 3 BGBM rechtfertigen lässt. Die Ausschreibungsunterlagen müssen die benötigten Waren oder Dienstleistungen mittels eines umfassenden Produkte-, Aufgabenbeschriebs oder eines detaillierten Leistungsverzeichnisses umfassen, sowie die zu erfüllenden Anforderungen beinhalten. Auf Bundesebene ist der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen in Art. 18 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11) umschrieben. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten somit die benötigten Angaben, damit eine Offerte eingereicht werden kann. Die Ausschreibungsunterlagen und die darin enthaltenen Informationen sind für alle möglichen interessierten Anbieterinnen und mithin die Allgemeinheit bestimmt, da ein Leistungserbringer gesucht wird und die Vergabestelle grundsätzlich ein Interesse an mehreren Angeboten hat. Wie vorstehend erwähnt, werden für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen folgende Eigenschaften vorausgesetzt: Es muss sich um Tatsachen handeln, die weder offenkundig oder allgemein zugänglich sind sowie ein subjektives und objektives Geheimhaltungsinteresse vorliegen. Bei einem Grossteil der regelmässig in Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Informationen dürfte es sich nicht um geheimhaltungsbedürftige Tatsachen handeln. Punktuell und ausschreibungsspezifisch können in Ausschreibungsunterlagen Geschäftsgeheimnisse enthalten sein, die unter Umständen auch gegenüber potenziellen Anbieterinnen zu schützen sind.

29. Ob das Erheben von Schutzgebühren um Geschäftsgeheimnisse zu schützen zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM ist, erscheint grundsätzlich und auch mit Blick auf die nachstehenden Ausführungen fraglich. Das Erheben einer Schutzgebühr könnte in Einzelfällen dazu dienen, bei allfälligen Geschäftsgeheimnissen in Ausschreibungsunterlagen die Anzahl der Anfragen für die Ausschreibungsunterlagen zu reduzieren, was sich in erster Linie erst im Einzelfall beurteilen liesse. Ob überhaupt überwiegende öffentliche Interessen nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM für eine Rechtfertigung vorliegen, muss an dieser Stelle allerdings nicht beantwortet werden, da wie im Folgenden gezeigt wird, das Erheben von Schutzgebühren den Voraussetzungen

einer Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM nicht standhält.

30. Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM sieht vor, dass Beschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig sind, wenn sie die Verhältnismässigkeit wahren. Damit ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit angesprochen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass Massnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesses liegenden Ziels geeignet, erforderlich sowie zumutbar sind. Die behördliche Anordnung muss dabei geeignet sein, das angestrebte, im öffentlichen Interesse stehende Ziel zu erreichen. Bei der Voraussetzung der Erforderlichkeit muss das im öffentlichen Interesse stehende Ziel mit dem mildesten Mittel erreicht werden.²⁷ Bei der Erhebung von Schutzgebühren stellt sich in Zusammenhang mit der Bezahlung für Ausschreibungsunterlagen die Frage, ob diese der Anforderung der für die Verhältnismässigkeit vorgesehenen Eignung genügen. Das Erheben einer Schutzgebühr soll dazu dienen, allfällige Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Durch die Aushändigung der Ausschreibungsunterlagen gegen Erhebung einer Schutzgebühr werden allfällig vorhandene Geschäftsgeheimnisse allerdings noch nicht gewahrt, sondern nach Bezahlung der Schutzgebühr eben offengelegt. Zwar kann die Erhebung einer Schutzgebühr dazu führen, dass tendenziell weniger Personen Ausschreibungsunterlagen anfordern, insgesamt stellt diese aber kein geeignetes Mittel dar, um die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sicherzustellen.

31. Selbst wenn die Erhebung von Schutzgebühren zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen geeignet wäre, müsste diese das mildeste Mittel gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM darstellen. Eine Wahrung von möglichen Geschäftsgeheimnissen könnte aber ohne Weiteres auch durch andere, mildere Vorkehren erreicht werden. Üblich ist beispielsweise eine vorgängige vertragliche Vereinbarung zur Absicherung von Geschäftsgeheimnissen (Geheimhaltungsvereinbarung mit Konventionalstrafen). Insbesondere könnte auch ein selektives Verfahren (Art. 12 Abs. 1 Bst. b IVöB) durchgeführt werden. In einem selektiven Verfahren offerieren die Anbieterinnen nicht direkt, sondern stellen zunächst einen Antrag auf Teilnahme am Verfahren. In einem ersten Verfahrensschritt wird die Eignung der Anbieterin geprüft. Nur geeignete Bewerber werden in einem weiteren Schritt unter Abgabe der Ausschreibungsunterlagen eingeladen, eine Offerte bei der Vergabestelle einzureichen.²⁸ Als weitere mögliche Alternative und auch gelegentlich verwendet wird eine stufenweise Ausgabe von Informationen, indem bereits weitreichende und detaillierte Informationen in der Publikation im SIMAP ersichtlich sind, damit dann

²⁵ KAMEN TROLLER, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2001, S. 170 f.

²⁶ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 13), Rz 383.

²⁷ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, 2014, § 21, Rz 1 ff.

²⁸ MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffungen, Vergaberecht und Schadenersatz – Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnehmer des Gemeinwesens, 2004, Rz 143.

erst in einem weiteren Schritt nur interessierte Anbieterinnen Geschäftsgeheimnisse enthaltende Ausschreibungsunterlagen erhalten. Als letzte Möglichkeit könnte bei möglichen ungerechtfertigten Anfragen eine Verweigerung des Zugangs zu Ausschreibungsunterlagen gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot erfolgen. Daraus ergibt sich, dass aufgrund mehrerer, weniger weitgehender Alternativen für einen Schutz von Geschäftsgeheimnissen Schutzgebühren nicht das mildeste Mittel darstellen und damit nicht verhältnismässig im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM sind.

32. Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die Erhebung von Schutzgebühren zum Schutz allfälliger Geschäftsgeheimnisse (analog für Know-how) dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM nicht standhält, da Schutzgebühren weder geeignet noch angesichts weniger weitgehender Alternativen das mildeste Mittel darstellen, um Geschäftsgeheimnisse zu wahren.

5.3 Wahrung der Urheberrechte bei öffentlichen Beschaffungen

5.3.1 Anwendung des Urheberrechtsgesetzes

33. Die befragten Vergabestellen machten als Begründung für das Erheben von Schutzgebühren teilweise auch die Wahrung von Urheberrechten an den erstellten Ausschreibungsunterlagen geltend. Das Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 (URG, SR 231.1) bezeichnet in Art. 1 Abs. 1 URG den Regelungsbereich dieses Gesetzes.²⁹ Darunter fällt der Schutz der Urheber von Werken der Literatur und Kunst, der Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern sowie der Sendeunternehmen. Gemäss Art. 2 Abs. 1 URG sind urheberrechtliche Werke geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben unabhängig von ihrem Wert oder Zweck. Der Urheberrechtsschutz setzt das Erfüllen dieser Eigenschaften voraus. Unter den Werksbegriff fallen gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. d URG auch Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt wie Zeichnungen, Pläne, Karten oder plastische Darstellungen. Rechtsprechung und Literatur äussern sich nicht spezifisch dazu, inwiefern Ausschreibungsunterlagen in öffentlichen Beschaffungen urheberrechtlichen Schutz erlangen können. Durch das Urheberrecht hingegen nicht geschützt sind Entscheidungen, Protokolle und Berichte von Behörden und öffentlichen Verwaltungen (Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG). Hingegen werden verwaltungsinterne Dokumente beispielsweise Gutachten, Expertenberichte u.a. vom Urheberrechtsschutz erfasst.³⁰ Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG enthält sehr konkrete, enge Tatbestandsvoraussetzungen für eine Ausnahme vom Urheberrechtsschutz.³¹ Ausschreibungsunterlagen fallen, da nicht explizit erwähnt und nicht unter einen der erwähnten Begriffe subsumierbar, nicht unter den Ausnahmekatalog von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG. Mangels entsprechender Ausnahmebestimmungen oder entgegengesetzter Praxis oder Lehre beurteilt sich die urheberrechtliche Schutzmöglichkeit von Ausschreibungsunterlagen deshalb nach den in Art. 2 URG enthaltenen Grundsätzen. Auch eine öffentliche Vergabestelle kann sich damit bezüglich der Ausschreibungsunterlagen auf einen Urheberrechtsschutz berufen, wenn die Voraus-

setzungen eines Werkes nach Art. 2 URG erfüllt sind. Im Hinblick auf die Werksqualifikation von Ausschreibungsunterlagen sind dabei insbesondere Pläne und Zeichnungen von besonderem Interesse, die unter den Werkbegriff des Urhebergesetzes fallen, sofern ein individueller Charakter sowie ein wissenschaftlicher oder technischer Inhalt vorhanden ist.³²

5.3.2 Wahrung der Urheberrechte als mögliche Rechtfertigung gemäss Art. 3 BGBM?

34. Verfügungen sowie sonstige Handlungen seitens öffentlicher Auftraggeberinnen müssen nicht nur die jeweiligen submissionsrechtlichen Grundlagen, sondern auch die übrige Rechtsordnung beachten, darunter auch das Zivilrecht. Dazu gehören auch die Vorschriften über den Schutz des geistigen Eigentums.³³ Die Vergabestelle geniesst Planungsfreiheit bezüglich der Umschreibung der zu beschaffenden Leistung sowie der Genauigkeit dieser Umschreibung. Diese Freiheit findet jedoch insofern ihre Grenzen, als dass die Umschreibung der Leistung und des damit verfolgten Ziels zumindest so genau sein muss, dass interessierte Anbieterinnen gestützt auf die Ausschreibung eine konkrete Leistung anbieten können, die zur Erreichung des Ziels geeignet ist.³⁴ Es liegt dabei an der Vergabestelle festzulegen, welche Informationen interessierten Anbieterinnen in einem beschaffungsrechtlichem Verfahren zur Verfügung zu stellen sind, damit diese eine geeignete Offerte einreichen können.

35. Wenn die Voraussetzungen von Art. 2 URG erfüllt sind, können wie oben ausgeführt Ausschreibungsunterlagen urheberrechtlich geschützt sein. Die Urheberschaft am Werk dürfte regelmässig bei der Vergabestelle respektive dem dahinterstehenden Gemeinwesen liegen, welches über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Mit einer Herausgabe der Ausschreibungsunterlagen liegt keine Veräusserung gemäss Art. 12 Abs. 1 URG und auch keine Rechtsübertragung nach Art. 16 Abs. 1 URG vor. Das Urheberrecht an den Ausschreibungsunterlagen verbleibt grundsätzlich bei der Vergabestelle. Dieser stehen im Falle von Verletzungen des Urheberrechts insbesondere die zivilrechtlichen Schutzrechte (Art. 61 ff. URG) und die in Art. 67 URG vorgesehenen Strafbestimmungen zur Verfügung.

²⁹ IVAN CHERIPILLOD, in: Urhebergesetz (URG), Müller/Oertli (Hrsg.), 2012, Art. 2 URG N 1.

³⁰ THOMAS POLDENA/SIMON SCHLAURI/SAMUEL SCHWEIZER, Rechtliche Voraussetzungen der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern, 2017, Rz 407.

³¹ RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2011, S. 104, Rz 126.

³² BEYELER (Fn 28), Rz 832.

³³ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 13), Rz 1194.

³⁴ BEYELER (Fn 28), Rz 832.

36. In Bezug auf eine Rechtfertigung einer Schutzgebühr unter dem Blickwinkel des BGBM sind die bereits erwähnten Grundsätze zu wiederholen. Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM sieht vor, dass Beschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig sind, wenn sie verhältnismässig sind. Da im Falle von urheberrechtlich geschützten Ausschreibungsunterlagen die im URG vorgesehenen Rechtsbehelfe zu Verfügung stehen, sind grundsätzlich weitergehende Massnahmen nicht erforderlich. Eine Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM von Schutzgebühren zur Wahrung der Urheberrechte kann damit nicht angerufen werden.

37. Ausserhalb des Urheberrechts aber spezifisch auf Pläne bezogen ist zudem auf Folgendes hinzuweisen: Neben den urheberrechtlichen Behelfen kann die Verwendung von Ausschreibungsunterlagen zudem in Bezug auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241) problematisch sein. Gemäss Art. 5 Bst. a UWG handelt insbesondere unlauter, wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie Offerten, Berechnungen oder Pläne unbefugt verwertet.

38. Weitergehend könnte gefragt werden, inwiefern aufgrund allfälliger begründeter Befürchtungen von anstehenden Urheberrechtsverletzungen Ausschreibungsunterlagen nur eingeschränkt zur Verfügung gestellt werden sollten. In solchen Fällen bestünden jedoch auch die oben erwähnten Alternativen eines absichernden Vertrages, der Wahl eines selektiven Verfahrens, der stufenweisen Ausgabe von Informationen sowie der Schranke des Rechtsmissbrauchsverbots.

39. Betreffend die geprüfte Frage einer urheberrechtlichen Rechtfertigung einer Schutzgebühr lässt sich zusammenfassend Folgendes festhalten: Das Urheberrecht an Ausschreibungsunterlagen verbleibt auch bei Herausgabe der Ausschreibungsunterlage bei der Vergabestelle, womit die Erhebung einer Schutzgebühr nicht als geeignetes Mittel in Frage kommt, das Urheberrecht der Vergabestelle zu wahren. Wie bereits bei der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse kann auch bei der Wahrung der Urheberrechte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass insbesondere mangels Eignung die Voraussetzungen einer Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM nicht gegeben sind.

5.4 Zwischenfazit

40. Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die Erhebung von Schutzgebühren zum Schutz allfälliger Geschäftsgeheimnissen (analog für Know-how) oder zum Schutz der Urheberrechte dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM nicht entspricht, da Schutzgebühren weder geeignet sind noch - angesichts weniger weitgehender Alternativen - das mildeste Mittel darstellen, um Geschäftsgeheimnisse oder Urheberrechte zu schützen. Weitere mögliche Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich und wurden von den befragten Vergabestellen auch nicht angegeben. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass einzelfallspezifisch allfällige weitere Rechtfertigungsgründe zu prüfen wären.

41. Damit liegt durch das Erheben von Schutzgebühren eine in der Regel benachteiligende Marktzugangsbe-

schränkung im Sinne von Art. 5 BGBM vor, die sich mit der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen oder Urheberrechten gemäss Art. 3 BGBM nicht rechtfertigen lässt.

6. Auswirkungen von Schutzgebühren auf den Wettbewerb

42. Das Ziel von öffentlichen Ausschreibungen ist insbesondere die Schaffung von Wettbewerb (u.a. Art. 1 Abs. 3 Bst. a IVöB). Unternehmen erhalten so die Chance, ihr Produkt oder ihre Dienstleistung zur Deckung des Bedarfs der Beschaffungsstelle anzubieten. Der Staat erhält dabei die Gelegenheit, aus den Angeboten die wirtschaftlich günstigste Variante auszuwählen. Funktionierende Beschaffungsmärkte führen dadurch zu einem optimaleren Einsatz der Mittel der öffentlichen Haushalte. Ein wettbewerbsorientiertes Beschaffungswesen dient diesem Ziel. Als Grundsatz sind aus Sicht des Wettbewerbs möglichst offene und transparente Märkte im Interesse des Funktionierens des Wettbewerbs.³⁵

43. Offenheit der Märkte bedeutet, dass die Marktzutritte möglichst frei erfolgen können und die Marktzutrittschranken niedrig sind. Schutzgebühren bei öffentlichen Ausschreibungen stellen eine finanzielle Marktzutrittschranke dar. Ein Unternehmen kann erst mit den vollständigen Ausschreibungsunterlagen klar einschätzen, ob es ein gutes Angebot unterbreiten kann und damit die Chance auf einen Zuschlag erhält. Die Schutzgebühr wird jedoch bereits erhoben, bevor die notwendigen Details der Ausschreibung dem Unternehmen bekannt sind. Das Risiko einer finanziellen Vorleistung, ohne zu wissen, ob sich die aufwändige Ausarbeitung eines Angebots überhaupt lohnt, schreckt manche Unternehmen vor der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ab. Dies betrifft auch Anbieter, welche ein brauchbares Angebot abgeben könnten, wenn sie die Ausschreibungsunterlagen kennen würden. Die Intensität des Wettbewerbs ist tendenziell grösser, je mehr Anbieterinnen eine Offerte einreichen.³⁶ Die Beschaffungsstelle profitiert von der geschaffenen Auswahlgrundlage und vom Wettbewerb zwischen den Anbieterinnen, da sie aus einer Vielzahl vergleichbarer Angebote auswählen kann.³⁷ Weniger Angebote schaden dem Wettbewerb, da die Beschaffungsstelle aus weniger vergleichbaren Angeboten auswählen kann und sich damit selbst die Chance auf das bestmögliche Angebot verringert.

44. Es ist von wesentlicher Bedeutung, dass öffentliche Vergabeverfahren durchgeführt werden und die Teilnahme an diesen nicht beschränkt wird. Eine Teilnahme am Vergabeverfahren soll allen potenziellen Leistungserbringern offenstehen. Offenere Märkte führen in der Regel zu mehr Wettbewerbern und zu intensiverem Wettbewerb.

³⁵ Vgl. zum Ganzen: RPW 2006/2, 401, Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes.

³⁶ BEYELER (Fn 28), Rz 214 f.

³⁷ BEYELER (Fn 28), Rz 150.

7. Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

45. Kapitel 7 thematisiert die aktuelle Gesetzesrevision des öffentlichen Beschaffungswesens auf Stufe Bund. Diese ist in der vorliegenden Empfehlung zu erwähnen, da die Frage der Zulässigkeit von Schutzgebühren auch Gegenstand der parlamentarischen Debatten ist. Zudem werden die bundesrechtlichen Vorgaben in der Regel dann zuerst in das interkantonale Recht (IVöB) und später auch in die jeweiligen kantonalen Rechte übernommen. Eine solche Harmonisierung der Rechtsgrundlagen ist zu begrüßen, da eine Zersplitterung des Rechts die Transparenz senkt, die Rechtunsicherheit erhöht und damit den Wettbewerb hemmt.

46. Zunächst wird die Ausgangslage (7.1) geschildert und anschliessend wird darauf hingewiesen, wie der aktuelle Stand des Gesetzestextes zu einer Schutzgebühr aussieht (7.2).

7.1 Ausgangslage

47. Nationalrat Thomas Ammann reichte am 30. Mai 2018 die Frage nach der Einschätzung des Bundesrates zu einem Vergabefall bei der SBB ein, in welchem die Interessenten für einen durch die SBB auf SIMAP ausgeschriebenem Auftrag «Ersatz 36 V-Batteriesysteme» die Ausschreibungsunterlagen nur gegen eine Schutzgebühr von 20'000 Franken zugestellt erhalten.³⁸ Der Bundesrat antwortete am 4. Juni 2018 Folgendes:

«Das Instrument der Schutzgebühr ist vergaberechtlich zulässig. Die Schutzgebühr ist explizit vorgesehen bei Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben, welche in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen geregelt sind. Gemäss Auskunft nutzen die SBB das Instrument in Fällen, in denen die Vergabeunterlagen spezifisches Know-how enthalten, welches es zu schützen gilt und deshalb nicht einem breiten Kreis zugänglich gemacht werden soll. Damit soll verhindert werden, dass die Unterlagen auf simap.ch heruntergeladen werden ohne konkretes Interesse, ein Angebot einzureichen. Dies trifft gemäss SBB im vorliegenden Fall zu. Die Höhe der Schutzgebühr wird im Verhältnis zum Vergabevolumen angesetzt. Im vorliegenden Fall beläuft sich das Vergabevolumen auf einen hohen einstelligen Millionenbetrag. Die Gebühr wird nach Abschluss des Beschaffungsverfahrens den Anbieterinnen zurückbezahlt. Der Bundesrat beurteilt diese SBB-Praxis nicht. Diese liegt in der operativen Verantwortung der Unternehmung.»

48. Öffentliche Beschaffungen durch die SBB richten sich nach dem Beschaffungsrecht des Bundes und insbesondere nach dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1). Die eingangs erwähnte vergaberechtliche Zulässigkeit wird in der bundesrätlichen Antwort nicht näher begründet. Der Bundesrat bezieht sich bei seiner Antwort offenbar auf Anhang 4 Abs. 1 Ziff. 8 VöB, worin festgehalten wird, dass die Ausschreibung eines Auftrages im offenen und selektiven Verfahren eine allfällige geforderte Kautions- und Sicherheiten enthalten müsse. Jedoch ist fraglich, ob der Begriff Schutzgebühr mit demjenigen der Kautions- oder Sicherheiten gleichgesetzt werden kann (vgl. dazu vorne Rz. 10). Kautions- und Sicherheitsgebühren werden eher bei der Abwicklung zur vertraglichen Absicherung eingesetzt. Im erläuternden Bericht zur Änderung der Verordnung über das

öffentliche Beschaffungswesen vom 1. Januar 2010 finden sich keine Ausführungen zu den Begriffen Kautions- und Sicherheiten.³⁹

7.2 Gesetzesrevision

49. Auf Bundesebene befindet sich das BöB in Revision. In der Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017 wird an mehreren Stellen festgehalten, dass das Beschaffungsrecht auf Transparenz ausgerichtet ist und diese noch erhöht werden soll.⁴⁰ Im Entwurf des Bundesrates ist in Art. 35 Bst. s E-BöB festgehalten, dass die Bezugsquelle für die Ausschreibungsunterlagen sowie eine allfällige Gebühr für den Bezug als Informationen bei einer Ausschreibung veröffentlicht werden. Dem ist der Ständerat gefolgt. Der Nationalrat hat in Art. 11. Bst. f E-BöB demgegenüber ergänzt, dass auf die Erhebung von Schutzgebühren jeglicher Art zu verzichten ist und hat den Passus mit der Gebühr in Art. 35 Bst. s gestrichen.⁴¹ Wie das Parlament dazu entschieden wird, ist derzeit noch offen.

8. Empfehlung

50. Zusammenfassend kommt die WEKO zu folgenden Erkenntnissen und zu nachstehender Empfehlung:

A Erkenntnisse

- A-1 Das **Erheben von Schutzgebühren** für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen bei kantonalen oder kommunalen öffentlichen Beschaffungen stellt in aller Regel eine Benachteiligung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM und somit einen Verstoss gegen diese Bestimmung dar.
- A-2 Eine Rechtfertigung der Beschränkung des freien Zugangs zum Markt dürfte gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BGBM zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und Urheberrechten nicht erfolgen können, insbesondere da im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips auch mildere Massnahmen möglich sind.
- Mangels Rechtfertigung liegt ein **Verstoss gegen Art. 5 BGBM** vor. Es ist dabei Sache der Vergabestellen allfällige weitere Rechtfertigungsgründe nach Art. 3 Abs. 1 BGBM darzulegen.
- A-3 Als mögliche **alternative mildere Massnahmen** sind insbesondere zu prüfen:

- Vertragliche Abmachungen (z.B. Geheimhaltungsvereinbarung)
- Wahl eines selektiven Verfahrens
- Abgestufte Ausgabe von Ausschreibungsunterlagen

³⁸ Frage 18.5263; abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20185263>.

³⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 1. Januar 2010.

⁴⁰ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851, 1871.

⁴¹ Geschäft 17.019, Gesetzesfahne vom 6. Februar 2019; abrufbar unter: <https://www.parlament.ch>.

-
- Verweigerung des Zugangs zu Ausschreibungsunterlagen gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot

B Empfehlung

- B-1 Die WEKO empfiehlt, auf **Schutzgebühren** für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen bei kantonalen oder kommunalen öffentlichen Beschaffungen zu **verzichten**.
-

B 2.8

5. Recommandation de la COMCO du 8 avril 2019 concernant les émoluments de protection dans les marchés publics

Recommandation du 8 avril 2019: Recommandation au sens de l'art. 8, al. 3, de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur concernant les émoluments de protection dans les marchés publics à l'intention des gouvernements cantonaux

1. Aperçu

1. Le Secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO) a reçu des dénonciations concernant des marchés publics dans le cadre desquels la réception de la documentation d'appel d'offres était conditionnée au versement d'un émolument dit de protection. Lors des recherches qu'il a menées à ce sujet, le Secrétariat a découvert d'autres appels d'offres prévoyant la perception de tels émoluments. Il a par conséquent réalisé une enquête auprès de 7 cantons sur la base de l'art. 8, al. 1, de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) en interrogeant divers pouvoirs adjudicateurs, dont une entreprise de transport public et un hôpital public. Les questions portaient principalement sur les bases légales, les raisons justifiant la perception d'émoluments de protection et la gestion de ces derniers dans le cadre d'appels d'offres passés ou à venir. L'enquête a montré que la perception d'émoluments de protection ne représente certes pas une pratique généralisée, mais qu'elle est appliquée dans certains appels d'offres. D'autres recherches à ce sujet ont permis de constater qu'au cours des 5 dernières années, au moins 50 appels d'offres publiés sur SIMAP exigeaient le versement d'émoluments de protection allant de 1000 à 5000 francs, et que le nombre d'appels d'offres prévoyant de tels émoluments a affiché une tendance à la hausse ces dernières années.

2. Les pouvoirs adjudicateurs interrogés ont principalement justifié la perception d'émoluments par la protection des secrets d'affaires et des droits d'auteur. Ils estiment que les émoluments constituent un moyen efficace pour empêcher que certaines informations concernant l'appel d'offres ne soient portées à la connaissance d'un large public. Ils ont en outre souligné que l'émolument de protection perçu est en général remboursé au soumissionnaire lorsque celui-ci dépose une offre. Plusieurs pouvoirs adjudicateurs ont indiqué que, lors de la publication d'un appel d'offres sur SIMAP, ils mettent à la disposition des soumissionnaires un résumé complet présentant les éléments principaux du projet (contexte, exigences et critères de qualification, p. ex.). Les personnes potentiellement intéressées peuvent ainsi déterminer, avant de demander la documentation d'appel d'offres et de verser l'émolument de protection, si elles envisagent de soumissionner.

3. La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1, al. 1, LMI). La COMCO veille à ce que la Confédération, les

cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la LMI (art. 8, al. 1, LMI). Elle peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées (art. 8, al. 3, LMI). Pour que la COMCO puisse accomplir son mandat de surveillance, les autorités et les tribunaux lui transmettent spontanément une version complète des décisions et jugements rendus en application de la LMI (art. 10a, al. 2, LMI).

4. L'art. 5 LMI fixe des exigences minimales pour les marchés publics des cantons, qui s'appliquent en sus de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP; RS 172.056.5) et du droit cantonal des marchés publics. Ces exigences minimales sont le droit à l'accès non discriminatoire aux marchés publics cantonaux et l'obligation de publication pour les achats de grande importance¹. En vertu de l'art. 9 LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marché en matière de marchés publics doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours devant une autorité indépendante de l'administration; la COMCO dispose d'un droit de recours.

5. Les sections qui suivent visent notamment à établir si la perception d'émoluments de protection pour la mise à disposition des documents d'appel d'offres est conforme aux exigences de la LMI. La présente analyse étudie, dans un premier temps, la notion d'émolument de protection (chap. 2), le cadre juridique fixé par le droit du marché intérieur (chap. 3) et le principe de transparence (chap. 4). Elle examine, dans un deuxième temps, les arguments avancés par les pouvoirs adjudicateurs pour justifier la perception d'émoluments de protection (chap. 5), l'incidence de ces émoluments sur la concurrence (chap. 6) et la révision de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) (chap. 7). Enfin, elle présente les recommandations de la COMCO (chap. 8).

2. Notion d'émolument de protection

6. Le chapitre 2 décrit la notion d'émolument de protection et explique la manière dont elle est interprétée dans la présente recommandation.

7. Ni le droit des marchés publics ni d'autres domaines juridiques ne fournissent une définition légale de la notion d'émolument de protection. Dans le langage courant, on entend par émolument de protection un montant dont la perception vise à garantir que seules les personnes réellement intéressées aient accès à un élément donné². La doctrine relative à l'art. 8 (Promesses publiques) de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (code des obligations; RS 220) précise que les émoluments de protection sont admis s'ils

¹ MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (éd.), 2011, no 1 s. ad art. 5 LMI.

² Définition selon le Duden (traduction).

n'empêchent pas la participation des personnes intéressées³. La notion d'émolument de protection apparaît dans le droit de la propriété intellectuelle⁴. Le Tribunal fédéral l'emploie surtout dans sa jurisprudence pénale⁵. Enfin, si la notion d'émolument de protection est utilisée occasionnellement dans le contexte du droit des marchés publics, elle n'est pas clairement définie⁶.

8. L'AIMP ne prévoit pas la perception de frais, ou plus précisément d'émoluments de protection, pour la mise à disposition des documents d'appel d'offres. C'est en revanche le cas de certains droits cantonaux. Ainsi, l'ordonnance du 25 mai 2004 sur les soumissions du canton des Grisons mentionne à son art. 11 un prix pour l'obtention des documents d'appel d'offres (Submissionsverordnung, SubV; BR 803.310). La perception d'émoluments de protection exige une base légale suffisante. La jurisprudence cantonale en matière de marchés publics fait référence dans au moins un cas à un émolument de protection clairement fixé⁷.

9. Dans le domaine des marchés publics, la notion d'émolument de protection est utilisée en lien avec le versement d'un montant pour la réception des documents d'appel d'offres. En d'autres termes, les documents d'appel d'offres ne sont remis qu'aux personnes s'étant préalablement acquittées d'un émolument. Comme son nom l'indique, un tel émolument vise à protéger certaines informations, autrement dit à éviter qu'elles ne soient transmises à des tiers. Son but est donc la préservation des éventuels intérêts des pouvoirs adjudicateurs (secrets d'affaires, savoir-faire, droits d'auteur, p. ex.). L'émolument de protection ne couvre pas les coûts que l'envoi des documents d'appel d'offres occasionne au pouvoir adjudicateur, comme les émoluments de chancellerie.

10. La notion d'émolument de protection ne doit pas être confondue avec plusieurs autres notions. Ainsi, l'émolument de protection ne constitue pas une avance de frais. Dans l'ATF 107 la 117, le Tribunal fédéral a précisé qu'une avance sert à couvrir des frais prévus. Il a en outre souligné qu'une caution peut être utilisée uniquement lorsque des frais sont effectivement survenus ou ont été mis à la charge d'une partie. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une caution constitue ainsi une garantie à laquelle on peut avoir recours pour couvrir les frais survenus⁸.

11. Dans le cadre de la présente recommandation, la notion d'émolument de protection s'entend du montant que perçoivent les pouvoirs adjudicateurs pour la transmission des documents d'appel d'offres, dans le but de préserver leurs éventuels intérêts au maintien du secret.

3. Cadre juridique fixé par le droit du marché intérieur

12. Le chapitre 3 examine dans quelle mesure la perception d'un émolument de protection constitue une entrave en matière de marchés publics au sens du droit sur le marché intérieur. Il étudie à cet effet les dispositions relatives aux marchés publics prévues par le droit international supérieur (3.1) et la LMI (3.2). Il présente en outre le principe du libre accès au marché (3.3).

3.1 Renvoi au droit international

13. Il convient tout d'abord de se référer aux principes de droit international public applicables au droit suisse en matière de marchés publics qui sont énoncés dans l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422).

14. Les dispositions de l'AMP sont en principe directement applicables aux marchés publics cantonaux. Cela signifie que les marchés publics doivent satisfaire aux exigences de l'AMP et que les soumissionnaires peuvent invoquer les dispositions de cet accord. L'art. IX, par. 6, let. g, AMP précise que chaque avis de projet de marché doit contenir des informations sur le montant et les modalités de versement de toute somme à payer pour obtenir la documentation relative à l'appel d'offres. L'AMP n'exclut donc pas la perception de frais pour la transmission des documents d'appel d'offres, mais ne prévoit pas d'émolument pour la protection des documents. Pour le reste, les règles internationales ne contiennent pas de dispositions explicites concernant l'admissibilité des émoluments de protection dans les marchés publics.

3.2 Marchés publics selon la LMI

15. Par analogie avec le droit international, le droit suisse des marchés publics vise notamment à empêcher toute préférence systématique d'entreprises communales ou cantonales sur le marché suisse⁹. La Confédération ne dispose pas de compétences pour édicter des règles exhaustives concernant les marchés publics aux niveaux cantonal et communal. En vertu de l'art. 95, al. 2, de la Constitution du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), elle doit toutefois veiller à créer un espace économique suisse unique, ce qui implique un marché intérieur¹⁰. Elle doit pour ce faire éliminer les entraves au trafic intercantonal des marchandises, des services et des personnes dans le domaine des marchés publics et les entraves à la régulation du marché. La Confédération remplit son mandat constitutionnel (art. 95, al. 2, Cst.) par le biais de la LMI: elle veille à la libre circulation entre les cantons (art. 2, al. 1 à 6, LMI) ainsi qu'à l'accès non discriminatoire aux marchés publics cantonaux (art. 5 LMI) et aux activités monopolistiques (art. 2, al. 7, LMI). L'instrument de l'appel d'offres public permet de garantir le droit à l'accès non discriminatoire aux marchés publics et aux activités monopolistiques cantonaux et communaux¹¹.

³ ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar volume/no VI/1/1, « Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht », 1986, no 39 ad art. 8 CO.

⁴ ROBERT M. STUTZ/STEPHAN BEUTLER/MURIEL KÜNZI, Handkommentar Designgesetz, 2006, no 22 ad art. 14 de la loi sur les designs.

⁵ ATF 6B_107/2010 du 22 février 2011.

⁶ HUBERT STÖCKLI/MARTIN BEYELER, Das Vergaberecht der Schweiz (Überblick – Erlasse – Rechtsprechung), 9e éd., 2014, p. 521.

⁷ Décision du Tribunal administratif du canton de Glaris du 28 mars 2012 (VG.2010.00011).

⁸ ATF 107 la 117 consid. 2.

⁹ DIEBOLD NICOLAS, « Vergaberecht und Wettbewerb », iDé Fribourg, 8e Journée de droit de la concurrence, 2017, p. 3 s.

¹⁰ OESCH/ZWALD (note 1), no 1 ad art. 5 LMI.

¹¹ DIEBOLD (note 9), p. 3 s.

3.3 Principe du libre accès au marché

16. L'art. 5 LMI prévoit des exigences matérielles et formelles minimales, comme le droit à l'accès non discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux et l'obligation de publication pour les achats de grande importance aux niveaux cantonal et communal¹². En vertu de l'art. 5, al. 1, LMI, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3 LMI. Selon la doctrine et la jurisprudence, les offreurs locaux peuvent également s'appuyer sur l'art. 5, al. 1, LMI, ce qui signifie que toute discrimination subjective est interdite¹³.

17. L'art. 5, al. 2, LMI fixe que les projets de marchés publics de grande importance doivent faire l'objet d'un appel d'offres public, et que les critères de participation et d'attribution du marché doivent être publiés¹⁴; il en va de même pour les décisions d'adjudication. Il convient de préciser à ce sujet qu'il n'existe pas de définition légale de la notion de marché public¹⁵. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a marché public lorsque les pouvoirs publics se posent en demandeurs sur le libre marché pour acquérir, auprès d'entreprises du secteur privé et contre paiement, les biens et prestations nécessaires à l'accomplissement de leur mission¹⁶.

18. Il y a violation de l'art. 5 LMI si, par exemple, un marché public n'est pas mis au concours parce que l'entité adjudicatrice considère à tort que les conditions subjectives ou objectives posées à l'application du droit des marchés publics ne sont pas remplies, parce qu'elle a sous-estimé la valeur du marché ou parce qu'elle fait valoir, à tort, un motif exceptionnel en droit des marchés publics. L'octroi direct restreint les échanges économiques intercantonaux, indépendamment du fait que le marché soit attribué à un offreur local ou externe. Il y a également violation de l'art. 5 LMI lorsque la procédure d'adjudication favorise un soumissionnaire spécifique par le biais d'une description trop précise de l'objet du marché, des spécificités techniques ou des critères de participation et d'attribution, et ce sans justification objective¹⁷. Le droit d'accès au marché prévu à l'art. 5, al. 1, LMI est proche mais néanmoins distinct de celui énoncé à l'art. 2 LMI, il reste distinct¹⁸. Toute restriction de l'accès aux marchés publics constitue une violation de la LMI si elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 3 LMI¹⁹. Les versions française et italienne de l'art. 5, al. 1, LMI utilisent la notion de discrimination. La perception d'un émolument de protection crée une différenciation entre les entreprises basées sur leur capacité financière, et ne contribue pas à la recherche de l'offre la plus avantageuse sur le plan économique. Les éléments constitutifs d'une discrimination au sens de l'art. 5, al. 1, LMI sont ainsi réunis.

19. La perception d'un émolument de protection constitue pour les offreurs potentiellement intéressés une restriction de l'accès au marché, étant donné qu'ils doivent payer pour obtenir le dossier d'appel d'offres et que le montant versé ne leur sera peut-être pas restitué. La

réception des documents d'appel d'offres constitue un prérequis pour pouvoir déposer une offre²⁰. Les entreprises qui participent souvent à des marchés publics suivent de près les publications. Si elles demandent régulièrement la documentation afin d'évaluer si l'appel d'offres en question est intéressant pour elles, elles ne déposent une offre que dans certains cas. La perception d'émoluments de protection augmente ainsi les coûts d'une possible participation au marché et discrimine des offreurs potentiels. Par conséquent, les émoluments de protection doivent généralement être considérés comme une infraction à l'art. 5, al. 1, LMI, car ils entraînent la discrimination d'offeurs potentiels et constituent un obstacle à l'entrée sur le marché.

20. Les appels d'offres visent notamment à créer de la concurrence (cf. entre autres art. 1, al. 3, let. a, AIMP). Dans le cadre d'une procédure d'adjudication publique, la perception, en amont, d'un émolument pour la transmission des documents d'appel d'offres peut avoir une incidence négative sur la concurrence, étant donné que des offreurs potentiels n'obtiennent pas suffisamment d'informations. Le nombre d'offeurs qualifiés peut s'en trouver réduit, ce qui diminue l'intensité de la concurrence (cf. chap. 6).

21. En conclusion, il ressort de la présente section que la perception d'émoluments pour la mise à disposition de documents d'appel d'offres dans le cadre de marchés publics constitue en règle générale une discrimination au sens de l'art. 5, al. 1, LMI et contrevient ainsi à cette disposition. Les sections ci-après examinent dans quelle mesure ces émoluments peuvent se justifier du point de vue du droit du marché intérieur.

4. Principe de transparence

22. Il convient de rappeler que la majorité des cantons appliquent le principe de transparence. Les cantons prévoient en général des dispositions ad hoc qui garantissent l'accès aux documents de l'administration. Par conséquent, un pouvoir adjudicateur pourrait être obligé, sur demande et dans des circonstances exceptionnelles, de publier tout ou une partie de ses documents d'appel d'offres. La perception d'un émolument de protection poserait alors problème de ce point de vue également. Il n'est pas nécessaire d'examiner plus en détail si la publication des documents d'appel d'offres est obligatoire ou non en vertu du principe de transparence, étant donné que les sections qui suivent montrent que les conditions qui justifieraient la perception d'un émolument de protection selon le droit du marché intérieur ne sont pas réunies.

¹² OESCH/ZWALD (note 1), no 1 ad art. 5 LMI.

¹³ Avec renvois: PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, ch. 52.

¹⁴ DIEBOLD (note 9), p. 4 s.

¹⁵ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 13), ch. 106 s.

¹⁶ ATF 141 II 113 consid. 1.2.1, Gaba; avec renvois.

¹⁷ DIEBOLD (note 9), p. 4 s.

¹⁸ ATF 141 II 113 consid. 3.1.4.

¹⁹ EVELYNE CLERC in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Tercier/Bovet (éd.), 2012, no 119 ad art. 5 LMI.

²⁰ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 13), ch. 382 s.

5. Examen des motifs de justification en vertu de l'art. 3 LMI

23. Le chapitre 5 examine, à l'aune de la LMI, les motifs susceptibles de justifier la perception d'émoluments de protection. Il fournit tout d'abord des explications générales concernant les conditions auxquelles une justification fondée sur l'art. 3 LMI doit satisfaire (5.1). Il étudie ensuite les motifs de justification avancés par les participants à l'enquête, à savoir la protection des secrets d'affaires et (5.2) la protection des droits d'auteur (5.3), et les évalue sur la base de l'art. 3 LMI.

5.1 Conditions d'une justification fondée sur l'art. 3 LMI

24. En vertu de l'art. 3, al. 1, LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions. Du point de vue du droit du marché intérieur, les restrictions d'accès au marché peuvent se justifier sur la base des conditions figurant à l'art. 3 LMI. Des dispositions discriminantes en dérogation à l'art. 5 LMI sont admissibles uniquement si les conditions énoncées à l'art. 3, al. 1 à 3, LMI sont remplies²¹. Selon l'art. 3, al. 1, LMI, les restrictions ne sont autorisées que si elles (a) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, (b) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants, et (c) répondent au principe de la proportionnalité. Conformément aux objectifs de la LMI, les intérêts publics prépondérants sont principalement ceux qui peuvent également justifier une restriction de la liberté économique. Toutefois, ces exceptions présupposent que la restriction de l'accès au marché soit indispensable²². Par ailleurs, les restrictions ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3, al. 3, LMI).

25. La perception d'émoluments de protection constitue une discrimination au sens de l'art. 5, al. 1, LMI. En vertu de l'art. 3, al. 1, LMI, une telle restriction de l'accès au marché doit être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et répondre au principe de la proportionnalité.

5.2 Protection des secrets d'affaires dans le cadre des marchés publics

5.2.1 Notion de secret d'affaires

26. Les pouvoirs adjudicateurs interrogés ont justifié la perception d'émoluments de protection principalement par la volonté de protéger les secrets d'affaires contenus dans les documents d'appel d'offres. Ni la LMI ni l'AIMP ne proposent une définition de la notion de secret d'affaires. La violation du secret de fabrication ou du secret d'affaires (« secret commercial ») est mentionnée à l'art. 162 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0). Plusieurs domaines juridiques se basent sur les critères définis par la jurisprudence pénale pour constater l'existence de secrets d'affaires. La notion de secret telle que précisée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral recouvre toutes les informations qui ne sont pas publiques ou librement accessibles et que le détenteur du secret souhaite garder confidentielles en raison d'un intérêt légitime²³. Un intérêt légitime au maintien du secret existe lorsque les informations en question

sont importantes pour le succès commercial²⁴. S'agissant des pouvoirs adjudicateurs publics, il conviendrait de se demander si la protection des secrets de fonction ne devrait pas aussi entrer en ligne de compte.

27. Selon les avis reçus, la perception d'émoluments de protection est également justifiée par la protection du savoir-faire. L'interprétation juridique de la notion de savoir-faire présente des similitudes avec celle de la notion de secret de fabrication et de secret d'affaires au sens de l'art. 162 CP. Dans la pratique, le savoir-faire est défini comme les connaissances acquises par une entreprise en vue de résoudre des problèmes de fabrication de produits, de développement de services ou d'organisation de l'entreprise. L'entreprise détient l'exclusivité de ces connaissances tant qu'elle peut les garder secrètes²⁵. Pour établir si la perception d'émoluments peut se justifier en vertu de l'art. 3 LMI, la question du savoir-faire ne sera pas traitée séparément, mais en même temps que la question du secret d'affaires.

5.2.2 La protection du secret commercial constitue-t-elle un motif valable selon l'art. 3 LMI ?

28. La majorité des pouvoirs adjudicateurs a invoqué la protection des secrets d'affaires contenus dans la documentation d'appel d'offres pour justifier la perception d'émoluments de protection. Il convient par conséquent de déterminer si cet argument constitue un motif valable au sens de l'art. 3 LMI. Les documents d'appel d'offres doivent présenter les biens ou services requis au moyen soit d'une description complète des produits ou des tâches, soit d'une liste détaillée des prestations; ils doivent en outre préciser les exigences à satisfaire²⁶. Au niveau fédéral, le contenu des documents d'appel d'offres est décrit à l'art. 18 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11). Il en ressort que la documentation doit contenir les informations nécessaires à la soumission d'une offre. Ces documents ainsi que les informations qu'ils fournissent sont destinés à tous les offreurs intéressés et, par conséquent, au grand public, étant donné que le pouvoir adjudicateur recherche un fournisseur de prestations et qu'il a en principe intérêt à recevoir plusieurs offres. Comme mentionné plus haut, l'existence d'un secret d'affaires présuppose les éléments suivants: il doit s'agir d'informations qui ne sont pas publiques ou librement accessibles et pour lesquelles il existe un intérêt subjectif ou objectif au maintien du secret. La grande majorité des informations régulièrement communiquées dans les documents d'appel d'offres ne sont pas des faits qui doivent rester confidentiels. Toutefois, selon le mandat, les documents d'appel d'offres peuvent ponctuellement contenir des secrets d'affaires qui doivent, dans certains cas, être protégés contre des offreurs potentiels.

²¹ DIEBOLD (note 9), p. 1 ss., p. 6.

²² OESCH/ZWALD (note 1), no 2 ad art. 3 LMI.

²³ ATF 142 II 268 consid. 5.2.1.

²⁴ ISABELLE HÄNER, « Zugang zu Informationen, Öffentlichkeitsprinzip – Geschäftsgeheimnis », in: Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 2016, p. 119 s.

²⁵ KAMEN TROLLER, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2001, p. 170 s.

²⁶ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 13), ch. 383.

29. On peut en outre se demander si la perception d'émoluments en vue de protéger des secrets d'affaires est indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants au sens de l'art. 3, al. 1, let. b, LMI. S'agissant des documents d'appel d'offres contenant des secrets d'affaires, la perception d'un émolument de protection permettrait parfois de réduire le nombre de demandes de transmission de la documentation, possibilité qui ne saurait être appréciée qu'au cas par cas. Il n'est toutefois pas nécessaire de déterminer si ces secrets d'affaires constituent des intérêts publics prépondérants au sens de l'art. 3, al. 1, let. b, LMI et pourraient par conséquent représenter un motif valable pour la perception d'émoluments de protection, étant donné que la perception d'émoluments ne satisfait pas au principe de la proportionnalité énoncé à l'art. 3, al. 1, let. c, LMI (cf. ci-après).

30. L'art. 3 LMI prévoit que les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions (al. 1) et ne sont autorisées que si elles répondent au principe de la proportionnalité (al. 1, let. c). Il fixe ainsi le principe de proportionnalité, qui exige que les mesures arrêtées pour atteindre un but d'intérêt public soient appropriées, nécessaires et raisonnablement exigibles. Une décision prise par une autorité doit permettre de réaliser l'objectif d'intérêt public visé. L'exigence de la nécessité implique que l'objectif d'intérêt général doit être atteint en utilisant les moyens les moins lourds²⁷. S'agissant de la perception d'émoluments pour la transmission des documents d'appel d'offres, il convient de se demander si cette pratique constitue un moyen adéquat selon le principe de proportionnalité. L'objectif de ces émoluments et de protéger les éventuels secrets commerciaux. Toutefois, conditionner la transmission des documents d'appel d'offres au paiement d'un émolument ne protège pas les éventuels secrets commerciaux, puisque ces derniers sont communiqués après versement de l'émolument. La perception d'un émolument peut certes réduire le nombre de personnes qui demandent la documentation d'appel d'offres, mais il ne s'agit pas d'un moyen adéquat pour garantir la protection des secrets d'affaires.

31. Même si la perception d'émoluments de protection constituait un moyen adéquat pour protéger les secrets commerciaux, il faudrait, en vertu du principe de proportionnalité énoncé à l'art. 3, al. 1, let. c, LMI, qu'elle représente le moyen le moins lourd pour y parvenir. Or, ce n'est pas le cas. Il est par exemple d'usage de conclure au préalable un accord visant à protéger les secrets d'affaires (accord de confidentialité prévoyant une peine conventionnelle). Il est en outre possible de mener une procédure sélective (art. 12, al. 1, let. b, AIMP). Dans ce type de procédure, les personnes intéressées ne déposent pas directement une offre à l'adjudicateur, mais présentent une demande de participation. L'adjudicateur détermine ensuite quels candidats répondent aux critères d'aptitude. Seuls ceux qui satisfont aux exigences reçoivent ensuite les documents d'appel d'offres et sont invités à soumissionner²⁸. Une autre possibilité, parfois mise à profit, consiste à diffuser les informations graduellement, en fournissant des informations essentielles et détaillées dès la publication du marché sur SIMAP, ce qui permet de transmettre ensuite les documents d'appel d'offres contenant des secrets d'affaires uniquement aux

offreurs intéressés. En dernier recours, il serait également possible, en cas de demande indue, de refuser l'accès aux documents d'appels d'offres sur la base de l'interdiction de l'abus de droit. Il ressort de ce qui précède qu'il existe plusieurs possibilités moins contraignantes pour protéger les secrets d'affaires. Par conséquent, la perception d'émoluments de protection ne constitue pas la méthode la moins lourde et ne répond pas au principe de proportionnalité prévu à l'art. 3, al. 1, let. c, LMI.

32. En conclusion, il ressort de la présente section que la perception d'émoluments pour protéger les éventuels secrets d'affaires (et le savoir-faire) n'est pas conforme au principe de proportionnalité prévu à l'art. 3, al. 1, let. c, LMI, dès lors que les émoluments ne sont pas adéquats et ne constituent pas le moyen le moins lourd à cette fin (d'autres possibilités moins contraignantes existent).

5.3 Protection des droits d'auteur dans le cadre des marchés publics

5.3.1 Application de la loi sur le droit d'auteur

33. Les pouvoirs adjudicateurs interrogés ont justifié dans certains cas la perception d'émoluments de protection par la protection des droits d'auteur relatifs aux documents d'appel d'offres. Le champ d'application de la loi du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur (LDA; RS 231.1) est défini à l'art. 1, al. 1, LDA²⁹. Il s'agit de la protection des auteurs d'œuvres littéraires et artistiques, et de la protection des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes ainsi que des organismes de diffusion. Aux termes de l'art. 2, al. 1, LDA, on entend par œuvre protégée par des droits d'auteur, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel. La protection des droits d'auteur présuppose que ces différents critères sont remplis. Les œuvres à contenu scientifique ou technique, comme les dessins, les plans, les cartes ou les ouvrages sculptés ou modelés, sont également considérées comme des œuvres au sens de l'art. 2, al. 2, let. d, LDA. Ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont examiné spécifiquement dans quelle mesure des documents d'appel d'offres de marchés publics peuvent être protégés par des droits d'auteur. Le droit d'auteur ne protège pas les décisions, procès-verbaux et rapports qui émanent des autorités ou des administrations publiques (art. 5, al. 1, let. c, LDA). En revanche, il s'applique aux documents internes à l'administration, comme les avis et les rapports d'expert³⁰. L'art. 5, al. 1, let. c, LDA prévoit des conditions très concrètes et spécifiques pour qu'une œuvre ne

²⁷ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4e éd., 2014, § 21, ch. 1 ss.

²⁸ MARTIN BEYELER, *Öffentliche Beschaffungen, Vergaberecht und Schadenersatz – Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnehmer des Gemeinwesens*, 2004, ch. 143.

²⁹ IVAN CHERIPILLOD, in: *Urhebergesetz (URG)*, in: Müller/Oertli (éd.), 2012, no 1 ad art. 2 LDA.

³⁰ THOMAS POLDENA/SIMON SCHLAURI/SAMUEL SCHWEIZER, *Rechtliche Voraussetzungen der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern*, 2017, ch. 407.

soit pas protégée par le droit d'auteur³¹. Étant donné qu'ils ne sont pas expressément cités et qu'ils ne peuvent pas être assimilés à l'une des notions mentionnées, les documents d'appel d'offres ne constituent pas des exceptions au sens de l'art. 5, al. 1, let. c, LDA. En l'absence de dispositions dérogatoires et de pratique ou doctrine divergentes, la possibilité de protéger les dossiers d'appel d'offres par le droit d'auteur doit par conséquent être évaluée à l'aune des principes énoncés à l'art. 2 LDA. Un pouvoir adjudicateur public peut donc invoquer la protection des droits d'auteur de ses documents d'appel d'offres pour autant que ces derniers constituent une œuvre au sens de l'art. 2 LDA. Dans ce contexte, les plans et les dessins présentent un intérêt particulier, étant donné qu'ils constituent une œuvre au sens de la LDA s'ils ont un caractère individuel et si leur contenu est de nature scientifique ou technique³².

5.3.2 La protection des droits d'auteur constitue-t-elle un motif valable selon l'art. 3 LMI ?

34. Les décisions et les autres mesures des pouvoirs adjudicateurs publics doivent respecter non seulement les bases légales régissant les soumissions, mais aussi l'ensemble de l'ordre juridique, dont le droit civil. Ce dernier comprend, entre autres, les dispositions relatives à la protection de la propriété intellectuelle³³. Le pouvoir adjudicateur est libre d'établir la description de la prestation qu'il souhaite acquérir et le niveau de précision de cette description. Cette liberté est toutefois limitée par le fait que la description de la prestation et des objectifs doit être suffisamment précise pour que les personnes intéressées puissent, sur la base de l'appel d'offres, proposer une offre concrète qui permette d'atteindre les objectifs visés³⁴. Il revient au pouvoir adjudicateur de déterminer les informations qui doivent être mises à la disposition des offreurs intéressés dans le cadre d'une procédure régie par le droit des marchés publics afin qu'ils puissent soumettre une offre appropriée.

35. Comme expliqué plus haut, les documents d'appel d'offres peuvent être protégés par le droit d'auteur si les conditions de l'art. 2 LDA sont remplies. Dans ce cas, l'auteur de l'œuvre est le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire la collectivité publique, qui est dotée de la personnalité juridique. La distribution des documents d'appel d'offres ne constitue pas une aliénation au sens de l'art. 12, al. 1, LDA, ni un transfert des droits au sens de l'art. 16, al. 1, LDA, et le pouvoir adjudicateur conserve en principe les droits d'auteur sur cette documentation. En cas de violation du droit d'auteur, le pouvoir adjudicateur peut notamment intenter une action civile (art. 61 ss. LDA) ou une action pénale (art. 67 LDA).

36. En ce qui concerne la justification d'un émoulement de protection selon la LMI, il convient de rappeler les principes susmentionnés. L'art. 3, al. 1, let. c, LMI prévoit que les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles répondent au principe de la proportionnalité. Étant donné que la LDA met à disposition des moyens de recours pour les documents d'appel d'offres protégés par le droit d'auteur, il n'est en principe pas nécessaire de prévoir des mesures supplémentaires. Par conséquent, la protection des droits d'auteur ne saurait justifier

la perception d'émoulements de protection au regard de l'art. 3, al. 1, let. c, LMI.

37. S'agissant spécifiquement des plans, il convient de relever qu'outre les moyens de recours prévus par la LDA, la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241) peut s'appliquer à l'utilisation des documents d'appel d'offres. Selon l'art. 5, let. a, LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, exploite de façon induue le résultat d'un travail qui lui a été confié, par exemple des offres, des calculs ou des plans.

38. Il y a lieu, par ailleurs, de se demander pourquoi les documents d'appel d'offres devraient être mis à disposition uniquement de façon restreinte en cas de craintes fondées d'une éventuelle violation des droits d'auteur. Les autres possibilités mentionnées plus haut seraient là aussi envisageables, à savoir la conclusion d'un accord de confidentialité, le choix d'une procédure sélective, la diffusion graduelle des informations ou le refus d'accès sur la base de l'interdiction de l'abus de droit.

39. S'agissant de l'admissibilité de la protection des droits d'auteur pour justifier la perception d'émoulements de protection, on retiendra ce qui suit: étant donné que le pouvoir adjudicateur conserve le droit d'auteur même après la diffusion des documents d'appel d'offres, la perception d'un émoulement de protection ne constitue pas un moyen adéquat pour préserver ce droit. Comme dans le cas de la protection des secrets d'affaires, la protection des droits d'auteur ne peut donc pas être invoquée pour justifier la perception d'émoulements, le critère de proportionnalité de l'art. 3, al. 1, let. c, LMI n'étant pas rempli.

5.4 Synthèse intermédiaire

40. En conclusion, il ressort de la présente section que la perception d'émoulements pour protéger les éventuels secrets d'affaires (et le savoir-faire) ainsi que les éventuels droits d'auteur n'est pas conforme au principe de proportionnalité prévu à l'art. 3, al. 1, let. c, LMI, étant donné que les émoulements ne sont pas adéquats et ne constituent pas le moyen le moins lourd à cette fin (des possibilités moins contraignantes existent). Aucun autre motif de justification n'a été identifié ou n'a été invoqué par les pouvoirs adjudicateurs interrogés. Il n'est toutefois pas exclu que d'autres motifs justificatifs doivent être examinés dans des cas concrets.

41. Il ressort de ce qui précède que la perception d'émoulements de protection constitue en général une restriction discriminante à la liberté d'accès au marché au sens de l'art. 5, al. 1, LMI, qui ne saurait être justifiée par la protection des secrets d'affaires ou des droits d'auteur selon l'art. 3 LMI.

³¹ RETO M. HILTY, *Urheberrecht*, 2011, p. 104, ch. 126.

³² RICHLI (note 28), ch. 832.

³³ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 13), ch. 1194.

³⁴ RICHLI (note 28), ch. 832.

6. Incidence des émoluments de protection sur la concurrence

42. Les marchés publics visent notamment à créer de la concurrence (cf. entre autres art. 1, al. 3, let. a, AIMP). Les entreprises ont ainsi l'occasion de proposer leur produit ou service pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, et l'État peut choisir l'offre la plus avantageuse sur le plan économique. Le bon fonctionnement des marchés publics permet une meilleure utilisation des deniers publics. Une concurrence efficace contribuant à ce bon fonctionnement, elle doit être favorisée par des marchés publics à la fois ouverts et transparents³⁵.

43. Un marché est considéré comme ouvert lorsqu'il offre un accès aussi libre que possible et que les barrières à l'entrée sont réduites au minimum. La perception d'émoluments de protection dans le cadre de marchés publics constitue une barrière financière à l'entrée. Une entreprise a besoin des documents d'appel d'offres pour établir si elle peut proposer une offre adéquate et, partant, si elle a une chance de décrocher le marché. Or, l'émolument de protection est perçu en amont, avant que l'entreprise ne puisse prendre connaissance des détails de l'appel d'offres. Devoir verser préalablement un montant donné sans savoir s'il vaut la peine de soumettre une offre représente un risque qui dissuade certaines entreprises de participer à la procédure d'adjudication. Cela concerne également des entreprises qui seraient en mesure de déposer une offre intéressante si elles pouvaient prendre connaissance des documents d'appel d'offres. L'intensité de la concurrence tend à s'accroître avec le nombre d'offres³⁶. Une large palette d'offres et la concurrence entre les offreurs profitent à l'entité adjudicatrice, car cette dernière peut faire son choix parmi un grand nombre de propositions comparables³⁷. À l'inverse, un nombre d'offres réduit nuit à la concurrence, l'entité adjudicatrice devant alors baser son choix sur moins d'offres comparables, ce qui limite ses chances de sélectionner la meilleure offre.

44. Il est essentiel de mener des procédures d'adjudication publiques et de ne pas restreindre la participation à ces procédures. Tous les prestataires potentiels devraient pouvoir y prendre part. De manière générale, des marchés ouverts permettent d'augmenter le nombre de concurrents et, partant, l'intensité de la concurrence.

7. Révision de la loi fédérale sur les marchés publics

45. Le chapitre 7 porte sur la révision en cours de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1). Cette révision mérite d'être mentionnée dans la présente recommandation, étant donné que l'admissibilité des émoluments de protection est également abordée dans le cadre des discussions parlementaires. De plus, les dispositions fédérales sont en général reprises d'abord dans le droit intercantonal (AIMP), puis dans le droit cantonal. Cette harmonisation des bases légales est judicieuse, car la fragmentation du droit réduit la transparence, augmente l'insécurité juridique et entrave la concurrence.

46. La présente section propose une présentation du contexte (7.1), suivie d'un aperçu de la manière dont les

émoluments de protection sont considérés dans la version actuelle du texte de loi (7.2).

7.1 Contexte

47. Le 30 mai 2018, le conseiller national Thomas Ammann a déposé une question pour obtenir l'avis du Conseil fédéral à propos d'une adjudication des CFF sur SIMAP. L'appel d'offres portant sur le remplacement de systèmes de batteries 36V prévoyait la remise des documents d'appel d'offres après le versement d'un émolument de protection de 20'000 francs³⁸. Le 4 juin 2018, le Conseil fédéral a répondu comme suit:

« Das Instrument der Schutzgebühr ist vergaberechtlich zulässig. Die Schutzgebühr ist explizit vorgesehen bei Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben, welche in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen geregelt sind. Gemäss Auskunft nutzen die SBB das Instrument in Fällen, in denen die Vergabeunterlagen spezifisches Know-how enthalten, welches es zu schützen gilt und deshalb nicht einem breiten Kreis zugänglich gemacht werden soll. Damit soll verhindert werden, dass die Unterlagen auf simap.ch heruntergeladen werden ohne konkretes Interesse, ein Angebot einzureichen. Dies trifft gemäss SBB im vorliegenden Fall zu. Die Höhe der Schutzgebühr wird im Verhältnis zum Vergabevolumen angesetzt. Im vorliegenden Fall beläuft sich das Vergabevolumen auf einen hohen einstelligen Millionenbetrag. Die Gebühr wird nach Abschluss des Beschaffungsverfahrens den Anbieterinnen zurückbezahlt. Der Bundesrat beurteilt diese SBB-Praxis nicht. Diese liegt in der operativen Verantwortung der Unternehmung».

48. Les marchés publics des CFF se fondent sur le droit fédéral des marchés publics, en particulier sur la LMP. Dans sa réponse, le Conseil fédéral n'explicite pas davantage l'admissibilité de l'émolument de protection du point de vue du droit des marchés publics. Il se base vraisemblablement sur l'annexe 4, al. 1, ch. 8 OMP, qui prévoit que l'appel d'offres relatif à une procédure ouverte ou sélective doit contenir les éventuelles cautions et garanties exigées. Il convient toutefois de se demander si la notion d'émolument de protection peut être assimilée aux notions de caution ou de garantie (cf. ch. 10). Une caution ou une garantie est en général utilisée à titre de garantie contractuelle lors de la conclusion du contrat. Le rapport explicatif sur la modification de l'OMP ne contient pas de considérations concernant les notions de caution et de garantie³⁹.

³⁵ Pour plus de détails, cf. rapport du secrétariat de la COMCO, Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts des Bundes, DPC 2006/2, pp. 392 ss., p. 401.

³⁶ BEYELER (note 28), ch. 214 s.

³⁷ BEYELER (note 28), ch. 150.

³⁸ Question 18.5263, disponible à l'adresse <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20185263>.

³⁹ Cf. Rapport explicatif du 1^{er} janvier 2010 sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP).

7.2 Révision de la loi

49. La LMP est en cours de révision. Le message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la LMP souligne à plusieurs endroits que le droit des marchés publics est fondé sur la transparence, qu'il importe d'augmenter⁴⁰. Dans son projet de loi, le Conseil fédéral prévoit que l'adresse à laquelle les documents d'appel d'offres peuvent être obtenus et l'éventuel émolument dû pour leur obtention doivent être indiqués dans l'appel d'offres (art. 35, let. s, P LMP). Le Conseil des États s'est rallié à cette proposition. Le Conseil national a, pour sa part, adopté l'art. 11, let. f, P-LMP, qui précise que l'adjudicateur ne perçoit aucun émolument, et a par conséquent supprimé le passage de l'art. 35, let. s, P-LMP traitant des émoluments⁴¹. Le Parlement n'a pas encore tranché cette question.

8. Recommandation

50. En résumé, la COMCO parvient aux conclusions suivantes:

A Constatations

- A-1 La **perception d'émoluments de protection** pour la mise à disposition de documents dans les marchés publics cantonaux ou communaux constitue de manière générale une discrimination au sens de l'art. 5, al. 1, LMI et donc une violation de cette norme.
- A-2 Sur la base de l'art. 3, al. 1, LMI, la protection des secrets d'affaires et des droits d'auteur ne constituent pas des motifs pouvant justifier la restriction de la liberté d'accès au marché, étant donné que, conformément au principe de proportionnalité, d'autres mesures moins contraignantes sont également possibles.

Dans la mesure où les motifs avancés ne remplissent pas les conditions posées à l'art. 3 al. 1, LMI, la restriction à la liberté d'accès au marché constitue une **violation de l'art. 5 LMI**. Il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de fournir d'autres motifs valables selon l'art. 3, al. 1, LMI.

- A-3 **Des mesures moins contraignantes** peuvent être examinées:

- accords contractuels (accord de confidentialité, p. ex.);
- choix d'une procédure sélective;
- mise à disposition graduelle des documents d'appel d'offres;
- refus de l'accès aux documents d'appel d'offres fondé sur l'interdiction de l'abus de droit.

B Recommandation

- B-1 La COMCO recommande de **renoncer aux émoluments de protection** pour la mise à disposition des documents d'appel d'offres dans les marchés publics cantonaux ou communaux.

⁴⁰ Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695 1715.

⁴¹ Objet 17.019, dépliant du 6 février 2019, disponible à l'adresse: www.parlement.ch.

B 2.8

6. Raccomandazione della COMCO dell'8 aprile 2019 concernente gli emolumenti di protezione nel settore degli appalti pubblici

Raccomandazione dell'8 aprile 2019: Raccomandazione ai sensi dell'articolo 8 capoverso 3 della legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno concernente gli emolumenti di protezione nel settore degli appalti pubblici all'attenzione del Governi cantonali

1. Compendio

1. La Segreteria della Commissione della concorrenza (COMCO) ha ricevuto denunce concernenti appalti pubblici in cui l'ottenimento della documentazione del bando era soggetto al versamento di un cosiddetto emolumento di protezione. Nel corso delle sue ricerche su questa tematica, la Segreteria ha scoperto altri bandi che prevedevano l'imposizione di emolumenti di questo tipo. Ha quindi svolto un'indagine in sette Cantoni, in base all'articolo 8 capoverso 1 della legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (LMI; RS 943.02), interpellando diversi servizi di aggiudicazione – fra cui un'azienda di trasporti pubblici e un ospedale pubblico – ai quali è stato chiesto in particolare di indicare le basi legali, i motivi e le modalità dell'imposizione di questi emolumenti nei bandi passati e futuri. L'indagine condotta ha mostrato che la riscossione di emolumenti di protezione non è una prassi comune, ma che viene comunque applicata occasionalmente. Ulteriori ricerche al riguardo hanno evidenziato che, negli ultimi cinque anni, almeno 50 bandi pubblicati su SIMAP esigevano il versamento di emolumenti di protezione di un importo compreso tra 1000 e 5000 franchi, e che negli ultimi anni si è osservata una tendenziale crescita di questo fenomeno.

2. I servizi di aggiudicazione interpellati hanno giustificato la riscossione di emolumenti con l'esigenza di proteggere segreti commerciali e diritti d'autore. Secondo loro questi emolumenti rappresentano uno strumento adeguato per garantire che determinate informazioni concernenti i bandi non siano rese accessibili al grande pubblico. Hanno inoltre fatto notare che in generale l'emolumento di protezione riscosso viene restituito all'offerente al momento in cui questo presenta un'offerta. Diversi servizi di aggiudicazione hanno dichiarato che, per la pubblicazione di un bando su SIMAP, preparano un riassunto completo che presenta gli elementi essenziali del progetto (p. es. contesto, requisiti e criteri di idoneità), in modo che i potenziali interessati, prima di richiedere la documentazione del bando e versare l'emolumento di protezione, possano valutare se presentare un'offerta.

3. La legge sul mercato interno (LMI) garantisce a ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). La COMCO sorveglia il rispetto di questa legge da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici (art. 8 cpv. 1 LMI). Può svolgere indagini e sottoporre raccomandazioni alle autorità interessa-

te (art. 8 cpv. 3 LMI). Affinché la COMCO possa adempiere questo mandato d'esecuzione, le autorità amministrative e giudiziarie le trasmettono spontaneamente una copia completa delle decisioni e sentenze pronunciate in applicazione della legge (art. 10a cpv. 2 LMI).

4. L'articolo 5 LMI definisce requisiti minimi per gli appalti pubblici dei Cantoni, applicabili in aggiunta al Concordato intercantonale del 25 novembre 1994/15 marzo 2001 sugli appalti pubblici (CIAP; RS 172.056.5) e al diritto cantonale in materia. Questi requisiti minimi comprendono il diritto a un accesso non discriminato agli appalti pubblici cantonali e l'obbligo di pubblicazione per appalti di considerevole importanza¹. In base all'articolo 9 LMI le restrizioni del libero accesso al mercato nel settore degli appalti pubblici devono rivestire la forma di decisioni impugnabili, contro le quali è previsto almeno un rimedio giuridico presso un'autorità indipendente dall'amministrazione; la COMCO dispone di un diritto di ricorso.

5. I capitoli seguenti si propongono di stabilire, in particolare, se la riscossione di emolumenti di protezione per la trasmissione della documentazione del bando sia conforme ai requisiti della LMI. La presente analisi approfondisce dapprima la nozione di emolumento di protezione (cap. 2), il quadro giuridico fissato dalla legislazione sul mercato interno (cap. 3) e il principio di trasparenza (cap. 4). Successivamente esamina gli argomenti adottati dai servizi di aggiudicazione per giustificare la riscossione di emolumenti di protezione (cap. 5), gli effetti di questi emolumenti sulla concorrenza (cap. 6) e la revisione della legge federale sugli acquisti pubblici (LA-Pub) (cap. 7). Infine, presenta le raccomandazioni della COMCO (cap. 8).

2. Nozione di emolumento di protezione

6. Il capitolo 2 descrive la nozione di emolumento di protezione e spiega come va intesa nella presente raccomandazione.

7. Una definizione legale di emolumento di protezione non è fornita né dalla legislazione sugli appalti pubblici né da altri ambiti giuridici. Nel linguaggio corrente questa espressione sta a indicare un importo la cui riscossione serve a garantire che solo le persone seriamente interessate abbiano accesso a un dato oggetto². La dottrina concernente l'articolo 8 (Offerta pubblica e concorso) della legge federale del 30 marzo 1911 di Complemento al Codice civile svizzero (Diritto delle obbligazioni; RS 220) precisa che gli emolumenti di protezione sono

¹ MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (ed.), 2011, n. 1 seg. ad art. 5 LMI.

² Definizione secondo il Duden (*traduzione*).

ammessi se non impediscono la partecipazione delle persone seriamente interessate³. La nozione in esame compare anche nella legislazione sulla proprietà intellettuale⁴. Il Tribunale federale la utilizza soprattutto nella sua giurisprudenza penale⁵. Pur essendo occasionalmente utilizzata nella legislazione sugli appalti pubblici, non vi è definita con precisione⁶.

8. Il CIAP non prevede la riscossione di importi a copertura delle spese o, nello specifico, di emolumenti di protezione, per la trasmissione della documentazione del bando. La questione è invece disciplinata in alcune legislazioni cantonali. L'ordinanza del 25 maggio 2004 sugli appalti pubblici del Cantone dei Grigioni (Oap; CSC 803.310), per esempio, all'articolo 11 lettera I, menziona un «prezzo della documentazione di gara». Il prelevamento di emolumenti di protezione richiede una base giuridica adeguata. La giurisprudenza cantonale sugli acquisti pubblici fa riferimento in almeno un caso all'applicazione di un emolumento di protezione⁷.

9. Nel settore degli appalti pubblici la nozione di emolumento di protezione è utilizzata in relazione al versamento di un importo per l'ottenimento della documentazione del bando. Ciò significa che la documentazione è trasmessa solo alle persone che hanno precedentemente pagato un emolumento. Come indica il termine stesso, un emolumento del genere serve a proteggere determinate informazioni affinché non arrivino a terzi. Il suo scopo è quindi di proteggere eventuali interessi (p. es. segreti commerciali, know-how o diritti d'autore) dei servizi di aggiudicazione. L'emolumento di protezione non comprende le spese, come le tasse di cancelleria, che l'invio della documentazione comporta per il servizio di aggiudicazione.

10. La nozione di emolumento di protezione non va confusa con altre nozioni. Non si tratta, per esempio, di un anticipo delle spese. Nella DTF 107 la 117 il Tribunale federale ha precisato che un anticipo delle spese serve a coprire i costi previsti. Ha inoltre specificato che una fideiussione può essere utilizzata soltanto se effettivamente insorgono o vengono addebitate delle spese. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale la fideiussione costituisce una prestazione di garanzia di cui ci si può avvalere per coprire le spese⁸.

11. Ai sensi della presente raccomandazione, per emolumento di protezione si intende l'importo che i servizi pubblici di aggiudicazione riscuotono per la trasmissione della documentazione del bando allo scopo di tutelare eventuali interessi di riservatezza.

3. Quadro giuridico fissato dalla legislazione sul mercato interno

12. Il capitolo 3 esamina in che misura la riscossione di un emolumento di protezione costituisce una discriminazione in materia di appalti pubblici ai sensi della legislazione sul mercato interno. A tal fine analizza le disposizioni concernenti gli appalti pubblici previste dal diritto internazionale superiore (3.1) e dalla LMI (3.2). Presenta inoltre il principio del libero accesso al mercato (3.3).

3.1 Riferimento al diritto internazionale

13. Occorre innanzitutto riferirsi ai principi di diritto internazionale pubblico applicabili alla legislazione svizzera

sugli appalti pubblici che sono sanciti nell'Accordo del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici (*Government Procurement Agreement* [GPA]; RS 0.632.231.422) dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC).

14. In linea di principio le disposizioni del GPA sono direttamente applicabili anche agli appalti pubblici cantonali. Ne consegue che i bandi devono adempiere i requisiti del GPA e che gli offerenti possono richiamarsi alle disposizioni di questo accordo. L'articolo IX paragrafo 6 lettera g GPA indica che ogni avviso di progetto di appalto deve contenere i dati concernenti l'importo e le modalità di versamento di qualsiasi somma da pagare per ottenere il fascicolo di gara. Il GPA non esclude quindi la possibilità di riscuotere un importo per la trasmissione della documentazione del bando, ma non prevede neppure un emolumento per proteggerla. Per il resto, le normative internazionali non contengono disposizioni esplicite sull'ammissibilità o meno degli emolumenti di protezione nel settore degli appalti pubblici.

3.2 Appalti pubblici secondo la LMI

15. Analogamente al diritto internazionale, la legge svizzera sul mercato interno mira tra l'altro a impedire che le imprese comunali o cantonali vengano sistematicamente favorite sul mercato svizzero⁹. La Confederazione non dispone di competenze per emanare norme esaustive concernenti gli appalti pubblici a livello cantonale e comunale. In base all'articolo 95 capoverso 2 della Costituzione federale del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101) deve tuttavia provvedere alla creazione di uno spazio economico svizzero non discriminante e quindi di un mercato interno¹⁰. A tale scopo deve eliminare gli ostacoli alla circolazione intercantonale di merci, servizi e persone nel settore degli appalti pubblici e gli ostacoli alla regolamentazione del mercato. La Confederazione adempie il suo mandato costituzionale (art. 95 cpv. 2 Cost.) tramite la LMI: garantisce la libera circolazione tra i Cantoni (art. 2 cpv. 1–6 LMI) nonché l'accesso non discriminato agli appalti pubblici cantonali (art. 5 LMI) e alle attività monopolistiche (art. 2 cpv. 7 LMI). Lo strumento dei bandi pubblici consente di garantire l'accesso non discriminato agli appalti pubblici e alle attività monopolistiche cantonali e comunali¹¹.

³ ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN, *Berner Kommentar* volume/n. VI/1/1, «Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht», 1986, n. 39 ad art. 8 CO.

⁴ ROBERT M. STUTZ/STEPHAN BEUTLER /MURIEL KÜNZI, *Handkommentar Designgesetz*, 2006, n. 22 ad art. 14 della legge sul design.

⁵ DTF 6B_107/2010 del 22 febbraio 2011.

⁶ HUBERT STÖCKLI/MARTIN BEYELER, *Das Vergaberecht der Schweiz (Überblick - Erlasse - Rechtsprechung)*, 9a ed., 2014, pag. 521.

⁷ Decisione del Tribunale amministrativo del Cantone di Glarona del 28 marzo 2012 (VG.2010.00011).

⁸ DTF 107 la 117 consid. 2.

⁹ DIEBOLD NICOLAS, «Vergaberecht und Wettbewerb», *iDÉ Fribourg*, 8a giornata del diritto della concorrenza, 2017, pag. 3 seg.

¹⁰ OESCH/ZWALD (nota 1), n. 1 ad art. 5 LMI.

¹¹ DIEBOLD (nota 9), pag. 3 seg.

3.3 Principio del libero accesso al mercato

16. L'articolo 5 LMI prevede requisiti materiali e formali minimi, come il diritto a un accesso non discriminato agli appalti pubblici cantonali e comunali e l'obbligo di pubblicazione per gli acquisti pubblici di considerevole importanza a livello cantonale e comunale¹². L'articolo 5 capoverso 1 LMI stabilisce che i mercati pubblici dei Cantoni, dei Comuni e degli altri enti preposti a compiti cantonali o comunali sono retti dal diritto cantonale o intercantonale. Queste prescrizioni e le decisioni fondate su di esse non devono discriminare, in modo contrario all'articolo 3 LMI, le persone con domicilio o sede in Svizzera. Secondo la dottrina e la giurisprudenza, anche gli offerenti locali possono richiamarsi all'articolo 5 capoverso 1 LMI, il che significa che qualsiasi disparità di trattamento soggettiva è vietata¹³.

17. L'articolo 5 capoverso 2 LMI stabilisce l'obbligo di svolgere una procedura di gara pubblica per i progetti relativi ad acquisti pubblici di considerevole importanza e di pubblicare i criteri di partecipazione e di aggiudicazione dell'appalto¹⁴. Va aggiunto, in proposito, che non esiste una definizione legale della nozione di appalto (o acquisto) pubblico¹⁵. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale si è in presenza di un appalto pubblico se l'ente pubblico si pone come richiedente sul libero mercato per acquistare, presso imprese private e contro pagamento, i beni e le prestazioni necessari per adempiere il suo mandato¹⁶.

18. Vi è violazione dell'articolo 5 LMI se, per esempio, un appalto pubblico non viene messo a concorso per i seguenti motivi: perché il servizio di aggiudicazione ritiene, a torto, che le condizioni soggettive o oggettive per l'assoggettamento alla legislazione sugli appalti pubblici non siano adempiute, perché ha sottovalutato il valore della commessa o perché invoca, a torto, un motivo di deroga alla legislazione sugli appalti pubblici. L'aggiudicazione diretta limita gli scambi economici intercantionali, indipendentemente dal fatto che la commessa sia aggiudicata a un offerente locale o esterno. Una violazione dell'articolo 5 LMI è data anche qualora la procedura di aggiudicazione favorisca un determinato offerente, senza una giustificazione oggettiva, tramite una descrizione troppo circostanziata dell'oggetto dell'appalto, delle specificazioni tecniche o dei criteri di partecipazione e di aggiudicazione¹⁷. Il diritto di accesso al mercato previsto all'articolo 5 capoverso 1 LMI si avvicina a quello enunciato all'articolo 2 LMI, ma resta distinto da quest'ultimo¹⁸. Qualsiasi restrizione dell'accesso agli appalti pubblici che non adempia le condizioni di cui all'articolo 3 LMI costituisce una violazione della legge¹⁹. Le versioni italiana e francese dell'articolo 5 capoverso 1 LMI utilizzano il termine «discriminare». La riscossione di emolumenti di protezione porta a differenziare le imprese in base alla loro solvibilità e non contribuisce alla ricerca dell'offerta più vantaggiosa dal punto di vista economico. Si configura quindi la fattispecie della discriminazione secondo l'articolo 5 capoverso 1 LMI.

19. La riscossione di un emolumento di protezione costituisce una restrizione dell'accesso al mercato per gli offerenti potenzialmente interessati che, per ottenere la documentazione del bando, devono pagare in anticipo in

base alla loro capacità finanziaria e senza alcuna garanzia di rimborso. L'ottenimento della documentazione del bando è un presupposto necessario per poter presentare un'offerta²⁰. Le imprese che partecipano spesso a gare di appalto pubbliche seguono con attenzione le pubblicazioni. Sebbene richiedano regolarmente la documentazione per valutare il loro interesse al bando in questione, solo in alcuni casi presentano un'offerta. La riscossione di emolumenti di protezione aumenta quindi i costi di un possibile accesso al mercato, discriminando potenziali offerenti. Di conseguenza, questi emolumenti vanno generalmente considerati una violazione all'articolo 5 capoverso 1 LMI poiché comportano la discriminazione di potenziali offerenti e ne ostacolano l'ingresso sul mercato.

20. I bandi pubblici mirano in particolare a promuovere la concorrenza (cfr. anche art. 1 cpv. 3 lett. a CIAP). Nel caso di una procedura di aggiudicazione pubblica, la riscossione anticipata di importi a copertura delle spese per la trasmissione della documentazione del bando può influire negativamente sulla concorrenza, dato che potenziali offerenti non ricevono sufficienti informazioni. Il numero degli offerenti idonei potrebbe perciò ridursi, con una conseguente perdita di intensità della concorrenza (cfr. cap. 6).

21. Concludendo, dal presente capitolo emerge che la riscossione di emolumenti di protezione per la trasmissione della documentazione del bando in caso di appalti pubblici costituisce, di norma, una discriminazione ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LMI, e quindi una violazione di questa disposizione. I seguenti capitoli spiegano in che misura tali emolumenti possono giustificarsi dal punto di vista della legislazione sul mercato interno.

4. Principio di trasparenza

22. Occorre ricordare che la maggior parte dei Cantoni applica il principio di trasparenza. In generale i Cantoni prevedono disposizioni ad hoc che consentono l'accesso ai documenti dell'amministrazione. Di conseguenza, un servizio di aggiudicazione potrebbe essere tenuto, su richiesta e in circostanze eccezionali, a rendere accessibile in tutto o parte la documentazione del bando. L'imposizione di un emolumento di protezione risulterebbe allora problematica anche da questo punto di vista. La questione relativa all'obbligo o meno di rendere accessibile la documentazione in virtù del principio di trasparenza non viene ulteriormente approfondita poiché, come si vedrà di seguito, le condizioni che giustificerebbero la riscossione di un emolumento di protezione secondo la legislazione sul mercato interno non sono adempiute.

¹² OESCH/ZWALD (nota 1), n. 1 ad art. 5 LMI.

¹³ Ulteriori riferimenti: PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, marg. 52.

¹⁴ DIEBOLD (nota 9), pag. 4 seg.

¹⁵ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (nota 13), marg. 106 seg.

¹⁶ DTF 141 II 113 consid. 1.2.1; ulteriori riferimenti.

¹⁷ DIEBOLD (nota 9), pag. 4 seg.

¹⁸ DTF 141 II 113 consid. 3.1.4.

¹⁹ EVELYNE CLERC in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Tercier/Bovet (ed.), 2012, n. 119 ad art. 5 LMI.

²⁰ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (nota 13), marg. 382 seg.

5. Esame dei motivi giustificativi secondo l'articolo 3 LMI

23. Il capitolo 5 esamina, nell'ottica della LMI, i motivi che potrebbero giustificare la riscossione di emolumenti di protezione. Si apre con una serie di considerazioni generali sulle condizioni che una giustificazione fondata sull'articolo 3 LMI deve adempiere (5.1) e prosegue analizzando i motivi giustificativi addotti dai partecipanti all'indagine, ossia la protezione di segreti commerciali (5.2) e la protezione dei diritti d'autore (5.3), e valutandoli in base ai criteri dell'articolo 3 LMI.

5.1 Condizioni di una giustificazione fondata sull'articolo 3 LMI

24. Secondo l'articolo 3 capoverso 1 LMI, agli offerenti esterni non può essere negato il libero accesso al mercato. Le restrizioni devono rivestire la forma di oneri o condizioni. Dal punto di vista della legislazione sul mercato interno, le restrizioni dell'accesso al mercato possono essere giustificate alle condizioni stabilite dall'articolo 3 LMI. L'applicazione di disposizioni discriminanti in deroga all'articolo 5 LMI è ammessa soltanto se sono adempiute le condizioni enunciate all'articolo 3 capoversi 1–3 LMI²¹. Secondo l'articolo 3 capoverso 1 LMI, le restrizioni sono ammissibili soltanto se (a) si applicano nella stessa misura agli offerenti locali, (b) sono indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti e (c) sono conformi al principio di proporzionalità. In linea con gli obiettivi della LMI, gli interessi pubblici preponderanti sono soprattutto quelli che possono anche giustificare una restrizione della libertà economica, ammesso però che questa sia indispensabile²². Le restrizioni dell'accesso al mercato non devono in nessun caso costituire una barriera dissimulata all'accesso al mercato, volta a favorire interessi economici locali (art. 3 cpv. 3 LMI).

25. La riscossione di emolumenti di protezione costituisce una discriminazione ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LMI. Simili restrizioni dell'accesso al mercato devono, in particolare, essere indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti ed essere conformi al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1).

5.2 Protezione dei segreti commerciali nell'ambito degli appalti pubblici

5.2.1 Nozione di segreto commerciale

26. I servizi di aggiudicazione interpellati giustificano la riscossione di emolumenti di protezione soprattutto con la necessità di tutelare i segreti commerciali contenuti nella documentazione del bando. Né la legge sul mercato interno né il CIAP propongono una definizione della nozione di segreto commerciale (o segreto d'affari). La violazione del segreto di fabbrica o commerciale è menzionata all'articolo 162 del Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (CP; RS 311.0). Per stabilire l'esistenza di segreti commerciali, molti ambiti giuridici si basano sui criteri definiti dalla giurisprudenza penale. La nozione di segreto, così come è precisata nella giurisprudenza del Tribunale federale, comprende tutte le informazioni che non sono pubbliche o liberamente accessibili e che il detentore del segreto vuole mantenere riservate in virtù di un legittimo interesse²³. Esiste un legittimo interesse al mantenimento del segreto se le

informazioni in questione sono importanti per il successo dell'attività commerciale²⁴. Per quanto riguarda i servizi di aggiudicazione pubblici, sarebbe inoltre opportuno chiedersi se non si debba considerare anche la protezione dei segreti d'ufficio.

27. Gli interpellati hanno motivato la riscossione di emolumenti di protezione con l'esigenza di tutelare il know-how. L'interpretazione giuridica della nozione di know-how si avvicina a quella di segreto di fabbrica o commerciale ai sensi dell'articolo 162 CP. Nella pratica il know-how è definito come conoscenze che un'impresa ha acquisito per poter gestire i problemi di fabbricazione dei prodotti, di sviluppo dei servizi o di organizzazione della propria attività. L'impresa detiene l'esclusiva di queste conoscenze finché può mantenerle segrete²⁵. Per stabilire se la riscossione di emolumenti sia giustificabile secondo l'articolo 3 LMI, la questione del know-how non verrà trattata separatamente, ma sarà equiparata alla questione del segreto commerciale.

5.2.2 La protezione del segreto commerciale costituisce un motivo valido secondo l'articolo 3 LMI?

28. La maggior parte dei servizi di aggiudicazione ha giustificato la riscossione di emolumenti di protezione con l'esigenza di tutelare i segreti commerciali contenuti nella documentazione del bando. Occorre pertanto chiarire se questo argomento costituisce un motivo valido ai sensi dell'articolo 3 LMI. La documentazione del bando deve presentare i beni o i servizi richiesti tramite una descrizione esaustiva dei prodotti e dei compiti o tramite un elenco dettagliato delle prestazioni; deve inoltre precisare i requisiti da adempiere²⁶. A livello federale il contenuto della documentazione del bando è descritto all'articolo 18 dell'ordinanza dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici (OAPub; RS 172.056.11), da cui risulta che la documentazione deve contenere le indicazioni necessarie affinché l'offerta possa essere presentata. Questa documentazione e le informazioni che essa fornisce sono destinate a tutti i potenziali offerenti, e quindi al grande pubblico, poiché in linea di principio il servizio di aggiudicazione che cerca un fornitore di prestazioni ha interesse a ricevere più offerte. Come indicato sopra, l'esistenza di segreti commerciali si fonda sui seguenti presupposti: deve trattarsi di informazioni che non sono pubbliche o liberamente accessibili e per le quali esiste un interesse soggettivo o oggettivo al mantenimento del segreto. Gran parte delle informazioni usualmente comunicate nella documentazione del bando non richiede una particolare riservatezza. La documentazione può tuttavia contenere segreti commerciali che in certi casi devono essere protetti dalla divulgazione a potenziali offerenti.

²¹ DIEBOLD (nota 9), pag. 1 segg., pag. 6.

²² OESCH/ZWALD (nota 1), n. 2 ad art. 3 LMI.

²³ DTF 142 II 268 consid. 5.2.1.

²⁴ ISABELLE HÄNER, Zugang zu Informationen, Öffentlichkeitsprinzip – Geschäftsgeheimnis, in: Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 2016, pag. 119 seg.

²⁵ KAMEN TROLLER, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2001, pag. 170 seg.

²⁶ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (nota 13), marg. 383.

29. Ci si può inoltre chiedere, anche alla luce delle seguenti considerazioni, se la riscossione di emolumenti di protezione volta a tutelare segreti commerciali sia indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI. Se la documentazione del bando contiene informazioni commerciali riservate, questa misura potrebbe talvolta servire a ridurre il numero delle richieste per l'ottenimento della documentazione, un aspetto che andrà valutato nei singoli casi. Non è però necessario stabilire se questi segreti commerciali costituiscano interessi pubblici preponderanti ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI e se possano quindi rappresentare un motivo valido per la riscossione di emolumenti di protezione poiché, come si vedrà di seguito, la riscossione di emolumenti di protezione non soddisfa il principio di proporzionalità sancito all'articolo 3 capoverso 1 lettera c LMI.

30. L'articolo 3 LMI prevede che le restrizioni devono rivestire la forma di oneri o condizioni (cpv. 1) e che sono ammissibili soltanto se conformi al principio di proporzionalità (cpv. 1 lett. c). Questo principio esige che le misure decise per realizzare un obiettivo di interesse pubblico siano adeguate, necessarie e ragionevolmente esigibili. Una decisione presa dall'autorità deve permettere di raggiungere l'obiettivo di interesse pubblico perseguito. La condizione della necessità implica che tale obiettivo sia raggiunto con delle misure più lievi²⁷. Nel caso della riscossione di emolumenti per la trasmissione della documentazione del bando occorre chiedersi se tale prassi sia un mezzo adeguato secondo il principio di proporzionalità. Lo scopo di questi emolumenti è di proteggere eventuali segreti commerciali. Tuttavia, il fatto di vincolare la trasmissione della documentazione al versamento di un emolumento non garantisce la protezione di eventuali segreti commerciali, poiché questi vengono comunicati una volta effettuato il versamento. Sebbene la riscossione di un emolumento di protezione possa tendenzialmente dissuadere un certo numero di persone dal richiedere la documentazione, nel complesso non è uno strumento adeguato per garantire la protezione di segreti commerciali.

31. Anche se la riscossione di emolumenti di protezione fosse un mezzo adeguato per tutelare i segreti commerciali, dovrebbe comunque rappresentare, in virtù del principio di proporzionalità di cui all'articolo 3 capoverso 1 lettera c LMI, la misura più lieve per riuscirvi. Non è però questo il caso. È, per esempio, prassi comune stipulare in anticipo un accordo volto a proteggere i segreti commerciali (accordo di riservatezza che prevede una pena convenzionale). È inoltre possibile svolgere una procedura selettiva (art. 12 cpv. 1 lett. b CIAP). In questo tipo di procedura gli interessati non propongono direttamente un'offerta, ma presentano dapprima una richiesta di partecipazione. L'aggiudicatore valuta in seguito quali candidati adempiono i criteri di idoneità. Solo quelli ritenuti idonei ricevono la documentazione del bando e vengono invitati a presentare un'offerta²⁸. Un'altra possibilità, applicata occasionalmente, consiste nel diffondere gradualmente le informazioni fornendo indicazioni essenziali e dettagliate fin dal momento della pubblicazione su SIMAP, in modo da poter poi trasmettere unicamente agli offerenti interessati la documentazione del

bando contenente i segreti commerciali. Infine, sarebbe anche possibile, in caso di richieste ingiustificate, rifiutare l'accesso alla documentazione del bando in base al divieto di abuso del diritto. Da quanto precede risulta che esistono diverse alternative meno vincolanti per proteggere i segreti commerciali. Di conseguenza, la riscossione di emolumenti di protezione non costituisce la misura più lieve e non soddisfa quindi il principio di proporzionalità previsto all'articolo 3 capoverso 1 lettera c LMI.

32. Concludendo, dal presente capitolo emerge che la riscossione di emolumenti per proteggere eventuali segreti commerciali (come anche il know-how) non è conforme al principio di proporzionalità di cui all'articolo 3 capoverso 1 lettera c LMI, poiché gli emolumenti di protezione non sono adeguati e non costituiscono la misura più lieve a tal fine, dato che esistono alternative meno vincolanti.

5.3 Protezione dei diritti d'autore nell'ambito degli appalti pubblici

5.3.1 Applicazione della legge sui diritti d'autore

33. I servizi di aggiudicazione interpellati, in alcuni casi, hanno giustificato la riscossione degli emolumenti di protezione con la necessità di tutelare i diritti d'autore relativi alla documentazione del bando. Il campo d'applicazione della legge del 9 ottobre 1992 sui diritti d'autore (LDA; RS 231.1), definito all'articolo 1 capoverso 1 LDA²⁹, comprende la protezione degli autori di opere letterarie o artistiche e la protezione degli artisti interpreti, dei produttori di supporti audio o audiovisivi e degli organismi di diffusione. Secondo l'articolo 2 capoverso 1 LDA sono opere protette dai diritti d'autore, indipendentemente dal valore o dalla destinazione, le creazioni dell'ingegno letterarie o artistiche che presentano un carattere originale. La protezione dei diritti d'autore presuppone l'adempimento di questi criteri. Sono considerate opere ai sensi dell'articolo 2 capoverso 2 lettera d LDA anche le opere di contenuto scientifico o tecnico quali disegni, piani, carte o opere plastiche. La giurisprudenza e la dottrina non si esprimono in modo specifico sull'applicabilità della protezione del diritto d'autore alla documentazione del bando in caso di appalti pubblici. Il diritto d'autore non protegge le decisioni, i verbali e i rapporti delle autorità o delle amministrazioni pubbliche (art. 5 cpv. 1 lett. c LDA). Si applica invece ai documenti interni all'amministrazione, come i pareri o i rapporti peritali³⁰. L'articolo 5 capoverso 1 lettera c LDA prevede condizioni molto concrete e specifiche perché un'opera non sia protetta dai diritti d'autore³¹. La documentazione

²⁷ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4a edizione, 2014, § 21, marg. 1 segg.

²⁸ MARTIN BEYELER, *Öffentliche Beschaffungen, Vergaberecht und Schadenersatz – Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnehmer des Gemeinwesens*, 2004, marg. 143.

²⁹ IVAN CHERIPILLOD, in: *Urhebergesetz (URG)*, Müller/Oertli (ed.), 2012, n. 1 ad art. 2 LDA.

³⁰ THOMAS POLDENA/SIMON SCHLAURI/SAMUEL SCHWEIZER, *Rechtliche Voraussetzungen der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern*, 2017, marg. 407.

³¹ RETO M. HILTY, *Urheberrecht*, 2011, pag. 104, marg. 126.

del bando non rientra in questo elenco di eccezioni non essendovi menzionata espressamente e non essendo equiparabile a un'altra delle nozioni indicate. In assenza di disposizioni derogatorie e di una prassi o dottrina contraria, la possibilità di proteggere la documentazione del bando con il diritto d'autore si giudica pertanto in base ai principi sanciti all'articolo 2 LDA. Un servizio di aggiudicazione pubblico può quindi richiamarsi alla protezione del diritto d'autore per la documentazione del bando se questa soddisfa i requisiti di un'opera ai sensi dell'articolo 2 LDA. In tale contesto assumono particolare interesse i piani e i disegni, che rientrano nella nozione di opera definita nella LDA se presentano un carattere originale e un contenuto di tipo scientifico o tecnico³².

5.3.2 La protezione dei diritti d'autore costituisce un motivo valido secondo l'articolo 3 LMI?

34. Le decisioni e le altre misure dei servizi di aggiudicazione pubblici devono rispettare non soltanto le basi legali che reggono gli appalti pubblici, ma anche l'intero ordinamento giuridico, compreso il diritto civile, di cui fanno parte, tra l'altro, le norme sulla protezione della proprietà intellettuale³³. Il servizio di aggiudicazione è libero di stabilire come e con quale livello di precisione descrivere la prestazione che intende acquisire. Questa libertà è però limitata dal fatto che la descrizione della prestazione e degli obiettivi deve essere sufficientemente precisa da permettere agli interessati di proporre, in base al bando, un'offerta concreta che consenta di raggiungere gli obiettivi perseguiti³⁴. Spetta al servizio di aggiudicazione decidere quali informazioni mettere a disposizione degli offerenti interessati nell'ambito di una procedura retta dalla legislazione sugli appalti pubblici, affinché possano presentare un'offerta adeguata.

35. Come spiegato sopra, la documentazione del bando può essere protetta dal diritto d'autore se sono adempite le condizioni di cui all'articolo 2 LDA. In tal caso l'autore dell'opera è il servizio di aggiudicazione, ovvero l'ente pubblico, che è dotato di personalità giuridica. La diffusione dei documenti del bando non costituisce un'alienazione ai sensi dell'articolo 12 capoverso 1 LDA e neppure un trasferimento dei diritti ai sensi dell'articolo 16 capoverso 1 LDA, e il servizio di aggiudicazione mantiene in linea di principio i diritti d'autore su questa documentazione. In caso di violazione del diritto d'autore il servizio di aggiudicazione può in particolare promuovere un'azione civile (art. 61 segg. LDA) o un'azione penale (art. 67 LDA).

36. Per quanto riguarda la giustificazione di un emolumento di protezione secondo la LMI, occorre ricordare i principi già menzionati. L'articolo 3 capoverso 1 lettera c LMI prevede che le restrizioni devono rivestire la forma di oneri o condizioni e che sono ammissibili soltanto se conformi al principio di proporzionalità. Considerato che la LDA mette a disposizione i rimedi giuridici per la documentazione del bando protetta dal diritto d'autore, non è per principio necessario prevedere ulteriori misure. Di conseguenza, l'articolo 3 capoverso 1 lettera c LMI non può giustificare la riscossione di emolumenti di protezione a tutela dei diritti d'autore.

37. Nel caso specifico dei piani va rilevato che, oltre ai rimedi giuridici previsti dalla LDA, è applicabile all'utilizzo della documentazione del bando anche la legge federale

del 19 dicembre 1986 contro la concorrenza sleale (LCSI; RS 241). Secondo l'articolo 5 lettera a LCSI, agisce in modo sleale chiunque sfrutta, senza esserne autorizzato, il risultato affidatogli di un lavoro, per esempio offerte, calcoli o piani.

38. Ci si potrebbe inoltre chiedere perché la documentazione del bando dovrebbe essere messa a disposizione solo limitatamente in seguito a timori fondati di un'eventuale violazione dei diritti d'autore. Anche in questi casi sarebbero praticabili le alternative già menzionate, ossia la stipulazione di un accordo di riservatezza, la scelta di una procedura selettiva, la diffusione graduale di informazioni o il rifiuto di accesso in base al divieto di abuso del diritto.

39. Per quanto riguarda l'ammissibilità della protezione dei diritti d'autore per giustificare un emolumento di protezione, si constata che, poiché il servizio di aggiudicazione mantiene il diritto d'autore anche dopo la diffusione della documentazione del bando, la riscossione di un emolumento di protezione non costituisce un mezzo adeguato per tutelare tale diritto. Come per la protezione dei segreti commerciali, la protezione dei diritti d'autore non può quindi essere invocata per giustificare la riscossione di emolumenti, in quanto il criterio di proporzionalità di cui all'articolo 3 capoverso 1 lettera c LMI non è adempiuto.

5.4 Sintesi intermedia

40. Concludendo, dal presente capitolo emerge che la riscossione di emolumenti per proteggere eventuali segreti commerciali (come anche il know-how) ed eventuali diritti d'autore non è conforme al principio di proporzionalità sancito all'articolo 3 capoverso 1 lettera c LMI, poiché gli emolumenti non sono adeguati e non costituiscono la misura più lieve a tale scopo (esistono alternative meno vincolanti). I servizi di aggiudicazione interpellati non hanno individuato né invocato altri motivi giustificativi, ma non è escluso che nei casi concreti vadano esaminati altri motivi.

41. Da quanto precede risulta che in generale la riscossione di emolumenti di protezione costituisce una restrizione discriminante del libero accesso al mercato ai sensi dell'articolo 5 LMI, che non è giustificabile con la protezione dei segreti commerciali o dei diritti d'autore secondo l'articolo 3 LMI.

6. Effetti degli emolumenti di protezione sulla concorrenza

42. Gli appalti pubblici mirano in particolare a promuovere la concorrenza (cfr. anche art. 1 cpv. 3 lett. a CIAP). Le imprese hanno così la possibilità di proporre il loro prodotto o servizio per rispondere alle esigenze del servizio di aggiudicazione, mentre lo Stato può scegliere

³² BEYELER (nota 28), marg. 832.

³³ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (nota 13), marg. 1194.

³⁴ BEYELER (nota 28), marg. 832.

l'offerta più vantaggiosa dal punto di vista economico. Il buon funzionamento dei mercati degli appalti pubblici consente un migliore utilizzo del denaro pubblico. Una concorrenza efficace contribuisce a questo buon funzionamento e deve pertanto essere favorita da mercati pubblici aperti e trasparenti³⁵.

43. Un mercato è considerato aperto se offre un accesso quanto più libero possibile e se gli ostacoli all'accesso sono ridotti al minimo. La riscossione di emolumenti di protezione nell'ambito degli appalti pubblici costituisce un ostacolo finanziario a tale accesso. Per stabilire se può proporre un'offerta adeguata e se ha la possibilità di aggiudicarsi un appalto, un'impresa necessita della documentazione completa del bando. L'emolumento di protezione è però riscosso in anticipo, prima che l'impresa possa prendere conoscenza dei dettagli necessari del bando. L'obbligo di versare un dato importo senza sapere se valga la pena di sottoporre un'offerta rappresenta un rischio che dissuade talvolta le imprese dal partecipare alla procedura di aggiudicazione. Ciò riguarda anche imprese che, se potessero esaminare la documentazione del bando, sarebbero in grado di presentare un'offerta interessante. L'intensità della concorrenza tende ad aumentare con il numero di offerte³⁶. Un'ampia gamma di offerte e la concorrenza tra gli offerenti vanno a beneficio del servizio di aggiudicazione, che può così scegliere tra un numero elevato di proposte paragonabili³⁷. Al contrario, una scarsità di offerte nuoce alla concorrenza, costringendo il servizio di aggiudicazione a scegliere tra un minor numero di offerte paragonabili e limitando quindi le possibilità di selezionare l'offerta migliore.

44. È essenziale svolgere procedure di aggiudicazione pubbliche e non restringere la partecipazione a tali procedure. Tutti i potenziali fornitori di prestazioni dovrebbero potervi prendere parte. Mercati aperti permettono in generale di aumentare il numero di concorrenti e di intensificare in tal modo la concorrenza.

7. Revisione della legge federale sugli acquisti pubblici

45. Il capitolo 7 riguarda l'attuale revisione della legge del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub; RS 172.056.1). Nella presente raccomandazione è opportuno menzionare questa revisione dal momento che la questione dell'ammissibilità degli emolumenti di protezione è affrontata anche nell'ambito dei dibattiti parlamentari. Generalmente, inoltre, le disposizioni federali vengono in seguito riprese nel diritto intercantonale (CIAP) e poi nel diritto cantonale. Questa armonizzazione delle basi legali è auspicabile anche perché la frammentazione del diritto riduce la trasparenza, aumenta l'incertezza giuridica e ostacola la concorrenza.

46. Il presente capitolo presenta il contesto (7.1) e l'approccio agli emolumenti di protezione nella versione attuale del testo di legge (7.2).

7.1 Contesto

47. Il 30 maggio 2018 il consigliere nazionale Thomas Ammann ha presentato un'interrogazione per ottenere il parere del Consiglio federale a proposito di un'aggiudicazione delle FFS su SIMAP. Il bando, riguardante la sostituzione di sistemi di batterie 36V, prevede-

va che la documentazione del bando fosse trasmessa dopo il versamento di un emolumento di protezione di 20'000 franchi³⁸. Il 4 giugno 2018 il Consiglio federale ha risposto come segue:

«Das Instrument der Schutzgebühr ist vergaberechtlich zulässig. Die Schutzgebühr ist explizit vorgesehen bei Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben, welche in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen geregelt sind. Gemäss Auskunft nutzen die SBB das Instrument in Fällen, in denen die Vergabeunterlagen spezifisches Know-how enthalten, welches es zu schützen gilt und deshalb nicht einem breiten Kreis zugänglich gemacht werden soll. Damit soll verhindert werden, dass die Unterlagen auf simap.ch heruntergeladen werden ohne konkretes Interesse, ein Angebot einzureichen. Dies trifft gemäss SBB im vorliegenden Fall zu. Die Höhe der Schutzgebühr wird im Verhältnis zum Vergabevolumen angesetzt. Im vorliegenden Fall beläuft sich das Vergabevolumen auf einen hohen einstelligen Millionenbetrag. Die Gebühr wird nach Abschluss des Beschaffungsverfahrens den Anbieterinnen zurückbezahlt. Der Bundesrat beurteilt diese SBB-Praxis nicht. Diese liegt in der operativen Verantwortung der Unternehmung.».

48. Gli appalti pubblici delle FFS si fondano sulla legislazione federale in materia di appalti pubblici, e in particolare sulla LAPub. Nella sua risposta, il Consiglio federale non motiva ulteriormente l'ammissibilità dell'emolumento di protezione dal punto di vista di tale legislazione. Si basa verosimilmente sull'allegato 4 capoverso 1 numero 8 OAPub, secondo cui il bando di concorso di una commessa nella procedura libera o selettiva deve contenere eventuali fideiussioni e garanzie richieste. Occorre tuttavia chiedersi se la nozione di emolumento di protezione possa essere equiparata alle nozioni di fideiussione o di garanzia (cfr. n. 10 sopra). Le fideiussioni e le garanzie sono generalmente utilizzate per la stipulazione di un contratto. Il rapporto esplicativo concernente la modifica dell'OAPub non contiene considerazioni su queste due nozioni³⁹.

7.2 Revisione della legge

49. La LAPub è attualmente sottoposta a revisione. Il messaggio del 15 febbraio 2017 concernente la revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici sottolinea a più riprese che la legislazione sugli appalti pubblici si fonda sulla trasparenza, che va ulteriormente aumentata⁴⁰. Nel suo disegno di legge, il Consiglio federale prevede che nel bando pubblicato siano indicati l'indirizzo al quale può essere ottenuta la documentazione del bando ed eventuali tasse per ottenere detta documentazione (art. 35 lett. s D-LAPub). Il Consiglio degli

³⁵ Per maggiori informazioni: cfr. rapporto della Segreteria della COMCO, Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts des Bundes, DPC 2006/2, pag. 392 segg., pag. 401.

³⁶ BEYELER (nota 28), marg. 214 seg.

³⁷ BEYELER (nota 28), marg. 150.

³⁸ Interrogazione 18.5263; disponibile all'indirizzo: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20185263>.

³⁹ Cfr. rapporto esplicativo del 1° gennaio 2010 concernente la modifica dell'ordinanza sugli acquisti pubblici (OAPub).

⁴⁰ Messaggio del 15 febbraio 2017 concernente la revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici, FF 2017 1587, in particolare pag. 1607.

Stati si è allineato a questa proposta. Il Consiglio nazionale, dal canto suo, ha adottato l'articolo 11 lettera f D-LAPub, secondo cui il committente rinuncia a riscuotere tasse per l'ottenimento della documentazione del bando, e ha eliminato il passaggio dell'articolo 35 lettera s D-LAPub che tratta delle tasse⁴¹. Il Parlamento non si è ancora pronunciato in merito.

8. Raccomandazione

50. Riassumendo, la COMCO giunge alle seguenti conclusioni:

A Considerazioni

A-1 La **riscossione di emolumenti di protezione** per la trasmissione della documentazione del bando in caso di appalti pubblici cantonali o comunali costituisce, di norma, una discriminazione ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LMI, e quindi una violazione di questa disposizione.

A-2 La protezione dei segreti commerciali e la protezione dei diritti d'autore non costituiscono, ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI, motivi che possano giustificare la restrizione del libero accesso al mercato poiché, conformemente al principio di proporzionalità, sono possibili anche altre misure meno vincolanti.

Se i motivi adottati non adempiono le condizioni di cui all'articolo 3 capoverso 1 LMI, la restrizione del libero accesso al mercato costituisce una **violazione dell'articolo 5 LMI**. Spetta ai servizi di aggiudicazione fornire altri motivi validi secondo l'articolo 3 capoverso 1 LMI.

A-3 Possono essere prese in esame **altre misure più lievi**:

- stipulazione di accordi contrattuali (p. es. accordi di riservatezza);
- scelta di una procedura selettiva;
- diffusione graduale della documentazione del bando;
- rifiuto dell'accesso alla documentazione del bando fondato sul divieto di abuso del diritto.

B Raccomandazione

B-1 La COMCO raccomanda di **rinunciare agli emolumenti di protezione** per la trasmissione della documentazione del bando in caso di appalti pubblici cantonali o comunali.

⁴¹ Oggetto 17.019, tabella sinottica del 6 febbraio 2019, disponibile all'indirizzo: <https://www.parlament.ch>.

B 2.8

7. Stellungnahme der WEKO vom 29. Januar 2018 zur Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 12.9.2017 betreffend Submission

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. Januar 2018 zur Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 12. September 2017 betreffend Submission (2C_861/2017)

1 Formelles

1. Die vorliegende Eingabe wurde am 31. Januar 2018 der Schweizerischen Post übergeben. Die mit Verfügung vom 15. Dezember 2017 erstreckte Frist ist damit gewahrt.

2. Die WEKO begrüsst es, in bundesgerichtlichen Verfahren zur Stellungnahme eingeladen zu werden, insbesondere im Bereich von kantonalen und kommunalen Beschaffungen, welche in den Geltungsbereich des Binnenmarktrechts und somit in den Kompetenzbereich der WEKO fallen.

3. Die WEKO ist zuständig für die Beaufsichtigung der Einhaltung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt¹ (Binnenmarktgesetz, BGBM) durch Bund, Kantone und Gemeinden und verfügt in dieser Hinsicht über ein Beschwerderecht (Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM). Die Nichteinhaltung des anzuwendenden kantonalen Vergaberechts führt zu einer Verletzung des Binnenmarktrechts und insbesondere von Art. 5 BGBM².

4. Die Stellungnahme der WEKO erfolgt gestützt auf Art. 10 Abs. 2 BGBM und Art. 102 i.V.m. Art. 89 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht³ (BGG). Die erstinstanzliche Beschwerde betraf die Ausschreibung der Vergabe des Leistungsauftrages für spitalexterne Krankenpflegeleistungen (Spitex) und somit eine Zwischenverfügung im Sinne des Vergaberechts. Zur Anfechtung dieser Zwischenverfügung macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a und b BGG erfüllt seien. Ebenso würde der massgebende Schwellenwert gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erreicht und es handle sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG, weshalb die Beschwerde trotz Vorliegens eines Entscheids auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen zulässig sei.

5. Aus Sicht der WEKO stellt sich im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des Binnenmarktrechts ebenfalls eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, da Art. 5 BGBM bezüglich des Vorliegens einer öffentlichen Beschaffung auf die Vorschriften des kantonalen oder interkantonalen Rechts verweist. Die Qualifizierung der Übertragung von Spitex-Dienstleistungen an private Organisationen als öffentlichen Auftrag und somit die Anwendung des Beschaffungsrechts und von Art. 5 BGBM erfolgt in den Kantonen unterschiedlich. Ebenso herrscht in der Lehre Uneinigkeit über diese Frage.⁴ Die WEKO ist der Ansicht, dass damit auch unter dem binnenmarktrechtlichen Aspekt eine höchstrichterliche Klä-

rung erforderlich ist und hat sich deshalb zur Einreichung einer Stellungnahme entschieden.

2 Materielles

6. Die WEKO stützt sich bei der Ausarbeitung der vorliegenden Stellungnahme auf den im Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 12. September 2017 dargelegten Sachverhalt. Die für die vorliegende Stellungnahme relevanten Sachverhaltselemente werden nachfolgend kurz zusammengefasst.

2.1 Sachverhalt

7. Am 26. Juni 2017 kündigte die Gemeinde Aarburg die seit 26. Februar 2010 bestehende Leistungsvereinbarung für Spitex-Leistungen zwischen dem Frauenverein Spitex Aarburg und der Einwohnergemeinde Aarburg per 31. Dezember 2017. Zur Neuvergabe dieses Auftrags lud der Gemeinderat Aarburg mit Schreiben vom 11. August 2017 den Frauenverein Spitex Aarburg sowie drei weitere gemeinnützige Organisationen zur Einreichung einer Offerte ein, wobei dem Einladungsschreiben ein Anforderungskatalog beigelegt war.

8. Am 22. August 2017 erhob der Frauenverein Spitex Aarburg Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, mit welcher die Ausschreibungsunterlagen und u.a. die Gewichtung der Zuschlagskriterien gerügt wurden. Die Einwohnergemeinde Aarburg beantragte mit Beschwerdeantwort vom 5. September 2017 die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

9. Mit Urteil vom 12. September 2017 trat das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht ein. Zur Begründung wurde angeführt, dass die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht anwendbar seien, da Art. 10 Abs. 1 lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen⁵ die Vergabe von Aufträgen an Behindertenorganisationen, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafanstalten ausdrücklich vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausnehme. Im vorliegenden Fall habe der Gemeinderat Aarburg ausschliesslich gemeinnützige Organisationen bzw. nicht gewinnorientierte juristische Personen zur Einreichung einer Offerte für spitalexterne Krankenpflegeleistungen eingeladen, weshalb die Erteilung des Leistungsauftrages nicht den

¹ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02).

² BGE 141 II 113 E.3.1.5.

³ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110).

⁴ Siehe Beschwerde vom 5. Oktober 2017 gegen das Urteil WBE.2017.347 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 12. September 2017, S. 4 ff.

⁵ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (IVöB; SR 172.056.5).

Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstehe. Gegen dieses Urteil erhob der Frauenverein Spitex Aarburg Beschwerde ans Bundesgericht.

2.2 Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts und von Art. 5 BGBM

10. Zur Klärung der Frage, ob eine Verletzung des Binnenmarktrechts, insbesondere von Art. 5 BGBM vorliegt, ist zunächst zu prüfen, ob das öffentliche Beschaffungsrecht und somit die entsprechenden binnenmarktrechtlichen Bestimmungen auf die Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen Anwendung finden. Da die Regeln des Beschaffungsrechts für die Vergabe von «öffentlichen Aufträgen» gelten⁶, wird vorab anhand der Praxis und Literatur diskutiert, ob die Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen an private Organisationen einen öffentlichen Auftrag darstellt.

2.2.1 Vorliegen eines öffentlichen Auftrags

11. Bei der Übertragung von Spitex-Aufgaben auf private Organisationen wird die Frage des Vorliegens eines öffentlichen Auftrags, welcher aus der Übertragung einer vom Staat finanzierten, öffentlichen Aufgabe auf kommerzieller Basis bestehen kann, in der Praxis und Literatur unterschiedlich beantwortet. So ging das Verwaltungsgericht Zürich vor einiger Zeit bei der Übertragung der Spitex-Aufgaben auf private Organisationen zunächst von keiner öffentlichen Beschaffung aus, da nicht der Staat, sondern Privatpersonen «Konsumenten» der zu erbringenden Dienstleistung seien und somit keine Übertragung einer öffentlichen Aufgabe vorliege. Das Gemeinwesen habe eine ähnliche Stellung wie bei der Konzessionserteilung⁷. Diese Auffassung bezüglich des Nichtvorliegens einer öffentlichen Aufgabe wird heute nicht mehr vertreten, zumal für die Kantone nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung die Möglichkeit besteht, die spitalexterne Pflege zur Gemeindeangelegenheit und somit zur öffentlichen Aufgabe zu erklären⁸. Gemäss § 11 des Pflegegesetzes des Kantons Aargau⁹ sind die Gemeinden für die Spitex-Leistungen zuständig. Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat somit in den Erwägungen 2.3.2. ff. seines Urteils vom 12. September 2017 nach Auffassung der WEKO zu Recht festgehalten, dass die spitalexterne Krankenpflege im Kanton Aargau eine öffentliche Aufgabe darstellt.

12. Die Zulassung zur Erbringung dieser öffentlichen Aufgabe kann in einem solchen Fall einen öffentlichen Auftrag darstellen, sofern die Leistung eines Entgelts aus öffentlichem Vermögen für die Finanzierung der Tätigkeit und eine kommerzielle Motivation des Leistungserbringers vorliegen¹⁰. Dabei kann auch eine indirekte öffentliche Finanzierung, wie die Schadloshaltung der Patienten durch die Grundversicherung aufgrund der Verpflichtung der Gemeinde zur Erbringung dieser Leistung ausreichen, um Vergaberecht anzuwenden¹¹. Die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts ist zudem angezeigt, wenn der Staat öffentliche Gelder rechtmässig aufwendet¹². Dies gilt auch, wenn der Staat eine Leistung vorfinanziert, die direkt von der Leistung profitierende Personengruppe aber letztlich selber die vollen Kosten oder einen Anteil davon trägt¹³.

13. Die Vorinstanz schliesst eine kommerzielle Motivation des Frauenvereins Spitex Aarburg und somit die An-

wendung des Beschaffungsrechts gemäss der Ausnahmebestimmung in Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB aus. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB, wonach Aufträge an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen, aufgrund seines Ausnahmecharakters eng auszulegen ist¹⁴. Die IVöB hat die Mindestanforderungen des Binnenmarktrechts zu beachten, so auch den diskriminierungsfreien Marktzugang und die Publikationsvorschriften gemäss Art. 5 BGBM¹⁵. Da die Ausnahmebestimmungen in Art. 10 IVöB eine Beschränkung des Marktzugangs darstellen, erscheint eine enge Auslegung dieser Ausnahmebestimmungen auch unter diesem Gesichtspunkt als angezeigt.

14. Bei der Beurteilung des Vorliegens einer Wohltätigkeitseinrichtung ohne kommerzielle Motivation ist nicht nur der soziale Zweck, sondern sind auch sämtliche konkrete Umstände des Auftrags zu berücksichtigen¹⁶. Der Umstand, dass es um Leistungen des Sozialbereichs geht, bedeutet für sich genommen definitiv nicht, dass das zugrundeliegende Geschäft nichtkommerzieller Natur wäre. Es geht hier nicht um den Gegenstand des Auftrags und auch nicht um die damit verfolgten Ziele, sondern einzig darum, ob der Auftragnehmer aus kommerziellen Motiven handelt und ob er auf kommerzieller Basis beauftragt wird. Nur die Kombination aus nichtkommerzieller grundsätzlicher Zwecksetzung der Institution, den im Einzelfall nichtkommerziellen Absichten dieser Institution mit Bezug auf die fragliche Leistungserbringung sowie der tatsächlich nichtkommerziellen Ausgestaltung des Geschäfts führt dazu, dass das Geschäft nicht als öffentlicher Auftrag gilt und daher ohne Beachtung des Vergaberechts vergeben werden darf¹⁷. Eine Nichtanwendung des Vergaberechts ist nur gerechtfertigt, wenn es darum geht, schutzbedürftige Auftragnehmer zu unterstützen, nicht jedoch wenn die Auswahl des die Dienstleistung am besten und günstigsten erbringenden Anbieters das Ziel ist¹⁸.

⁶ NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, in: ZSR 2/2014, 219–252, 223.

⁷ Urteil VB.2000.00126 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. August 2000, E. 2 bb.

⁸ HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 5 BöB N 20; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER (Hrsg.), Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz 200; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz 858.

⁹ Pflegegesetz des Kantons Aargau vom 26. Juni 2007 (PflG; SAR 301.200).

¹⁰ BEYELER (Fn 8), Geltungsanspruch, Rz 856.

¹¹ BEYELER (Fn 8), Geltungsanspruch, Rz 862, 868; DIEBOLD (Fn 6), Öffentliche Ausschreibung, 232.

¹² BGE 135 II 49, E. 5.2.2.

¹³ DIEBOLD (Fn 6), Öffentliche Ausschreibung, 231.

¹⁴ Urteil 7H 13 98 des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 12. Februar 2014, E. 13.

¹⁵ Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, 1270.

¹⁶ MARTIN BEYELER/STEFAN SCHERLER, 1. Geltungsberich/Champ d'application, BR 2016 41–44, 44; Urteil VGer LU 7H 13 98, E. 13 [Fn 14]; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 8), Rz 186.

¹⁷ BEYELER (Fn 8), Geltungsanspruch, Rz 715 f.

¹⁸ Urteil VB.2007.00531 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 01. Oktober 2008, E. 3.4.8.

15. Vorliegend hat die Einwohnergemeinde Aarburg ein Einladungsverfahren durchgeführt, um den für die Gemeinde günstigsten Anbieter von Spitex-Leistungen auszuwählen. Den Ausschreibungsunterlagen lässt sich entnehmen, dass die Einwohnergemeinde für den Spitex-Leistungsauftrag jenen Anbieter auswählen wollte, welcher die bestmögliche Qualität zu einem konkurrenzfähigen Preis anbietet. Dabei wurde das Zuschlagskriterium Preis mit 80 % gewichtet¹⁹. Die Durchführung des Einladungsverfahrens erfolgte somit auch aus Rentabilitätsgründen. Daraus lässt sich schliessen, dass nicht die Unterstützung eines schutzbedürftigen Auftragnehmers entscheidend war, sondern das Eruiieren des Anbieters, welcher die Dienstleistung am besten und günstigsten erbringt. Der vormaligen Leistungsvereinbarung von 2010 zwischen dem Frauenverein Spitex Aarburg und der Einwohnergemeinde Aarburg lässt sich entnehmen, dass die Spitex-Dienstleistungen wirtschaftlich zu erbringen sind²⁰. Ausgehend davon, dass die neue Leistungsvereinbarung ebenfalls eine wirtschaftliche Leistungserbringung vorsieht, spricht auch dies für die Beauftragung auf kommerzieller Basis. Eine tatsächlich nichtkommerzielle Ausgestaltung des Geschäfts erscheint vor diesem Hintergrund nicht wahrscheinlich.

16. Zusätzlich kann von einer kommerziellen Motivation und wirtschaftlichen Tätigkeit seitens des Frauenvereins Spitex Aarburg ausgegangen werden. Der Frauenverein Spitex Aarburg verfolgt zwar den ideellen Zweck der Sicherstellung der spitalexternen Pflege der Einwohner von Aarburg, jedoch ist die konkret in Frage stehende Tätigkeit der wirtschaftlichen Erfüllung des Leistungsauftrages, welche die Anstellung von Personal und die Bezahlung der Löhne und Infrastruktur mit sich bringt, als kommerzielle Tätigkeit zur Erfüllung dieser ideellen Zielsetzung anzusehen.

17. Gestützt auf diese Ausführungen kommt die WEKO zum Schluss, dass die Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen im vorliegenden Fall eine kommerziell motivierte, wirtschaftliche Tätigkeit und zumindest indirekt vom Staat finanzierte Übertragung einer öffentlichen Aufgabe darstellt. Demzufolge liegt ein öffentlicher Auftrag vor, welcher die Anwendbarkeit des Vergaberechts und damit auch der mit diesem in Zusammenhang stehenden binnenmarktrechtlichen Bestimmungen nach sich zieht.

2.2.2 Anforderungen an öffentliche Beschaffungen gemäss Art. 5 BGBM

18. Wenn eine öffentliche Beschaffung bei der Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen vorliegt, hat dies zur Folge, dass diese den Anforderungen in Art. 5 BGBM zu genügen hat. Die binnenmarktrechtlichen Vorschriften über die öffentliche Beschaffung bestehen grundsätzlich aus vier Komponenten, namentlich dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, dem Transparenzgebot, dem Verweis auf das interkantonale, kantonale und internationale Beschaffungsrecht (Art. 5 BGBM) sowie dem Rechtsschutz (Art. 9 Abs. 1 BGBM). Von den Mindestanforderungen gemäss Art. 5 BGBM darf nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM abgewichen werden. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM kommt unabhängig von jeglichen Schwellenwerten zum Tragen.

Die Publikationspflicht gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM gilt hingegen ausschliesslich für «umfangreiche Beschaffungen». Ein Abweichen von Art. 5 Abs. 1 und 2 BGBM stellt eine Marktzugangsbeschränkung dar, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM zulässig ist²¹. Die in Art. 5 BGBM geforderten Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz sind massgebend für die öffentlichen Beschaffungen und für das kantonale und kommunale Beschaffungsrecht, wobei die konkreten beschaffungsrechtlichen Vorschriften wie Schwellenwerte und Vergabeverfahren, Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, Anforderungen an technische Spezifikationen, Eignungs- und Zuschlagskriterien, Ausschlussgründe usw. diesen vergaberechtlichen Grundsätzen des Binnenmarktrechts zu genügen haben. Daraus folgt, dass Verstösse gegen die IVöB gleichzeitig auch als Verstoß gegen Art. 5 BGBM zu qualifizieren sind²².

19. Art. 5 Abs. 1 BGBM verankert den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen auf Kantons- und Gemeindeebene. Dieser Grundsatz wirkt nicht nur zugunsten ortsfremder, sondern auch zugunsten ortsansässiger Anbieter. Art. 5 Abs. 1 BGBM wirkt sich folglich als allgemeines Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot für das kantonale und kommunale Beschaffungswesen aus.²³

20. Das Vorliegen einer «umfangreichen Beschaffung» und somit einer Publikationspflicht gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM bestimmt sich durch das öffentliche Beschaffungsrecht. Dabei werden in den Anhängen 1 und 2 der IVöB die Schwellenwerte für die Vergabeverfahren unter Berücksichtigung des Binnenmarktrechts festgesetzt. Die unter gewissen Schwellenwerten vorgesehenen freihändigen Vergabeverfahren und Einladungsverfahren stellen in Abweichung von Art. 5 Abs. 1 und 2 BGBM eine Marktzugangsbeschränkung dar, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM zulässig ist. Entsprechend müssen die kantonalen Schwellenwerte und die daraus abgeleiteten Vergabeverfahren gleichermassen für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein²⁴. Die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung bei Dienstleistungen wird gemäss Anhang 2 der IVöB ab einem Schwellenwert von CHF 250'000.- vorgesehen.

¹⁹ Ausschreibung der Gemeinde Aarburg vom 11. August 2017.

²⁰ Leistungsvereinbarung zwischen der Einwohnergemeinde Aarburg und der Spitex-Organisation Aarburg vom Februar/März 2010, S. 2 (3. Grundsätze).

²¹ NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013, 180.

²² DIEBOLD (Fn 21), Beschwerdelegitimation, 184.

²³ BGE 125 I 406, 408 E. 2; Urteil des BGer 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000, E. 1c; aus der Literatur: MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), OFK-Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 5 BGBM N 1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 8), Rz 55; ETIENNE POLTIER/EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. 9 BGBM N 104; DIEBOLD (Fn 21), Beschwerdelegitimation, 180.

²⁴ DIEBOLD (Fn 21), Beschwerdelegitimation, 180 f.

21. Gemäss Beschwerde des Frauenvereins Spitex Aarburg lag der Gemeindeanteil und somit der Wert des Leistungsauftrags im Jahre 2016 bei rund CHF 495'000.²⁵ womit der massgebliche Schwellenwert von CHF 250'000.- überschritten wird, davon ausgehend, dass der neue Leistungsauftrag ungefähr den gleichen Rahmen umfassen wird. Das Abweichen von einer öffentlichen Ausschreibung und der Publikationspflicht in Art. 5 Abs. 2 BGBM für die Vergabe dieses öffentlichen Auftrages ist somit nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM möglich. Hinweise auf eine diskriminierende Ausgestaltung der Ausschreibung gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM sind aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Jedoch könnte die Durchführung eines Einladungsverfahrens, mit dem Ausschlusskriterium der Gemeinnützigkeit einer Organisation, eine Benachteiligung von Spitex-Dienstleistern mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM darstellen, welche nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig wäre.

2.2.3 Beschränkungen des Marktzugangs gemäss Art. 3 BGBM

22. Die Durchführung eines Einladungsverfahrens, mit welchem offenbar nur gemeinnützige Anbieter von Spitex-Dienstleistungen zur Einreichung einer Offerte eingeladen wurden, stellt eine Beschränkung des freien Marktzugangs dar. Indem das gemäss Beschaffungsrecht falsche Verfahren angewendet wurde, hat eine Benachteiligung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM anderer an der Teilnahme am Vergabeverfahren interessierter Organisationen stattgefunden. Folglich stellt sich die Frage, ob diese den Anforderungen von Art. 3 BGBM zu genügen vermag und somit gerechtfertigt war.

23. Nicht publizierte und diskriminierende Vergaben in Abweichung zu Art. 5 BGBM sind nur zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 - 3 BGBM erfüllt sind. Unter anderem ist vorausgesetzt, dass die Abweichung von Art. 5 BGBM zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und c BGBM).

24. Vorliegend wurde die Durchführung des Einladungsverfahrens und damit die Marktzugangsbeschränkung bei der Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen von der Vorinstanz dadurch gerechtfertigt, dass eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB vorliege, zumal nur gemeinnützige Organisationen zur Einreichung einer Offerte eingeladen wurden²⁶. Wie bereits dargelegt, teilt die WEKO diese Auffassung aufgrund der kommerziellen Ausgestaltung des Auftrages nicht, weshalb die Marktzugangsbeschränkung mit dieser Argumentation nicht gerechtfertigt werden kann. Es obliegt der Vergabestelle, die den Marktzugang beschränkt, darzulegen, dass die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt sind.²⁷

25. Die Einwohnergemeinde Aarburg legt nicht weiter dar, und es ist aus den Akten auch nicht ersichtlich, inwiefern die Durchführung des Einladungsverfahrens durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt werden und verhältnismässig sein könnte. Auch wenn davon ausgegangen würde, dass die Erbringung von

Spitex-Dienstleistungen durch eine nicht primär auf Gewinn orientierte Institution im öffentlichen Interesse sein kann, schiene es unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit dennoch nicht gerechtfertigt, die Auswahl dieser Institution durch ein Einladungsverfahren einzuschränken, zumal dieses Kriterium auch im Verfahren der öffentlichen Ausschreibung berücksichtigt hätte werden können. Im Weiteren ist nicht ersichtlich, welche Vorteile die Durchführung eines Einladungsverfahrens gegenüber der öffentlichen Ausschreibung für die Auswahl des dem öffentlichen Interesse am besten entsprechenden Anbieters haben könnte, zumal aus den Unterlagen hervorgeht, dass das Ziel der Einwohnergemeinde die Eruerung des besten und günstigsten Anbieters war²⁸.

26. Die WEKO kommt zum Schluss, dass die Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen mittels Einladung von vier gemeinnützigen Organisationen, die in Art. 5 BGBM festgelegten Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verletzt. Die Vergabe hätte unter Beachtung des öffentlichen Beschaffungsrechts im Verfahren der öffentlichen Ausschreibung stattfinden müssen.

2.3 Ausschreibung für die Nutzung eines Monopols gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM

27. Sollte das Bundesgericht zum Schluss gelangen, dass die beschaffungsrechtlichen Vergaberegeln in diesem Fall nicht anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob zur Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen dennoch eine öffentliche Ausschreibung gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM hätte durchgeführt werden sollen.

28. Art. 2 Abs. 7 BGBM sieht vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private öffentlich ausgeschrieben werden muss. Diese Bestimmung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch auf Sondernutzungskonzessionen anwendbar²⁹. Dabei handelt es sich um eine vergaberechtliche Marktzugangsregel, welche unabhängig vom Beschaffungsrecht und somit vom Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung zur Anwendung kommen kann³⁰. Art. 2 Abs. 7 BGBM zielt darauf ab, dass der Marktzutritt im Fall einer regulatorisch begründeten oder faktisch bedingten Beschränkung der Anbieterzahl über eine öffentliche Ausschreibung auszugestalten ist. Kantone und Gemeinden sind nicht verpflichtet, das Beschaffungsrecht direkt oder per Analogie auf die Übertragung der Nutzung von Monopolen auf Private anzuwenden, können sich jedoch daran inspirieren oder Regeln daraus freiwillig anwenden³¹. Die Vergabestelle kann aber auch unter Einhaltung der Mindeststandards von Art. 2 Abs. 7 BGBM sowie des Rechtsschutzes gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM ein eigenes Vergabeverfahren kreieren. Verlangt

²⁵ Beiträge der Gemeinde Aarburg für die Jahre 2014–2016.

²⁶ Urteil WBE.2017.347 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 12. September 2017, E. 2.

²⁷ Urteil des BGer 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011, E. 3.3.

²⁸ Ausschreibung der Gemeinde Aarburg vom 11. August 2017.

²⁹ Urteil des BGer 2C_380/2016 vom 1. September 2017, E. 4.3.1.

³⁰ BGE 143 II 120, E. 6.3.1.

³¹ BGE 135 II 49, E. 4.1; DIEBOLD (Fn 6), Öffentliche Ausschreibung, 224 f.

sind mindestens eine öffentliche Ausschreibung (unter Publikation der sachlichen Bewertungskriterien) sowie eine diskriminierungsfreie Durchführung des Verfahrens, wobei ein Einladungsverfahren diesen Anforderungen nicht zu genügen vermag. Abweichungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM stellen generell eine Marktzugangsbeschränkung dar. Daher gelten die Einschränkungs Voraussetzungen von Art. 3 BGBM auch ohne expliziten Verweis in Art. 2 Abs. 7 BGBM für die Vergabe der Nutzung von Monopolen.³²

29. Wie bereits oben ausgeführt³³, stellt die Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen vorliegend die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe dar. Es bleibt somit zu klären, ob im Bereich der Spitex-Dienstleistungen ein Monopol der Gemeinde gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM besteht, dessen Übertragung auf Private die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung mit sich bringt.

30. Gemäss § 11 PflG AG sind im Kanton Aargau die Gemeinden für die Spitex-Leistungen zuständig. Eine solche gesetzliche Einordnung der Spitex-Leistungen als öffentliche Gemeindeaufgabe kann als eine Art rechtliches kommunales Monopol qualifiziert werden³⁴. Wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten wurde³⁵, übernimmt die obligatorische Krankenversicherung Spitex-Leistungen nur, wenn diese von einem zugelassenen Leistungserbringer erbracht werden (Art. 35 Abs. 2 lit. e KVG³⁶). Ein Monopol liegt insofern vor, als Spitex-Leistungen zulasten der Grundversicherung der Gemeinde vorbehalten sind. Faktisch wird von diesem Monopol zudem häufig auch ein Teil der nicht zur Abrechnung zulasten der Grundversicherung berechtigten spitalexternen Leistungen erfasst, soweit es sich bei diesen Leistungen um solche handelt, die mit der Grundversicherungsleistung zumindest nach subjektivem Konsumentenempfinden eng zusammenhängen und daher in aller Regel von den Patienten beim Grundversicherungsanbieter bezogen werden³⁷. Beauftragt die Gemeinde einen Privaten mehr oder minder exklusiv mit der Erbringung der ihr rechtlich vorbehaltenen Spitex-Leistungen, liegt somit eine Übertragung des kommunalen Monopols vor, welche gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM auf dem Weg der öffentlichen Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren darf.

31. Soweit aus den Beschwerdeunterlagen ersichtlich, beabsichtigte die Einwohnergemeinde Aarburg vorliegend einen Leistungsauftrag mit einer Spitex-Organisation zur exklusiven Erbringung der ihr rechtlich vorbehaltenen Spitex-Leistungen abzuschliessen. Diese Leistungsvereinbarung hat die Übertragung eines kommunalen Monopols auf eine private Organisation zum Gegenstand. Dies führt zur Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM und somit zur Pflicht der Übertragung der Nutzung dieses kommunalen Monopols auf dem Weg einer öffentlichen Ausschreibung unter diskriminierungsfreier Durchführung des Verfahrens. Das von der Einwohnergemeinde Aarburg gewählte Einladungsverfahren genügt diesen Anforderungen nicht³⁸. Die Marktzugangsbeschränkung kann zudem nicht gerechtfertigt werden (Art. 3 BGBM)³⁹.

32. Gestützt auf diese Ausführungen kommt die WEKO zum Schluss, dass auch unter dem Aspekt der Übertragung von kommunalen Monopolen auf Private gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM die Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen auf dem Wege der öffentlichen Ausschreibung in einem diskriminierungsfreien Verfahren hätte stattfinden müssen. Die Frage der Verletzung von Art. 2 Abs. 7 BGBM stellt sich gemäss der Systematik des Binnenmarktgesetzes jedoch nur, wenn die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts verneint wird. Fällt ein kantonaler bzw. kommunaler Auftrag in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts und liegt eine korrekte Vergabe des Auftrages nach den beschaffungsrechtlichen Regeln vor, sind auch die Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfüllt.

2.4 Fazit

33. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach Auffassung der WEKO die Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen einen öffentlichen Auftrag darstellt, welcher die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts und somit von Art. 5 BGBM erfordert. Aus binnenmarktrechtlicher Sicht ist die Durchführung des Einladungsverfahrens anstelle einer öffentlichen Ausschreibung mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Transparenz in Art. 5 BGBM nicht vereinbar. Sollte die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts verneint werden, ist die WEKO der Ansicht, dass diesfalls eine diskriminierungsfreie öffentliche Ausschreibung gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM hätte stattfinden müssen, da es sich bei der Erteilung des Leistungsauftrages für Spitex-Dienstleistungen um die Übertragung eines kommunalen Monopols auf eine private Organisation handelt.

³² DIEBOLD (Fn 6), Öffentliche Ausschreibung, 224 f.

³³ Siehe oben Rz 11 ff.

³⁴ BEYELER (Fn 8), Geltungsanspruch, Rz 858 f.

³⁵ Urteil VGer AG WBE.2017.347 (Fn 26), E. 2.3.2.

³⁶ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

³⁷ BEYELER (Fn 8), Geltungsanspruch, Rz 859.

³⁸ Siehe oben Rz 26.

³⁹ Siehe oben Rz 24, analog zur Einschränkung von Art. 5 BGBM.

B 2.8

8. Stellungnahme der WEKO vom 23. April 2018 zur Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 18.12.2017 betreffend Submission

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. April 2018 zur Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 18. Dezember 2017 betreffend Submission (2C_111/2018)

1 Grundlagen zur Stellungnahme der WEKO

1. Die WEKO begrüsst es, in bundesgerichtlichen Verfahren zur Stellungnahme eingeladen zu werden, insbesondere im Bereich von kantonalen und kommunalen Beschaffungen, welche in den Geltungsbereich des Binnenmarktrechts und somit in den Kompetenzbereich der WEKO fallen. Die vorliegende Eingabe wurde am 26. April 2018 unter Wahrung der angesetzten Frist der Schweizerischen Post übergeben.

2. Die WEKO ist zuständig für die Beaufsichtigung der Einhaltung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt¹ (Binnenmarktgesetz, BGBM) durch Bund, Kantone und Gemeinden und verfügt in dieser Hinsicht über ein Beschwerderecht (Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM). Die Nichteinhaltung des anzuwendenden kantonalen Vergaberechts führt zu einer Verletzung des Binnenmarktrechts und insbesondere von Art. 5 BGBM².

3. Die Stellungnahme der WEKO erfolgt gestützt auf Art. 10 Abs. 2 BGBM und Art. 102 i.V.m. Art. 89 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht³ (BGG) und bezieht sich einzig auf den Anwendungsbereich des Binnenmarktrechts. Namentlich wird vorliegend Stellung genommen zur Frage der Zulässigkeit des Vergabekriteriums des Bürostandortes im Nachführungskreis unter dem Blickwinkel des BGBM. Die erstinstanzliche Beschwerde betraf die Vergabe der Nachführungsarbeiten der amtlichen Vermessung im Kreis Ost des Kantons Luzern. Das diesbezügliche Urteil des Kantonsgerichts Luzern ist ein verfahrensabschliessender Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz (Art. 86 Abs. 1 Bst. d BGG) im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens. Der Beschwerdeführer macht geltend, der massgebende Schwellenwert gemäss Art. 83 Bst. f Ziff. 1 BGG werde erreicht und es handle sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG, weshalb die Beschwerde auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen zulässig sei.

2 Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

4. Aus Sicht der WEKO stellt sich im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des Binnenmarktrechts ebenfalls eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. In den Ausschreibungsunterlagen für die Vergabe der Nachführungsarbeiten der amtlichen Vermessung im Kreis Ost des Kantons Luzern wird als Ausschreibungskriterium unter anderem der Bürostandort im Nachführungskreis genannt. Gemäss Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 18. Dezember 2017 handelte es sich bei dieser Voraussetzung um ein Eignungskriterium, welches erst nach Erteilung des Zuschlages erfüllt werden musste⁴. Dies geht jedoch nicht aus den Ausschreibungsunterla-

gen hervor⁵. In der Lehre und Rechtsprechung wurde die Frage bis anhin noch nicht geklärt, ob das Ausschreibungskriterium der Ortsansässigkeit zulässig sein kann, wenn es erst nach Erteilung des Zuschlages erfüllt sein muss. Insbesondere ist zu klären, ob dieses Kriterium marktzugangsbeschränkend im Sinne des BGBM für nicht ortsansässige Anbieter wirkt, wenn nicht aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgeht, in welchem Zeitpunkt es erfüllt sein muss, oder ob das Kriterium der Ortsansässigkeit generell, auch wenn es erst nach Zuschlag erfüllt sein muss, unter dem Aspekt der Nichtdiskriminierung von Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz bei öffentlichen Beschaffungen gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 BGBM unzulässig ist. Die WEKO ist der Ansicht, dass damit auch unter dem binnenmarktrechtlichen Aspekt eine höchstrichterliche Klärung erforderlich ist.

3 Sachverhalt gemäss vorinstanzlichem Verfahren

5. Die WEKO stützt sich bei der vorliegenden Stellungnahme auf den im Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 18. Dezember 2017 dargelegten Sachverhalt. Die für die vorliegende Stellungnahme relevanten Sachverhaltselemente werden nachfolgend kurz zusammengefasst.

6. Am 28. Juni 2017 reichte der bis anhin im Kreis Ost des Kantons Luzern zuständige Nachführungsgeometer A._____ die Kündigung per 31. Dezember 2017 ein. Als Folge dessen wurde die Nachführung der amtlichen Vermessung im Kreis Ost für die Zeit vom 1. Januar 2018 bis zum 31. März 2020 am 8. Juli 2017 im offenen Verfahren ausgeschrieben, worauf die Offerten von B._____ und C._____ eingingen. Der Regierungsratsbeschluss vom 24. Oktober 2017, welcher C._____ am 30. Oktober 2017 zugestellt wurde, erteilte den Zuschlag an B._____.

7. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss reichte C._____ am 7. November 2017 Beschwerde beim Kantonsgericht Luzern ein, in welcher er unter anderem geltend machte, dass der Zuschlagsempfänger B._____ die Eignungskriterien im Zeitpunkt der Zuschlagsverfügung nicht erfüllt habe, da er im Nachführungskreis nicht über ein Büro verfüge und daher vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

¹ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02).

² BGE 141 II 113 E.3.1.5.

³ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110).

⁴ Urteil 7H 17 320 des Kantonsgerichts Luzern vom 18. Dezember 2017, E. 3.5.

⁵ Unterlagen zur öffentlichen Vergabe der Nachführung der amtlichen Vermessung im Kreis Ost des Kantons Luzern, Ausschreibungsunterlagen vom 8. Juli 2017.

8. Mit Urteil vom 18. Dezember 2017 wies das Kantonsgericht Luzern die Beschwerde ab, wobei es festhielt, dass das Eignungskriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis im vorliegenden Fall erst im Zeitpunkt der Aufnahme des Mandats und nicht bereits bei Zuschlag erfüllt sein muss. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die beschaffungsrechtlichen Eignungs- und Zuschlagskriterien auch in binnenmarktrechtlicher Hinsicht bedeutsam sind, da diese Kriterien auch den durch das BGBM gewährleisteten Zugang zum Markt beeinflussen. Das Kantonsgericht Luzern erläuterte hierzu, dass das Eignungskriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis von der Natur des Vergabegegenstandes her erst im Zeitpunkt der Aufnahme des Mandates erfüllt sein müsse, da andernfalls gar keine auf Wettbewerb basierende Submission möglich wäre, zumal es im Kanton Luzern pro Nachführungskreis nur einen Nachführungsgeometer mit entsprechendem Büro im Kreis gebe. Das Kantonsgericht Luzern erachtete die Beschwerde auch bezüglich der übrigen Vorbringen insgesamt als unbegründet. Gegen dieses Urteil erhob C. _____ Beschwerde ans Bundesgericht.

4 Anwendung von Art. 5 BGBM

9. Das Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung ist unbestritten. Die unter anderem gestützt auf das Bundesgesetz über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeolG)⁶ erlassene Verordnung über die amtliche Vermessung (VAV)⁷ sieht in ihrem Art. 45 Abs. 2 vor, dass amtliche Vermessungen, die in einem bestimmten geografischen Raum zur ausschliesslichen Ausführung vergeben werden, öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Auf kantonaler Ebene hält § 14 des luzernischen Gesetzes über die Geoinformation und die amtliche Vermessung⁸ fest, dass Aufträge zur Beschaffung raumbezogener Daten nach dem Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vergeben werden. Damit werden die Übertragung der Nachführungsarbeiten an einen privaten Geometer dem luzernischen öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt, womit auch die entsprechenden binnenmarktrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen.

10. Die binnenmarktrechtlichen Vorschriften über das Beschaffungswesen sind insbesondere in Art. 5 BGBM enthalten und dienen der Umsetzung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkte. Dabei handelt es sich um eine bundesrechtliche Vorschrift, die direkt auf kantonale und kommunale Vergabeverfahren anwendbar ist⁹. Art. 5 BGBM sieht verschiedene Mindeststandards vor, die im Rahmen von kantonalen und kommunalen Beschaffungen einzuhalten sind. Dabei handelt es sich namentlich um den Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 5 Abs. 1 BGBM) sowie um die Publikationspflicht (Art. 5 Abs. 2 BGBM).

4.1 Zulässiges Ausschreibungskriterium gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM

11. Zunächst ist festzuhalten, dass das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 18. Dezember 2017 aus binnenmarktrechtlicher und wettbewerblicher Sicht insoweit zu begrüssen ist, da es die Beschwerde von C. _____ in Bezug auf den Ausschluss eines Anbieters aufgrund

der Nichterfüllung des Kriteriums des Bürostandortes im Nachführungskreis bei der Vergabe der Nachführungsarbeiten im offenen Verfahren abweist und festhält, dass dieses Kriterium erst nach Zuschlagserteilung erfüllt sein muss, da ansonsten überhaupt kein Wettbewerb bestehen könne¹⁰. Aus binnenmarktrechtlicher Sicht stellt sich jedoch grundsätzlich die Frage, ob das Ausschreibungskriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem es erfüllt sein muss, überhaupt zulässig ist, da eine Benachteiligung von Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz resultieren kann, welche Art. 3 BGBM widerspricht (Art. 5 Abs. 1 BGBM).

12. Art. 5 Abs. 1 BGBM verankert den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen auf Kantons- und Gemeindeebene. Gemäss dieser Bestimmung ist es insbesondere unzulässig, Anbieter direkt oder indirekt gestützt auf die Herkunft zu benachteiligen¹¹. Dieser Grundsatz wirkt sowohl zugunsten ortsfremder, als auch zugunsten ortsansässiger Anbieter. Art. 5 Abs. 1 BGBM wirkt sich folglich als allgemeines Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot für das kantonale und kommunale Beschaffungswesen aus.¹² Demzufolge haben sich die konkreten beschaffungsrechtlichen Vorschriften betreffend Schwellenwerte und Vergabeverfahren, Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sowie Anforderungen an technische Spezifikationen, Eignungs- und Zuschlagskriterien an die vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz im Sinne von Art. 5 BGBM zu halten.¹³ Hierzu besteht eine umfangreiche Praxis¹⁴. Dabei werden Vergaberegeln, welche auf den Wohnsitz oder die Geschäftsniederlassung abstellen als unzulässig erachtet, wenn sie nicht gerechtfertigt sind¹⁵. Als gerechtfertigt wurde das Zuschlagskriterium der Ortsansässigkeit in Fällen erachtet, in denen ein schnelles Intervenieren des

⁶ Bundesgesetz über Geoinformation vom 5. Oktober 2007 (Geoinformationsgesetz, GeolG; SR 510.62).

⁷ Verordnung über die amtliche Vermessung vom 18. November 1992 (VAV; SR 211.432.2).

⁸ Gesetz über die Geoinformation und die amtliche Vermessung vom 8. September 2003 (Geoinformationsgesetz, GIG; SRL 29).

⁹ EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. 5 BGBM N 32; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013, 184.

¹⁰ Urteil Kt.Ger LU 7H 17 320 (Fn 4), E. 3.4.

¹¹ NICOLAS DIEBOLD, Vergaberecht und Wettbewerb, in: 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht, Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 2017, 4.

¹² BGE 125 I 406, E. 2; Urteil des BGer 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000, E. 1c; aus der Literatur: MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Art. 5 BGBM N 1; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, N 55; CR Concurrence-POLTIER/CLERC (Fn 9), Art. 9 BGBM N 104; NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2/2014, 180; CR Concurrence-CLERC (Fn 9), Art. 5 BGBM N 109 u. 114.

¹³ DIEBOLD (Fn 12), Öffentliche Ausschreibung, 184.

¹⁴ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 12), N 920 ff.; vgl. dazu statt vieler PVG 2000 13/72, E.1.

¹⁵ EGV-SZ 1996, Nr. 56, 150 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 12), N 921 f.

Zuschlagsempfängers erforderlich ist, wie etwa bei Unterhaltsverträgen für Liftanlagen oder bei gewissen Informatikanlagen¹⁶.

13. Gemäss Urteil vom 18. Dezember 2017 des Kantonsgerichts Luzern ist das Kriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis als Eignungskriterium zu betrachten, welches erst im Zeitpunkt der Aufnahme des Mandats und nicht bereits bei Zuschlag erfüllt sein muss¹⁷. Es ist jedoch zu beachten, dass eine Präzisierung, wonach der Bürostandort erst später begründet werden könnte, in den Ausschreibungsunterlagen des Kantons Luzern offenbar nicht erfolgte¹⁸. Das Ausschreibungskriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis findet sich in den Ausschreibungsunterlagen bei den Eignungskriterien, ist jedoch ebenfalls bei den Zuschlagskriterien aufgeführt unter Bürostruktur / Geschäftsdomizil¹⁹. Dabei ist die Qualifizierung als Eignungs- oder Zuschlagskriterium vorliegend nicht von Bedeutung, da der Grundsatz der Nichtdiskriminierung für das gesamte Beschaffungsverfahren gilt. War es für einen Offerenten nicht ersichtlich, dass das Kriterium des Bürostandortes erst im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sein muss, handelt es sich um eine Vergaberegeln, welche sich bereits im Hinblick auf die Teilnahme am Vergabeverfahren diskriminierend und marktzugangsbeschränkend gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM auswirkt. Ansonsten würde dies zu einem Ausschluss von allen potentiellen Anbietern ausserhalb des Nachführungskreises führen.

14. Auch wenn der Argumentation des Kantonsgerichts Luzern gefolgt würde, wonach es einem Offerenten aufgrund der Natur des Vergabeverfahrens bewusst sein musste, dass das Eignungskriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis erst nach erfolgtem Zuschlag zu erfüllen war²⁰, ist dieses Kriterium als diskriminierend zu betrachten, da der Zusatzaufwand, welcher für einen nicht ortsansässigen Anbieter mit der Eröffnung eines Büros im Nachführungskreis verbunden ist, ressourcenintensiv ist und marktzugangsbeschränkend im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 BGBM wirkt. Ebenso kann es für nicht ortsansässige Anbieter bereits abschreckend wirken und sie vom Einreichen einer Offerte abhalten, wenn das Kriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis in den Ausschreibungsunterlagen genannt wird, unabhängig davon, in welchem Zeitpunkt dieses Kriterium erfüllt sein muss.

15. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das Kriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem es erfüllt sein muss, den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM verletzt und somit eine Marktzugangsschranke darstellt, welche nur zulässig ist, wenn sie gemäss Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden kann.

4.2 Frage der Rechtfertigung der Beschränkungen des Marktzugangs gemäss Art. 3 BGBM

16. Die Berücksichtigung des Kriteriums des Bürostandortes im Nachführungskreis bei der Vergabe der Arbeiten als Nachführungsgeometer stellt eine Diskriminierung von nicht ortsansässigen Anbietern und somit eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM dar. Demzufolge stellt sich die Frage, ob die Berücksichtigung des Kriteriums des Bürostandortes im

Nachführungskreis allenfalls gemäss Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden kann. Diese Frage war nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens, weshalb nachfolgend hypothetisch allfällige Rechtfertigungen geprüft werden.

17. Nicht publizierte und diskriminierende Vergaben in Abweichung zu Art. 5 BGBM sind nur zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 - 3 BGBM erfüllt sind. Unter anderem ist vorausgesetzt, dass die Abweichung von Art. 5 BGBM gleichermassen auch für ortsansässige Personen gilt, zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. a, b und c BGBM). Abs. 3 von Art. 3 BGBM hält zudem fest, dass nach Abs. 1 zulässige Beschränkungen in keinem Fall eine verdeckte Marktzutrittsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten darf.

18. Beim Kriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis stellt sich primär die Frage, ob dieses zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und c BGBM).

19. Als überwiegende öffentliche Interessen werden in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Schutz der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit, sowie sozialpolitische Motive genannt²¹. Die Ausschreibungsunterlagen²² enthalten keine Hinweise, inwiefern das Kriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis dem Schutz überwiegender öffentlicher Interessen dienen könnte. Allfällige Motive für das Aufführen des Kriteriums des Bürostandortes im Nachführungskreis wie etwa Kunden-nähe, Kundenfreundlichkeit oder schnelle Interventionsmöglichkeiten²³ begründen keine überwiegenden öffentlichen Interessen und könnten auch von Anbietern ohne Bürostandort im Nachführungskreis gewährleistet werden. Insbesondere wäre es für die Kundschaft ohne weiteres möglich, an einen Bürostandort ausserhalb des Nachführungskreises zu gelangen. Zudem könnte bei Bedarf auch ein Treffen mit der Kundschaft vor Ort erfolgen. Ebenso spielen Ortskenntnisse bei den heutigen technischen Möglichkeiten in der amtlichen Vermessung keine bedeutende Rolle mehr, weshalb eine Bevorzugung von ortsansässigen Anbietern auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als gerechtfertigt erschiene²⁴.

¹⁶ Urteil GE.2007.0077 des Verwaltungsgerichts des Kanton Waadt vom 8. Oktober 2007; dazu mehr unter Rz 19.

¹⁷ Urteil Kt.Ger LU 7H 17 320 (Fn 4), E. 3.5.

¹⁸ Ausschreibungsunterlagen vom 8. Juli 2017 (Fn 5).

¹⁹ Ausschreibungsunterlagen vom 8. Juli 2017 (Fn 5), Punkt 3 und 4.

²⁰ Urteil Kt.Ger LU 7H 17 320 (Fn 4), E. 3.4.

²¹ BGE 128 I 92, E. 2a; Urteil des BGer 2C_720/2014 vom 12.5.2015, E. 6.1. Vgl. auch NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, N 454; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Cottier/Oesch (Hrsg.), 2. Aufl., 2007, S. 399 ff., N 64.

²² Ausschreibungsunterlagen vom 8. Juli 2017 (Fn 5).

²³ Urteil VGer VD GE.2007.0077 (Fn 16).

²⁴ SAMUEL RUTZ/LUKAS SCHMID, Von alten und neuen Pfründen, Kantonsmonitoring 6, Avenir Suisse, 2014, 63 ff.

20. Auch unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist das Kriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis als nicht gerechtfertigt zu betrachten. Davon ausgehend, dass dieses Kriterium erst nach Zuschlagserteilung erfüllt sein muss, ist dies zwar eine mildere Einschränkung, jedoch geht dies nicht aus den Ausschreibungsunterlagen hervor. Auch falls es potentiellen Offerenten bekannt war, dass das Kriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis erst nach Zuschlagserteilung erfüllt sein musste, ist das Kriterium dennoch als nicht verhältnismässig anzusehen, zumal zur Verfolgung der oben genannten hypothetischen Beweggründe²⁵ weniger einschränkende Kriterien denkbar wären, wie beispielsweise die Anforderung einer gewissen Erreichbarkeit, auch wenn der Bürostandort ausserhalb des Nachführungskreises liegt. Da die Nachführung der amtlichen Vermessung mehrheitlich vor Ort vorgenommen werden muss, ist davon auszugehen, dass ein zu langer Anfahrtsweg nicht im Interesse des Offerenten liegt.

21. Weiter stellt sich die Frage, ob das Kriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis eine verdeckte Marktzutrittsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen gemäss Art. 3 Abs. 3 BGBM darstellt, zumal dadurch ortsansässige Anbieter bevorteilt und der Marktzutritt für nicht ortsansässige Anbieter beschränkt wird. Wenn es für nicht ortsansässige Anbieter nicht ersichtlich war, dass das Kriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis erst nach Zuschlagerteilung erfüllt sein musste, kann dies zu einer nicht rechtfertigbaren²⁶ direkten Diskriminierung geführt haben, da nicht ortsansässige Anbieter vom Einreichen einer Offerte durch dieses Kriterium abgeschreckt wurden und somit eine verdeckte Marktzutrittsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen vorliegt.

5 Fazit

22. Zusammenfassend ist festzustellen, dass nach Auffassung der WEKO das Ausschreibungskriterium des Bürostandortes im Nachführungskreis bei der Vergabe der Nachführungsarbeiten der amtlichen Vermessung im Kreis Ost des Kantons Luzern, unabhängig vom Zeitpunkt in welchem es erfüllt sein musste, eine nicht rechtfertigbare Diskriminierung gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 BGBM darstellt. Daher ist die Beschwerde von C. _____ insofern abzuweisen, als er das Nichteinhalten des Kriteriums des Bürostandortes im Nachführungskreis durch den Zuschlagsempfänger B. _____ rügt.

²⁵ Siehe oben Rz 19.

²⁶ DIEBOLD (Fn 11), Vergabe und Wettbewerb, 6.

B 2.8	9. Recours de la COMCO auprès du Tribunal fédéral en matière de droit public
-------	---

Recours en matière de droit public fondé sur les articles 82 ss LTF et 9 al. 2bis LMI de la Commission de la concurrence COMCO (COMCO), à Berne, contre l'arrêt du 11 octobre 2016 (ATA/848/2016) de la Cour de Justice, Chambre administrative, Instance précédente, à Genève concernant la requête de A._____ tendant à ce que les avocats appelés à rejoindre sa succursale de Genève soient autorisés à exercer leur activité au sein de cette succursale (agrément pour l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une société de capitaux).

La procédure de Recours s'est terminée par l'Arrêt du Tribunal fédéral du 15 décembre 2017 (ATF 144 II 147), p. 1339.

CONCLUSION

La COMCO prie le Tribunal fédéral de bien vouloir:

constater que l'arrêt du 11 octobre 2016 (ATA/848/2016) par lequel la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève rejette le recours de A._____ restreint l'accès au marché de manière illicite.

Sous suite de frais

MOTIVATION

1 EN FAIT

1. Par courrier du 12 novembre 2015, A._____ a, depuis son siège sis à Zurich et par l'entremise de deux de ses administrateurs, Mes B._____ et C._____, avocats à Zurich, adressé une requête intitulée « Etude organisée sous la forme d'une société de capitaux » à la Commission du Barreau de la République et canton de Genève (ci-après: Commission du Barreau).

PJ: - Requête pour une « étude organisée sous la forme d'une société de capitaux » du 12 novembre 2015 de A._____ agissant par M^{es} B._____ et C._____.

Annexe 1 a

- Décision du 27 mai 2008 de l'*Aufsichtskommission* über die Anwältinnen und Anwälte de l'Obergericht du canton de Zurich

Annexe 1 b

2. Par courrier du 6 janvier 2016, la Commission de la concurrence (COMCO) a contacté la Commission du Barreau pour la prier de lui notifier sa décision dans la présente cause, non sans avoir rappelé à cette dernière sa tâche de surveillance du respect de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.05) et de l'obligation de notification qui découle de cette dernière.

PJ: - Courrier du 6 janvier 2016 de la COMCO à la Commission du Barreau (« 636-0080: Requête

d'enregistrement de A._____ comme étude d'avocat »)

Annexe 2

3. Par courrier du 22 janvier 2016 (reçue le 25 janvier 2016), la Commission du barreau a répondu qu'elle considèrerait ne pas avoir à notifier à la COMCO sa décision dans la mesure où selon elle, « la COMCO n'a[vait] pas à être partie » puisque la LMI ne s'appliquait pas. Toutefois, elle a transmis sa décision 120/15 du 14 décembre 2016 accompagnée de la requête du 12 novembre de A._____ au titre de l'entraide administrative, en application de l'article 8a LMI. En substance, la décision retenait que « l'exercice de la profession d'avocat sous le couvert d'une personne morale ne peut être ouvert à des personnes non inscrites à un registre d'avocats suisse et que seule une société dont le capital social est intégralement détenu en tout temps par des avocats inscrits dans un registre cantonal permet le respect des principes cardinaux de l'indépendance et du secret professionnel » (partie II, ch. 9, p. 4).

PJ: - Lettre du 22 janvier 2016, « V / ref.: 636-0080 /scg/din – requête d'enregistrement de A._____ comme étude d'avocats »

Annexe 3

- Décision 120/15 de la Commission du Barreau du 14 décembre 2015

Annexe 4

4. Par courrier recommandé du 15 février 2016, la COMCO a répondu à la Commission du Barreau et l'a informé de ce qu'elle attendrait la décision de la Cour de justice avant de se déterminer, le cas échéant, sur l'usage de son droit de recours par devant le Tribunal fédéral.

PJ: - Lettre du 15 février 2016 de la COMCO à la Commission du Barreau (« 636-0080: Courrier de la Commission du Barreau du 22 janvier 2016 »)

Annexe 5

5. Le 1^{er} février 2016, A._____ a déposé un recours contre la décision du 14 décembre 2015 par devant l'instance précédente, arguant notamment de l'application de la LMI (en particulier la liberté d'établissement [art. 2 al. 4 LMI] et la reconnaissance des décisions cantonales appliquant le droit fédéral [art. al. 6 LMI]; cf. arrêt attaqué, ch. 5 in fine en fait).

6. Par arrêt du 11 octobre 2016 (expédié le 19 octobre 2016 et notifié le lendemain à la COMCO), la Cour de justice a, par sa Chambre administrative, rejeté le recours de A._____. Elle a notamment considéré, dans un revirement de sa jurisprudence, que A._____ ne remplissait pas les conditions d'indépendance requise par l'article 8 al. 1 let. d LLCA.

PJ: - Arrêt du 11 octobre 2016 de la Chambre administrative de la Cour de Justice de la République et canton de Genève (ATA/848/2016)

Annexe 6

7. Selon l'arrêt du 11 octobre 2016 de l'instance précédente, la décision de principe du canton de Zurich du 5 octobre 2006 se fonde sur les articles 8 et 12 ss de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats, LLCA; RS 935.61; consid. 9a, p. 13). En outre, elle a jugé que l'article 2 al. 4 LMI s'appliquait. Elle a toutefois refusé l'inscription d'avocats employés de A._____ considérant que les conditions d'application de l'article 3 LMI étaient réunies. Cette décision ne se réfère pas à l'article 2 al. 6 LMI.

PJ: - Arrêt du 25 octobre 2016 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève (ATA/901/2016)

Annexe 7

8. Dans le cadre d'une procédure parallèle déjà pendante par devant notre Haute Cour (2C_1004/2016), par un courrier du 7 octobre 2016 (KR161007; reçu le 10 octobre 2016), l'*Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte de l'Obergericht du canton de Zurich* (ci-après: « *Aufsichtskommission* ») donnant suite à une requête d'entraide administrative du 6 octobre 2016 de la COMCO a retenu que sa décision du 27 mai 2008 (cf. annexe 1 b) se basait sur les § 10 et 12 des Statuts, sur les chiffres 16 et 17 du Règlement d'organisation ainsi que sur le chiffre 19 du contrat d'associés de A._____ (devenue depuis A._____). En substance, l'*Aufsichtskommission* a autorisé une structure qui prévoit que le conseil d'administration est composé d'une majorité d'avocats inscrits en Suisse qui doivent également être actionnaires (§ 10 des Statuts en lien avec le ch. 19 du contrat d'associés) dont les décisions ne sont valables que lorsqu'il est composé d'une majorité d'avocats inscrits en Suisse (quorum) et qu'elles sont prises à une majorité simple d'avocats inscrits (§ 12 Statuts en lien avec les ch. 16 et 17 du Règlement d'organisation). En outre, l'*Aufsichtskommission* conclut spontanément sa réponse à la demande d'entraide par la déclaration suivante:

« *Abschliessend und der Vollständigkeit halber ist sodann anzumerken, dass sich die hiesige Aufsichtskommission in Ihrer Aufsichts- und Vollzugstätigkeit vom Grundsatz des freien Marktzugangs leiten lässt. So müssen namentlich Zweigniederlassungen von Anwaltskörperschaften, die am Hauptsitz von einer anderen Aufsichtsbehörde genehmigt wurden, im Kanton Zürich nicht mehr formell genehmigt werden, zumal der Genehmigungsbeschluss des Kantons des Hauptsitzes grundsätzlich, d.h. vorbehältlich ausserordentlicher Umstände, anzuerkennen ist (Art. 2 Abs. 6, Satz 1 BGBM).* »

PJ: - Réponse du 7 octobre 2016 de l'*Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte de l'Obergericht des Kantons Zürich* à une demande d'entraide de la COMCO, (KR161007)

Annexe 8

2 EN PROCÉDURE

2.1 Droit de recours de la COMCO

9. Conformément à l'article 9 al. 2^{bis} de la LMI, la COMCO peut déposer un recours pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché.

10. Le droit de recours de la COMCO se fonde sur la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) qui règle notamment le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (art. 82 ss LTF). Ainsi, les Départements de la Confédération ou les unités administratives qui leur sont soumises, entre autres, ont qualité pour recourir lorsque l'acte qu'elles attaquent viole le droit fédéral dans leur domaine d'attribution (art. 89 al. 2 let. a LTF). Il en va de même pour d'autres autorités lorsque le droit fédéral le prévoit (art. 89 al. 2 let. d LTF). La COMCO est une autorité fédérale indépendante de l'administration. Partant, elle jouit du droit de recours conformément à l'article 89 al. 2 let. d LTF¹; l'article 9 al. 2^{bis} LMI lui confère la base légale spéciale exigée.

11. L'arrêt attaqué est parvenu à la COMCO le 20 octobre 2016. Selon l'article 100 LTF, la partie qui désire faire recours dispose d'un délai de 30 jours à compter de la notification de l'expédition complète. Le délai de 30 jours échoit le samedi 19 novembre 2016, de sorte que le délai de recours expire le 21 novembre 2016 (art. 45 al. 1 LTF). Par le dépôt du recours ce jour à un office de poste, le délai de recours est respecté (art. 48 LTF).

12. Finalement, dans son ATF 141 II 113, consid. 1.7, le Tribunal fédéral a rendu la COMCO attentive à la formulation de ses conclusions, notamment à la particularité qu'engendre l'article 9 al. 2^{bis} LMI, à savoir qu'il constitue une exception au principe de la formulation de conclusions condamnatoires ou formatrices, respectivement à la subsidiarité des conclusions constatatoires. Dans le cas présent, la COMCO considère que le rejet du recours de A._____ légitime entièrement la COMCO à conclure uniquement au constat de l'illicéité de l'arrêt attaqué. En effet, la COMCO fait recours dans l'intérêt public, et c'est à A._____ de faire recours pour l'inscription des avocats qu'elle emploie dans le registre idoine en reconnaissance de la décision zurichoise constatant l'adéquation de sa structure avec les conditions minimales prévues par la LLCA. En conséquence, la COMCO ne conclut pas expressément à l'annulation de l'arrêt attaqué.

2.2 L'arrêt attaqué restreint l'accès au marché de manière illicite

13. Le recours est dirigé contre l'arrêt ATA/848/2016 du 11 octobre 2016 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève dans la mesure où il confirme le refus de l'inscription des avocats employés par A._____ Genève au registre des avocats.

¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.325/2006 du 13 février 2007, consid. 2.

14. Pour comprendre le raisonnement de l'instance précédente quant à la restriction prononcée dans l'arrêt attaqué – qui rejète le recours de A._____ – il est nécessaire de se référer au considérant 9 (p. 12 ss). En effet, bien que l'instance précédente ne fasse que rejeter le recours, ce rejet a pour effet de restreindre l'accès au marché en posant comme condition à l'inscription des avocats employés par A._____ la présence au sein de son conseil d'administration uniquement d'avocats inscrits (100 %).

15. L'instance précédente motive nouvellement la restriction de l'accès au marché sous l'angle de la LMI. En substance, après avoir examiné la jurisprudence de l'ancien Tribunal administratif, elle parvient à la conclusion qu'elle doit revoir la pratique qui valait jusqu'à présent. Ainsi, dans un revirement de jurisprudence non unanime (cf. l'opinion séparée), l'instance précédente a jugé que la présence dans l'actionnariat et au conseil d'administration d'une personne non inscrite dans un registre cantonal des avocats était de nature à compromettre l'indépendance des avocats employés par une étude organisée sous la forme d'une société anonyme du fait que cette personne n'est pas soumise au secret professionnel de l'avocat. Ainsi, si en application du principe du lieu de provenance à l'établissement genevois de A._____ (art. 2 al. 4 LMI), cette société anonyme avait le droit de s'établir à Genève tout en appliquant le droit de son lieu de provenance, Zurich, il fallait encore examiner si les conditions de l'article 3 LMI étaient réunies pour la prononcé d'une restriction à l'accès au marché. Dans ses considérants, l'instance précédente estimait que la sauvegarde d'un secret professionnel absolu constituait un intérêt public prépondérant au sens de l'article 3 al. 1 let. b LMI (consid. 9d) et répondait au principe de la proportionnalité de la lettre c de cette même disposition (consid. 9e), étant entendu que l'égalité de traitement est manifestement respectée (consid. 9c; art. 3 al. 1 let. a LMI).

16. Les statuts de A._____ d'août 2014 (art. 10) prévoient que le conseil d'administration doit être « majoritairement » composé d'avocats inscrits en Suisse. L'article 12 des statuts indique que le conseil d'administration adopte ses décisions selon les règles prévues par le règlement d'organisation, notamment conformément à un quorum de présence. Selon le chiffre 12, pt 3.4, du Règlement d'organisation, le conseil d'administration ne peut prendre de décision que lorsque « la majorité de ses membres enregistrés comme avocats en Suisse sont présents ». En outre, une décision n'est valable que lorsqu'elle a été adoptée par une majorité de membres inscrits dans un registre d'avocat en Suisse (cf. ch. 14). Ces règles permettent de garantir que **des membres non inscrits dans un registre d'avocat ne puissent pas imposer une décision** aux membres du conseil d'administration inscrits dans un registre d'avocat.²

17. Cette structure et son fonctionnement correspondent à la décision du 27 mai 2008 de l'*Aufsichtskommission* (cf. annexe 8) qui elle-même concorde avec la décision de principe de l'*Aufsichtskommission* du 5 octobre 2006 publié dans ZR 105/2006 p. 294 ss, consid. 4 (cf. annexe 8).

18. Du point de vue du droit du marché intérieur, la composition du conseil d'administration imposée par la Commission du Barreau et l'instance précédente à sa suite constitue une restriction de l'accès au marché au sens de l'article 9 al. 2^{bis} LMI. Si tant la Commission du Barreau que l'instance précédente avaient traité la requête de A._____ conformément à la LMI, alors l'accès au marché aurait dû être accordé conformément à la décision de l'*Aufsichtskommission* du canton de Zurich du 27 mai 2008 (annexe 1 b) et de la réglementation de la représentation des avocats au sein du conseil d'administration qu'elle a autorisé, que se soit sur la base de l'article 2 al. 4 en lien avec l'article 3 LMI ou de l'article 2 al. 6 LMI.

3 EN DROIT

19. Selon l'article 95 LTF, un recours peut être formé pour violation du droit fédéral. Comme il le sera démontré ci-dessous, l'autorité intimée a violé la LMI dans la mesure où elle a omis d'appliquer une de ses dispositions et prononcé une restriction injustifiée à l'accès au marché.

3.1 De l'application de la LMI

20. La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Selon l'article 1 al. 1 en lien avec l'al. 3 LMI, la LMI s'applique à toute activité « non régaliennne » ayant pour but un gain.³ L'activité d'avocat ne constitue pas une activité régaliennne au sens de l'article 1 al. 3 LMI et, partant, elle entre dans le champ d'application de cette loi. Tout comme la liberté économique⁴, les libertés du marché intérieur valent tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.⁵ Ainsi, A._____ peut, en tant que personne juridique avec siège à Zurich, en appeler à la LMI.

² Au sujet des statuts, du règlement d'organisation et du contrat d'associés, cf. annexe 1.

³ En ce qui concerne l'interprétation et la signification de l'article 1 al. 3 LMI, cf. MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, in: ZBJV 2012 377 ss; NICOLAS DIEBOLD, Gerichtliche Sachverständige als hoheitlich tätige Organe ?, in: AJP/PJA 8/2012 1162 ss; lors de la révision de la LMI en 2005, le terme « non régaliennne » a remplacé la notion de « bénéficiaire de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie », cf. Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004 (ci-après: « Message revLMI (2005) »), FF 2005 421, p. 440.

⁴ ATF 124 I 25 (Wiggis-Park AG); ATF 120 Ia 286 (Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute); ATF 106 Ia 191 (Escor Automaten AG).

⁵ NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, Zurich 2016, no 155; NICOLAS DIEBOLD/GAËL SCHAFFTER, La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires, in: Commission de la concurrence (Éds), Droit et politique de la concurrence (DPC) 2012/3 526; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (éds), Wettbewerbsrecht II, Orell Füssli Kommentar, Zurich 2011, no 7 ad art. 1 LMI; Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) du 23 novembre 1994 (ci-après: « Message LMI (1995) », FF 1994 I 1193, 1243; Commission de gestion du Conseil national, Rapport du 27 juin 2000 sur effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse, FF 2000 5603, p. 5604.

21. L'application de la LMI présuppose l'existence d'un élément intercantonal ou intercommunal dans le cadre de l'exercice de l'activité économique en cause.⁶ Dans le cas présent, A. _____, dont le siège est à Zurich, désire obtenir l'agrément nécessaire pour que les avocats qu'elle emploie(ra) à Genève puissent être inscrits dans le registre genevois des avocats selon les conditions autorisées par le canton de Zurich, respectivement par l'*Aufsichtskommission*, dans sa décision du 27 mai 2008 (cf. annexe 1 b: « Requête d'agrément pour étude organisée sous forme d'une société de capitaux » du 12 novembre 2015 qui précise par ailleurs « [n]ous requérons également que cet agrément couvre à l'avenir tout avocat qui rejoindrait notre étude de Genève. »). Les avocats mentionnés dans la requête sont **nouvellement employés** par la succursale de A. _____ à Genève. Les signataires de la requête, M^{es} B. _____ et C. _____, avocats, sont inscrits au registre zurichois des avocats. La décision de la Commission du Barreau s'adresse à A. _____ à Zurich par l'entremise de M^{es} B. _____ et C. _____. Il apparaît ainsi que l'état de fait est intercantonal ce que l'instance précédente admet d'ailleurs sans détour puisqu'elle applique la LMI (consid. 9 ss).

22. En conséquence, le cas d'espèce ne concerne pas la libre circulation de l'avocat – qui est réglée par la LLCA et non par la LMI – mais plutôt le droit à la libre circulation de A. _____ en tant que personne juridique.

23. Ainsi, dans la mesure où les conditions d'application de la LMI au sens de son article 1^{er} sont réunies, il reste encore à examiner dans le cas présent la question de savoir quels sont les rapports en la LLCA et la LMI ainsi que – dans la mesure de l'application de la LMI – quel principe de la LMI est applicable.

3.2 De la délimitation entre la LLCA et la LMI ainsi que de l'application de ses principes

24. Comme exposé plus haut, l'instance précédente part du principe que la LMI, respectivement que le principe du lieu de provenance est applicable (cf. ch. 7 et 21).

25. L'article 2 al. 1 LMI accorde aux personnes entrant dans le champ d'application de cette loi un droit individuel de libre accès au marché.⁷ Le **principe du lieu de provenance** institué par les alinéas 3 et 4 de l'article 2 LMI concrétise ainsi le droit au libre accès au marché de l'alinéa 1^{er}. Le principe du lieu de provenance s'applique tant aux activités économiques au-delà des frontières cantonales (al. 3) qu'à la constitution d'un (deuxième) établissement (al. 4).⁸

- **Liberté de service:** Aux termes de l'article 2 al. 1 en lien avec l'al. 3 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. Ce sont les prescriptions du canton ou de la commune d'établissement de l'offreur qui font foi.
- **Liberté d'établissement commerciale:** Selon l'article 2 al. 4 LMI, toute personne exerçant une activité conformément au droit est autorisée à s'établir n'importe où en Suisse afin d'exercer

cette activité, conformément aux prescriptions du lieu du premier établissement. Le principe s'applique également en cas d'abandon de l'activité au lieu de premier établissement.

26. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale réfragable d'équivalence des différentes réglementations cantonales et communales régissant l'accès au marché (art. 2 al. 5 LMI).

27. La première phrase de l'article 2 al. 6 LMI prévoit que « [l]orsqu'une autorité d'exécution cantonale a constaté que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral ou en a autorisé l'accès au marché, sa décision est applicable dans toute la Suisse ».

28. Selon la COMCO, trois cas de figure peuvent se présenter en lien avec l'application de la LMI face à une autre loi fédérale:

- Premièrement, une loi fédérale spéciale peut **exclure l'application de la LMI**. La LMI ne s'applique pas à une activité lucrative déterminée dans son ensemble lorsqu'une loi fédérale spéciale octroie expressément la compétence à un canton de s'opposer à la libre circulation;⁹

⁶ ATF 125 I 267 consid. 3b (dentiste, Grisons); ATF 125 I 276 consid. 4b (prothésiste dentaire, Grisons); arrêt du Tribunal fédéral 2P.362/1998 du 6 juillet 1999, consid. 4e (aubergiste, Bâle-Campagne), in: ZBI 2000, 496 ss; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5515/2011 du 26 août 2014, consid. 6.2.1 s. (Swissmedic).

⁷ NICOLAS DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 3), nos 1212 ss; NICOLAS DIEBOLD, *Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit*, recht 4/2015, p. 209 ss, 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, (note 5), no 1 ad art. 2; THOMAS ZWALD, *Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Éds), *Allgemeines Ausserwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 2e éd., Bâle 2007, p. 399 ss, nos 34 à 43.

⁸ Au sujet du principe du lieu de provenance, arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2011 du 3 mai 2011 (accès au marché pour les installateurs sanitaires, Schaffhouse); arrêt du Tribunal fédéral 2C_844/2008 du 15 mai 2009 (accès au marché pour les thérapeutes de médecine complémentaire, Tessin); ATF 135 II 12 (accès au marché pour les psychothérapeutes, Zurich); dans la littérature p. ex. Nicolas Diebold, *Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit*, ZBI 111/2010, p. 129 ss, 142 ss; Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 concernant l'accès au marché des services de taxi externes à l'exemple des réglementations d'accès au marché des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne de même que des villes de Zurich et Winterthur (en allemand uniquement), DPC 2012/2, 438 ss, ch. 14 ss.

⁹ Tel est le cas par exemple de l'article 68 al. 2 let. b du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272) prévoit que les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel dans certaines procédures « si le droit cantonal le prévoit ». Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette disposition ne constitue pas qu'une simple réserve de compétence (« Kompetenzvorbehalt ») en faveur des cantons au sens d'une harmonisation « à option », mais exclut bel et bien les droits à la libre circulation tirés de la LMI; ATF 141 II 280, consid. 6.6 (agent d'affaires): « Si le texte de l'art. 68 al. 2 let. b et d CPC n'est pas absolument clair, les approches systématique, historique et téléologique penchent en faveur d'une interprétation excluant l'application de la LMI ».

Les cantons ont sur la base de l'article 3 al. 2 LLCA la possibilité d'autoriser en tant qu'avocat des personnes qui ne remplissent pas les conditions de la LLCA du point de vue des compétences professionnelles et personnelles. La libre circulation de ces avocats autorisés sur la base du droit cantonal est exclue tant sur la base de la LLCA que de la LMI.

- Deuxièmement, une loi fédérale spéciale peut ne pas régler une question spécifique et **laisser aux cantons le soin de légiférer**; dans ce cas, le principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 5 LMI) continue de s'appliquer;¹⁰ et
- Finalement, une loi fédérale spéciale peut régler une question concrète et en **laisser l'exécution aux cantons**; c'est pour cette circonstance que le principe selon lequel une décision cantonale sur la conformité au droit fédéral vaut pour toute la Suisse (art. 2 al. 6 LMI) est applicable.¹¹

29. Dans le cas présent, la LLCA ne règle pas explicitement la question de savoir si et sous quelle forme les collectivités d'avocats, pluridisciplinaires ou non, sont autorisées. L'article 8 al. 1 let. d LLCA exige qu'un avocat exerce sa profession de manière indépendante et ne soit employé que par des personnes qui sont elles-mêmes enregistrées dans un registre cantonal. Cette prescription de droit fédéral pose le cadre de l'indépendance institutionnelle de l'activité d'avocat. Dans son arrêt ATF 138 II 440, le Tribunal fédéral a jugé que l'article 8 al. 1 let. d LLCA n'excluait pas l'engagement d'avocats par une société anonyme. En conséquence, sur la base de l'article 8 al. 1 let. d LLCA, les cantons ne peuvent pas interdire les collectivités d'avocat car une telle prohibition porterait atteinte à la liberté économique (art. 27 Cst.). En d'autres termes, une interdiction cantonale n'est dogmatiquement pas illicite à cause de l'article 8 al. 1 let. d LLCA – puisqu'elle constitue un moyen de garantir l'indépendance de l'avocat – mais elle viole la liberté économique.

30. La LLCA n'exclut pas l'application de la LMI pour ce qui concerne la question de l'autorisation, respectivement la conformité des études d'avocats pluridisciplinaires organisées sous la forme de société anonymes (ou plus généralement de société de capitaux). Raison pour laquelle l'application de la LMI n'est pas contestée par l'instance précédente. Tant le canton de Zurich (cf. annexe 8) que ceux de Vaud¹² et Genève (arrêt attaqué) ont admis l'application de la LMI. Le seul point ouvert et discuté est de savoir quelle disposition de la LMI doit être appliquée.

31. La question de savoir si l'article 8 al. 1 let. d LLCA définit le **standard minimum** quant à l'indépendance de l'avocat que les cantons peuvent revoir à la hausse dans les limites de la liberté économique (art. 27 Cst.) ou si cette disposition n'autorise qu'un seul standard (une **solution unique**) n'est pas évidente. Selon le considérant 9c de son arrêt, l'instance précédente a jugé qu'il s'agissait d'une solution unique puisqu'elle a affirmé que « l'art 10 al. 2 LP Av [loi du 26 avril 2002 sur la profession d'avocat (RSG E 6 10)] impose la condition du respect des exigences du droit fédéral de manière identique aux avocats genevois et à ceux qui viennent d'un autre canton ». Cette disposition de la LP Av est contraire à l'article 2 al. 6 LMI (cf. pt 3.3), violant ainsi en outre l'article 49 de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101).

32. Les statuts de A. _____ exigent qu'au moins trois quarts des voix d'actionnaires soient réservées à des avocats inscrits dans un registre cantonal. Les avocats travaillant pour cette étude d'avocats pluridisciplinaire organisée sous la forme d'une société anonyme ont été

inscrits au registre des avocats dans les cantons de Zurich (siège), Berne, Bâle-Ville et du Tessin. En d'autres termes, ces cantons sont d'avis que l'indépendance de l'avocat est garantie malgré la pluridisciplinarité de A. _____ et que les avocats qu'elle emploie remplissent les conditions personnelles de l'article 8 al. 1 let. d LLCA.

33. De l'avis de la COMCO, le cas des études d'avocats pluridisciplinaires organisées sous la forme de sociétés anonymes doit être réglé à la lumière de l'article 2 al. 6 LMI (cf. pt. 3.3.2, ci-après).

34. Cependant, dans un souci d'exhaustivité, une analyse complète sous l'angle de la LMI sera toute de même menée ci-après. L'état de fait sera analysé sous l'angle de l'article 2 al. 6 LMI (pt 3.3) puis sous celui de l'article 2 al. 1 à 5 LMI (pt 3.4). Ensuite de quoi se posera la question de savoir si la restriction de l'accès au marché peut être justifiée conformément aux conditions de l'article 3 LMI (pt. 3.5).

3.3 De l'effet contraignant pour les autres cantons d'une première décision cantonale sur la conformité au droit fédéral (art. 2 al. 6 LMI)

3.3.1 Interprétation de l'article 2 al. 6 LMI

35. Une grande partie du droit fédéral matériel est appliqué, non pas par la Confédération, mais par les cantons (le dénommé « fédéralisme exécutif »). Dans la pratique quotidienne de l'administration des différences cantonales sont inévitables, ce qui du point de vue du droit du marché intérieur peut être problématique lorsque ces divergences cantonales ont pour effet de restreindre l'accès au marché. Ce problème « atypique » du marché intérieur¹³ constitue la *ratio legis* de l'article 2 al. 6 LMI introduit sur proposition du Parlement lors de la révision de la LMI de 2006. Cette disposition devait assurer que les marchandises, services et prestations de travail conformes au droit fédéral puissent circuler librement.¹⁴ La validité pour toute la Suisse des décisions cantonales d'accès au marché garantit que des restrictions du marché intérieur ne soient pas créées dans des domaines harmonisés du fait d'interprétations et d'applications cantonales divergentes.¹⁵

36. En comparaison, dans les domaines non harmonisés, l'accès intercantonal au marché se fait conformément au principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI) et à la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI). Cette dernière énonce que les prescriptions d'accès émises par les cantons sur la base de leur compétence

¹⁰ ATF 134 II 329, consid. 5.3 (Blanc); DIEBOLD, Freizügigkeit (note 3), no 1089 ss.

¹¹ DIEBOLD, Freizügigkeit (note 3), no 1086.

¹² Cf. Arrêt du 30 septembre 2016 (causes GE.2016.0036 et GE.2016.0040) de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

¹³ THOMAS ZWALD, (note 7), no 51.

¹⁴ DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, Berne 2014, p. 220; YVONNE SCHLEISS, Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten, Zurich 2014, p. 319; SECRÉTARIAT DE LA COMCO, Aperçu des caractéristiques de la LMI et des principales nouveautés, DPC 2006/2 223 s., p. 223.

¹⁵ SECRÉTARIAT DE LA COMCO, Aperçu des caractéristiques de la LMI et des principales nouveautés, DPC 2006/2 223 s., p. 223.

sont équivalentes. Cette présomption repose sur la conviction que le besoin de protection des citoyens ne diffère pas d'un canton à l'autre.¹⁶ Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, cette présomption a pour conséquence d'interdire aux autorités cantonales du lieu de destination de réexaminer les conditions personnelles et professionnelles d'admission sur le marché du lieu de provenance.¹⁷ Il serait ainsi contradictoire et non conforme à l'article 95 al. 2 Cst. qu'un canton puisse créer des restrictions au marché intérieur lors dans l'application de normes de droit fédéral harmonisées par le biais d'une interprétation ou d'une application de critères divergents.

37. C'est pour cette raison que la LMI prévoit, en complément au principe du lieu de provenance, que les décisions cantonales attestant de la conformité au droit fédéral de marchandises, services ou prestations de travail, valent pour toute la Suisse. Si, dans un domaine non harmonisé, l'autorité d'admission sur le marché du lieu de destination n'est pas autorisée à revoir l'application du droit par l'autorité du lieu de provenance, alors cette interdiction doit d'autant plus valoir pour un domaine harmonisé par le droit fédéral. Le Conseiller national de l'époque Didier Burkhalter expliquait lors des débats parlementaires (BO 2005 N 883) que:

« Mais ce principe du "Cassis de Dijon" [...] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantionales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.

Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.

1. Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.

2. Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.

On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantionales particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.

*Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du "Cassis de Dijon" à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter – **pas seulement** dans le secteur des denrées alimentaires ou*

*dans celui de la législation agricole, **mais de manière générale** – que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.*

Monsieur le conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons. [...]

J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération "veille à créer un espace économique suisse unique". »

[Mise en forme par le rédacteur]

38. Le Parlement a discuté de la règle de l'article 2 al. 6 LMI principalement dans le cadre de l'admission sur le marché des denrées alimentaires, toutefois l'application de cette disposition ne devait clairement pas se limiter à un domaine du marché en particulier, mais plutôt valoir de manière générale, c'est-à-dire aussi dans le domaine des services.

39. En pratique, l'article 2 al. 6 LMI déploie ses effets notamment dans les cas d'admission sur le marché de l'élimination des déchets spéciaux qui est réglée au niveau fédéral par l'Ordonnance du 22 juin 2005 sur les mouvements de déchets (OMoD; RS 814.610). L'autorité cantonale octroie l'autorisation s'il ressort de la demande que l'entreprise d'élimination est en mesure d'éliminer les déchets de manière respectueuse de l'environnement (art. 10 al. 1 OMoD). L'article 8 OMoD stipule quant à lui que l'entreprise d'élimination qui réceptionne des déchets spéciaux ou d'autres déchets soumis à contrôle doit disposer, pour chacun de ses sites d'exploitation, d'une autorisation de l'autorité cantonale concernée. Selon le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, l'autorisation d'exploiter une installation mobile de retraitement délivrée par le canton d'Argovie repose exclusivement sur du droit fédéral de sorte qu'elle vaut pour toute la Suisse, conformément à l'article 2 al. 6 LMI. Ainsi, même si la collecte de déchets spéciaux a lieu dans un autre canton, aucune autorisation d'élimination supplémentaire n'est nécessaire.¹⁸

40. Dans le domaine des professions médicales, la situation est semblable. Les conditions d'octroi d'une autorisation de pratiquer de manière indépendante ou dépendante sont réglées au niveau fédéral dans l'article 36

¹⁶ Message revLMI (note 3), p. 430.

¹⁷ ATF 135 II 12 consid. 2.4 (psychothérapeute II, Zurich); arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe II, Zurich); arrêt du Tribunal fédéral 2C_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste, Schwyz).

¹⁸ Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 12 244/198 du 31 octobre 2012, in: URP 2013, 164; BR/DC 2013, 278.

de la loi fédérale 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (loi sur les professions médicales, LPMéd; RS 811.11). Il y est entre autres exigé que le requérant soit digne de confiance et présente, tant physiquement que psychiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession (art. 36 al. 1 let. b LPMéd). L'autorisation est accordée par l'autorité cantonale et n'est valable que sur le territoire du canton qui la délivre (art. 34 LPMéd). Le fédéralisme exécutif peut aboutir au fait que la notion « digne de confiance » soit interprétée de manière différente dans un cas donné. Cette marge d'interprétation ne doit toutefois pas amener à la création de nouvelles entraves à la libre circulation, surtout pas dans le domaine des professions de la santé non harmonisées au niveau fédéral dont la libre circulation est garantie par le principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 5 LMI). Il serait contradictoire et par conséquent non conforme à l'article 95 al. 2 Cst. que la libre circulation dans le domaine non harmonisé, réglementé au niveau cantonal, fonctionne mieux que dans le domaine harmonisé au niveau fédéral. C'est pour cette raison que l'article 2 al. 6 LMI prévoit que la décision d'une autorité cantonale selon laquelle un requérant remplit les conditions de l'article 36 LPMéd est également contraignante pour les autres cantons. Il apparaît ainsi clairement que l'article 2 al. 6 LMI concerne non-seulement la conformité au droit fédéral de l'aptitude professionnelle, mais également l'aptitude personnelle.

3.3.2 Application de l'article 2 al. 6 LMI dans le cas d'espèce

41. La LLCA ne règle pas explicitement la question de savoir si et sous quelle forme les collectivités d'avocats sont autorisées. L'article 8 al. 1 let. d LLCA exige toutefois qu'un avocat exerce sa profession de manière indépendante et ne soit employé que par des personnes qui sont elles-mêmes enregistrées dans un registre cantonal. Cette prescription de droit fédéral impose quelques exigences à l'indépendance institutionnelle de l'activité d'avocat.

42. Dans son arrêt ATF 138 II 440, le Tribunal fédéral a jugé que l'article 8 al. 1 let. d LLCA n'excluait pas l'engagement d'avocats par une société anonyme (consid. 18). En conséquence, une interdiction cantonale des collectivités d'avocat n'est pas exigée au niveau fédéral par l'article 8 al. 1 let. d LLCA et porte ainsi atteinte à la liberté économique (art. 190 et 27 Cst.). En d'autres termes, une interdiction cantonale n'est dogmatiquement pas illicite à cause de l'article 8 al. 1 let. d LLCA – l'indépendance de l'avocat est garantie de manière indubitable par l'interdiction – mais viole la liberté économique.

43. La question de savoir si l'article 8 al. 1 let. d LLCA définit le **standard minimum** quant à l'indépendance de l'avocat que les cantons peuvent revoir à la hausse dans les limites de l'article 27 Cst. ou si l'article 8 al. 1 let. d LLCA n'autorise qu'un seul standard (une **solution unique**) n'est pas évidente.

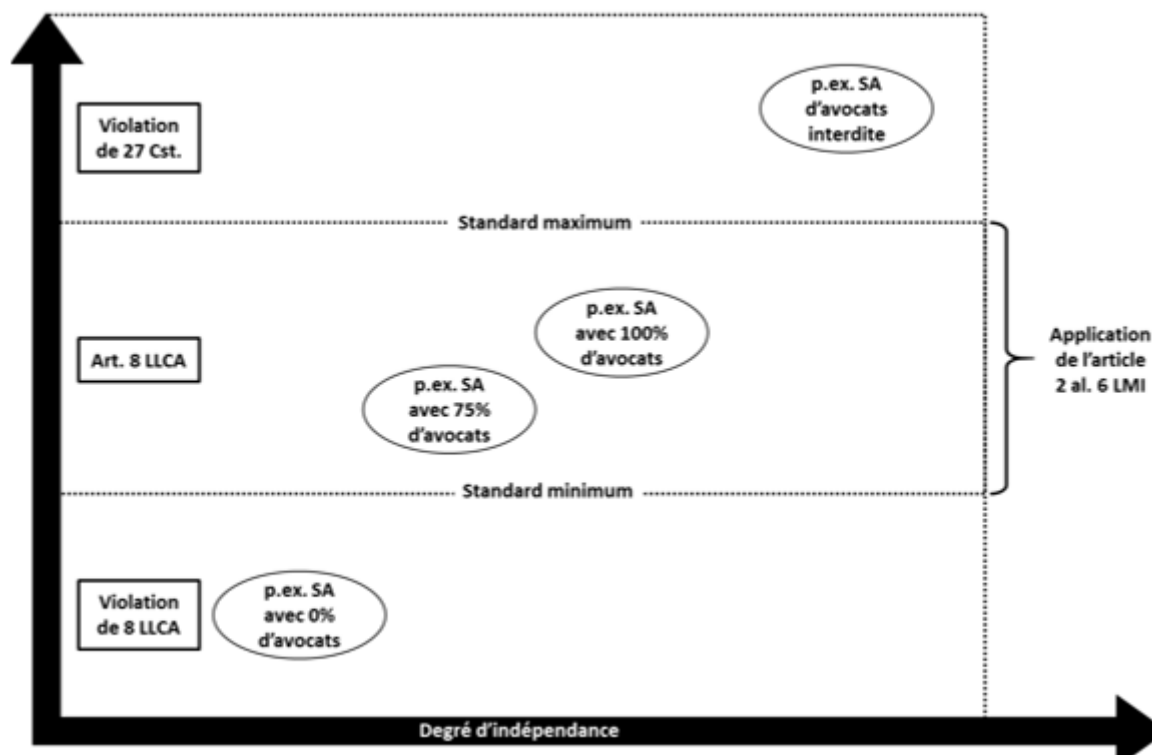


Figure 1: l'article 8 al. 2 let. d LLCA en tant que prescription définissant un standard minimum.

44. L'interprétation de l'article 8 LLCA ne fait partie des compétences de la COMCO, c'est pourquoi elle ne peut

s'exprimer à ce sujet. En regard de la question de l'applicabilité de l'article 2 al. 6 LMI il n'est toutefois pas

déterminant de savoir si l'article 8 al. 1 let. d LLCA prescrit une solution unique ou un standard minimum. Dans les deux cas, l'article 2 al. 6 LMI garantit à une collectivité d'avocats autorisée, respectivement dont les avocats sont inscrits dans un registre cantonal conformément à la LLCA, de pouvoir fonder sans autre une succursale dans le canton de Genève et d'y engager des avocats.

45. Ceci correspond d'ailleurs à l'avis de la doctrine, bien qu'elle ne fasse pas toujours la distinction entre l'application du principe du lieu de provenance (art. 2 al. 4 LMI) et de l'article 2 al. 6 LMI:

- NORBERT SENNHAUSER, Vom Anwalt zur Anwalts-Kapitalgesellschaft mit besonderer Betrachtung der Anwalts-GmbH, Berne 2013, p. 161 s.:

« Compte tenu de l'article 4 LLCA, les cantons ne peuvent toutefois pas en appeler à l'article 3 LMI pour restreindre l'établissement d'avocats. L'importance de l'article 3 LMI est limitée par l'harmonisation au niveau fédéral – dans la LLCA – des conditions d'accès au marché. Cela découle également directement de l'article 2 al. 6 LMI: lorsque les autorités cantonales compétentes ont autorisé l'accès au marché sur la base du droit fédéral, cette décision vaut pour toute la Suisse. Il n'y a là aucune place pour des réglementations et des interprétations cantonales différentes. Ainsi, quand la forme d'organisation juridique de plusieurs avocats a été admise dans le premier canton, celui dans lequel ils sont inscrits, ceux-ci peuvent sur la base de l'article 2 al. 6 LMI s'appuyer sur cette décision dans tous les autres cantons. En toute logique, l'avocat qui transfère son activité principale dans un autre canton devrait pouvoir s'appuyer sur l'autorisation du canton précédent pour son inscription dans le second registre cantonal; il ne doit à juste titre pas réitérer toutes les démarches. »¹⁹

- MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (éds.), Droit de la concurrence – Commentaire romand, Bâle 2013, no 61 ad art. 2 al. 1 à 4 LMI:

« Si l'autorité de surveillance au lieu du siège de la société décide que la structure qui lui est soumise satisfait au droit fédéral et que les avocats qui y travaillent peuvent continuer de pratiquer, cette décision doit s'imposer aux autres cantons [...] »

- MANUEL BIANCHI DELLA PORTA/EDGAR PHILLIPIN, Pratique du métier d'avocat en société de capitaux - Une réponse adéquate à l'évolution de la profession, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 02/2010 163, p. 173 s.:

« Lorsque les règles fédérales s'appliquent uniformément à l'ensemble du territoire, la LMI ne trouve en principe pas application. À cela une exception: si un canton fait échec au droit d'accès au marché d'un offreur extérieur au canton (ou à sa liberté d'établissement) en faisant une interprétation du droit fédéral qui diverge de celle du canton de provenance, l'offreur pourra valablement invoquer l'art. 2 al. 6 LMI, lequel rappelle qu'une déci-

sion cantonale en application du droit fédéral qui donne accès à un marché s'impose aux autres cantons. L'art. 2 al. 6 LMI trouvera en particulier application lorsque l'interprétation du droit fédéral est incertaine, notamment parce que le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé, comme c'est le cas s'agissant d'éventuelles limites à la liberté des avocats de s'organiser en sociétés de capitaux. Si l'autorité de surveillance au lieu du siège de la société décide que la structure qui lui est soumise satisfait au droit fédéral et que les avocats qui y travaillent peuvent continuer de pratiquer en qualité, sa décision s'imposera aux autres cantons, en particulier à ceux dans lequel l'étude ouvre des succursales, sans que l'autorité de surveillance desdits cantons ne puisse réexaminer le fond, en particulier la conformité de la structure au droit fédéral. »

- MATHIEUR BLANC/NICOLAS IYNEDJIAN, Renforcement du libre accès au marché intérieur pour les avocats – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_85/2008 du 24 septembre 2008, Revue de l'avocat 1/2009 41, p. 42:

« Cet arrêt revêtira en outre une certaine pertinence lorsqu'il s'agira de déterminer si des sociétés d'avocats (SA, Sàrl) peuvent s'établir sans autre exigence dans d'autres cantons. Le Tribunal fédéral a confirmé la primauté du marché intérieur; il en découle que les sociétés d'avocats devraient pouvoir se prévaloir de l'article 2 al. 4 LMI pour s'établir dans d'autres cantons, sans autres formalités [Le Tribunal administratif du canton de Genève a admis l'établissement de Bär & Karrer SA à Genève fondé principalement sur la LMI (arrêt non publié du 11 mars 2008).] A notre sens, les cantons ne pourront pas se retrancher derrière le critère de l'indépendance de l'article 8 al. 1 let. c LLCA pour imposer leur propre système de sociétés d'avocats et ainsi prescrire une documentation sociale ou contractuelle spécifique aux sociétés d'avocats en provenance d'autres cantons. »

46. Le cas présent pose la question de savoir si les avocats employés par A. _____ remplissent les conditions personnelles relatives à l'indépendance prévues par l'article 8 al. 1 let. d LLCA. Les autorités compétentes des cantons de Zurich, Berne, Bâle Ville et du Tessin

¹⁹ Traduction libre du Secrétariat de la COMCO de: « Aufgrund von Art. 4 BGFA dürfen Kantone nun aber bei Niederlassungen von Anwälten Art. 3 BGBM nicht heranziehen und Beschränkungen erlassen. Art. 3 BGBM wird durch die bundesrechtliche Harmonisierung der Zulassungsvoraussetzungen im BGFA verdrängt. Dies ergibt sich auch unmittelbar aus Art. 2 Abs. 6 BGBM: Wenn die zuständige kantonale Vollzugsbehörde gestützt auf Bundesrecht den Marktzugang bewilligt, gilt dieser Entscheid für die ganze Schweiz. Hier soll kein Raum für unterschiedliche kantonale Regelungen und Auslegungen verbleiben. Wenn bei Anwälten die Zulässigkeit ihrer rechtlichen Organisationsform im Erstkanton, in welchem sie in das Anwaltsregister eingetragen werden, anerkannt wird, können sie sich gestützt auf Art. 2 Abs. 4 und 6 BGBM in sämtlichen anderen Kantonen auf diese Zulassung berufen. Folgerichtig sollte sich der Anwalt, der seine Haupttätigkeit in einen anderen Kanton verlegt, für die Eintragung im dortigen Anwaltsregister auf die Registrierung im vorherigen Kanton stützen können; richtigerweise muss er nicht sämtliche Angaben neu machen. ».

considèrent que les conditions de cette disposition comme remplies et ont inscrit les avocats employés par A. _____ dans leur registre respectif. En application des articles 4 LLCA et 2 al. 6 LMI, le modèle de libre circulation suivant se dégage:

- Les avocats employés par A. _____ Zurich, Lugano, Berne et Bâle Ville et inscrits dans les registres de ces cantons ont le droit, en application de l'article 4 LLCA, de représenter des clients dans le canton de Genève depuis ces succursales (**prestations de représentation transfrontalières**); et cela même si le canton de Genève est d'avis que les avocats employés par A. _____ ne remplissent pas les conditions de l'article 8 al. 1 let. d LLCA.
- Au surplus, selon l'article 2 al. 6 LMI, la décision cantonale selon laquelle les avocats employés par A. _____ remplissent les conditions de l'article 8 al. 1 let. d LLCA vaut pour toute la Suisse. En conséquence, les avocats employés par A. _____ dans les cantons de Zurich, Berne, Bâle Ville et du Tessin qui désirent **s'établir** dans le canton de Genève et y être employés par A. _____ Genève devront être inscrits au registre cantonal genevois; et cela même si le canton de Genève est d'avis que les avocats employés par A. _____ ne remplissent pas les conditions de l'article 8 al. 1 let. d LLCA.

47. Dans le cas d'espèce, A. _____ ne requiert pas l'inscription d'avocats déjà inscrits dans les cantons de Zurich, Berne, Bâle Ville et du Tessin. Les avocats mentionnés dans la requête seront **nouvellement employés** par la succursale de A. _____ à Genève. Il n'est donc pas présentement question de la libre circulation individuelle des avocats, mais bien de celle de A. _____ en tant que personne morale. Cela ressort de la requête elle-même, laquelle mentionne comme objet: « Requête d'agrément pour étude organisée sous forme d'une société de capitaux » et pose la question de l'admissibilité de la forme de son organisation.²⁰ En refusant l'inscription des avocats employés par A. _____ dans le registre cantonal genevois, le canton de Genève restreint indirectement l'**accès intercantonal au marché de cette société anonyme, respectivement sa liberté d'établissement**.

48. Il ne serait pas matériellement justifiable, ni conforme aux articles 1 al. 1 et 2 al. 1 LMI, que A. _____, une étude d'avocats pluridisciplinaire active dans toute la Suisse, ne puisse recevoir des clients et venir faire plaider à Genève que par le biais d'avocats déjà actifs pour elle inscrits dans les cantons de Zurich, de Berne, de Bâle-Ville, du Tessin et de Vaud, mais aucun (nouvel) avocat inscrit à Genève. Ce résultat serait injustifiable matériellement et en soi contradictoire.

49. Il apparaît donc que l'article 2 al. 6 LMI ne s'applique pas uniquement aux décisions individuelles d'inscriptions dans un registre cantonal des avocats employés par A. _____, mais également à cette dernière en tant qu'étude d'avocats, respectivement personne morale.

50. Dans le même sens, bien qu'elle ait présentement revu la jurisprudence qui prévalait jusqu'alors, la Commission du Barreau du canton de Genève avait auparavant déjà admis la présence d'une personne non avocate (expert fiscal diplômé) au sein de l'actionnariat du cabinet d'avocat qui avait formulé la requête d'agrément.²¹ Cette dernière avait d'ailleurs relevé à cet égard que l'activité des associés sous forme d'une société anonyme avait déjà été agréée par l'*Aufsichtskommission* appliquant ainsi le principe de l'article 2 al. 6 LMI sans mentionner expressément la disposition; à noter d'ailleurs que la Commission du Barreau et la Cour de justice n'ont pas revu leur jurisprudence sur ce point.

51. Le but et le sens de l'article 2 al. 6 LMI est d'empêcher que par le biais du fédéralisme exécutif, et malgré une uniformisation (compétence fédérale épuisée), de nouvelles restrictions au marché intérieur ne soient créées. Les cantons ne devraient pas pouvoir limiter la liberté d'établissement d'études d'avocats actives sur tout le territoire helvétique par des interprétations plus ou moins restrictives de l'article 8 al. 1 let. d LLCA (cf. Figure 1, ci-dessus). Le législateur fédéral cherchait précisément à empêcher ce genre de restriction de l'accès au marché lorsqu'il a introduit l'article 2 al. 6 LMI (cf. ch. 40 ss, ci-dessus).

52. L'article 2 al. 6 LMI s'applique aux décisions qui constatent la conformité au droit fédéral d'une marchandise, un service ou une prestation de travail. Dans le cas présent, il est question d'une décision cantonale qui constate la conformité des services fournis par une société anonyme d'avocats à la LLCA. Lorsqu'une autorité cantonale a constaté que des avocats peuvent être employés par une collectivité d'avocats déterminée en conformité avec le droit fédéral, cette décision comporte également la constatation que la forme d'organisation choisie par la collectivité d'avocats ne menace pas l'indépendance des avocats employés exigée par l'article 8 al. 1 let. d LLCA. Comme exposé ci-dessus (cf. ch. 35 ss), l'article 2 al. 6 LMI s'applique aux décisions cantonales constatant la conformité au droit fédéral des critères d'aptitude tant professionnels que personnels. Selon l'article 2 al. 6 LMI, la décision cantonale sur la conformité au droit fédéral des services de la société anonyme d'avocats vaut pour toute la Suisse, pas uniquement pour les avocats à titre individuel, mais bien aussi pour la collectivité d'avocats en tant que forme d'organisation.

53. Conformément au droit du marché intérieur, le canton de Genève reste toutefois libre d'interpréter l'article 8 al. 1 let. d LLCA de manière plus stricte à l'égard de collectivités d'avocats genevoises qui n'ont pas de société principale dans un autre canton et de refuser

²⁰ Cf. requête de A. _____ du 12 novembre 2015, p. 2: « Nous requérons également que cet agrément couvre à l'avenir tout avocat qui rejoindrait notre étude de Genève ».

²¹ SJ 2015 II 209, pp. 212 s., ch. 5 y c. l'indication de la décision 54/10 du 23 janvier 2012.

l'inscription d'avocats employés par une collectivité pluridisciplinaire d'avocats sise sur son territoire. La discrimination à rebours (discrimination des indigènes) qui en résulte est inhérente à la LMI, admise par le législateur fédéral²² et tolérée par le Tribunal fédéral²³. En effet, les offreurs indigènes ont la possibilité de faire recours contre le refus d'autorisation de collectivités pluridisciplinaires d'avocats et – selon que l'article 8 LLCA contient une réglementation uniforme ou constitue un standard minimum – d'invoquer la violation, soit de l'article 8 al. 1 let. d LLCA, soit de l'article 27 Cst.

3.4 De l'application du principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 5 LMI)

54. Si le Tribunal fédéral devait nier l'applicabilité de l'article 2 al. 6 LMI, le refus d'inscrire les avocats employés par A._____ dans le canton de Genève constituerait toutefois toujours une restriction de la liberté d'établissement consacrée par l'article 2 al. 1 à 5 LMI. Pour certaines activités lucratives, la LMI reste applicable subsidiairement lorsque celles-ci sont réglementées par des lois fédérales spéciales, mais que ces lois ne contiennent aucune réponse à des questions spécifiques.

55. Par exemple, la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (loi sur les professions médicales, LPMéd; RS 811.11) à son article 36 fixe les conditions d'autorisation pour l'exercice d'une profession médicale universitaire à titre dépendant ou indépendant. En revanche, la question de savoir si un médecin indépendant peut se lier à une société de capitaux n'est pas réglée par la LPMéd, de sorte que la réponse à cette question est donnée par le droit cantonal.²⁴ En conséquence, une société anonyme de médecins autorisée dans un canton dispose, sur la base du principe du lieu de provenance du droit du marché intérieur, d'un droit à la fondation d'une succursale dans un autre canton.²⁵

56. Dans le même sens, la LLCA règle les conditions d'accès et de libre circulation des avocats. La LLCA ne contient toutefois aucune règle concernant les conditions auxquelles un avocat peut engager un stagiaire. La réglementation de cet aspect de l'activité de l'avocat revient donc aux cantons (art. 3 Cst.). Il s'ensuit que dans les rapports intercantonaux, la LMI s'applique, en particulier le principe du lieu de provenance de l'article 2 al. 1 à 5 LMI.²⁶ Le Tribunal fédéral expliquait à ce sujet que:

« Dans le cadre des compétences cantonales réservées par l'art. 3 al. 1 LLCA, le législateur vaudois a édicté des dispositions concernant la formation des stagiaires, dont l'art. 18 LPAv. (...) D'autre part, elle intervient dans la liberté qu'ont les avocats d'organiser leur travail, le cas échéant en engageant des stagiaires. Dans cette mesure, l'art. 18 LPAv va au-delà du seul but de formation poursuivi par l'art. 3 al. 1 LLCA et il empiète sur le domaine régi par la LMI, dès lors qu'il limite la liberté d'accès au marché de l'avocat qui, au sens de la LMI, comprend notamment le choix des subordonnés (...). Il en découle que l'avocat qui se voit privé, en vertu de l'art. 18 LPAv, de la possibilité d'engager un stagiaire parce qu'il n'aurait pas une pratique suffisante dans le canton, peut invoquer la LMI. Dans la mesure où la LLCA a

laissé des compétences aux cantons, ceux-ci doivent non seulement les exercer en respectant le cadre fixé par la LLCA, mais encore s'abstenir d'établir ainsi des entraves contraires à la LMI. »²⁷

57. En regard du cas présent, il est parlant de constater que la LLCA ne règle pas non plus la question de savoir si des avocats peuvent s'associer à des non-avocats au sein d'une personne morale. Ainsi, le législateur vaudois a-t-il décidé à son article 8 al. 3 LPAv de ne permettre à un avocat vaudois de s'associer qu'avec un autre avocat inscrit à un registre cantonal ou un avocat conseil.

58. La restriction d'accès au marché concerne dans le cas présent l'art et la manière d'organiser la profession d'avocat; selon l'arrêt du Tribunal fédéral mentionné précédemment (arrêt Blanc), les réglementations cantonales relatives à l'organisation de l'activité d'avocat tombent dans le champ d'application de la LMI. Des restrictions de l'accès au marché prononcées sur la base du droit cantonal relatif à l'organisation de la profession d'avocat ne sont possibles qu'aux conditions de l'article 3 LMI.

59. Ainsi, dans le cas présent, A._____ Genève est empêchée d'engager de nouveaux avocats et d'être active économiquement dans le canton de Genève. Cette mesure constitue une restriction de la liberté d'établissement de A._____ en tant que personne morale garanti par l'article 2 al. 4 LMI (cf. ch. 47 ss, cidessus).²⁸

3.5 De la justification des restrictions d'accès au marché (art. 3 LMI)

60. Retenons à titre intermédiaire que le refus de l'inscription des avocats employés par A._____ à Genève viole l'article 2 al. 6 LMI et subsidiairement l'article 2 al. 1 et 4 LMI et restreint la liberté d'établissement de cette société. La décision cantonale selon laquelle la succursale de A._____ ne peut employer aucun avocat dans le canton de Vaud, constitue une restriction de l'accès au marché qui doit être justifiées aux conditions de l'article 3 al. 1 LMI.

²² Message revLMI (note 3), pp. 453 s.

²³ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_204/2010 du 24 novembre 2011, consid. 7.1.4 (fiduciaire, Tessin): « *Indubbiamente è auspicabile che i Cantoni cerchino di ridurre le disparità più significative, se del caso armonizzando le rispettive legislazioni; laddove delle differenze di trattamento sussistessero - come è il caso, a mente dei ricorrenti, per alcuni articoli della LFid - non vi è lesione degli art. 8 e 27 Cost.* »; confirmé in: arrêt du Tribunal fédéral 2C_720/2014 du 12 mai 2015, consid. 7 (fiduciaire II, Tessin).

²⁴ Jugement VB.2011.00431 du 22 septembre 2011 du Tribunal administratif du canton de Zurich, consid. 4.

²⁵ Cf. décision du 7 août 2015 du Département de l'intérieur du canton de Schaffhouse, DPC 2015/3, p. 428 ss; DIEBOLD/SCHAFFTER, (note 5), p. 527 s.

²⁶ ATF 134 II 329 consid. 5.3 (arrêt « Blanc »).

²⁷ ATF 134 II 329 consid. 5.3 (mise en forme par les rédacteurs).

²⁸ Au sujet de la restriction de l'accès au marché par des réglementations sur les modalités d'exercice d'une activité lucrative, cf. NICOLAS DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015 209, p. 222 ss.

61. Selon l'article 3 al. 1 LMI, les restrictions de l'accès au marché doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si (i) la réglementation sur l'accès au marché et la pratique administrative entre le lieu de provenance et de destination ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI), si (ii) ces restrictions s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, (iii) sont indispensables à la protection d'intérêts publics prépondérants et (iv) répondent au principe de la proportionnalité.

62. A ce propos, la question se pose encore de savoir **si la non reconnaissance d'une décision cantonale au sens de l'article 2 al. 6 LMI peut être justifiée aux conditions de l'article 3 LMI.**

3.5.1 Justification d'une restriction de l'article 2 al. 6 LMI

63. Selon la doctrine unanime et une jurisprudence constante, les restrictions au principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI) dans un domaine non harmonisé peuvent être justifiées aux conditions de l'article 3 LMI. Comme déjà mentionné ci-dessus (ch. 36), la présomption d'équivalence de l'article 2 al. 5 LMI implique que l'autorité du lieu de destination ne peut revoir les conditions professionnelles et personnelles d'accès au marché. Selon le Tribunal fédéral, un second contrôle n'est possible qu'en présence d'indices concrets indiquant que l'offreur externe ne remplissait pas, ou plus depuis lors, les critères du lieu de provenance.²⁹

64. Il ressort des débats parlementaires relatifs à la révision de 2005 de la LMI que le concept de l'actuel article 2 al. 6 LMI trouve son origine dans la présomption d'équivalence de l'article 2 al. 5 LMI. C'est sur proposition du Conseiller national d'alors Didier Burkhalter que le Conseil national a étendu la présomption d'équivalence de l'article 2 al. 5 LMI à l'exécution cantonale du droit fédéral, en particulier le passage suivant:

« L'application des principes indiqués ci-dessus pré-suppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons. »³⁰

65. Le Conseil des États a accepté la proposition du Conseil national et formulé la teneur actuelle de l'article 2 al. 6 LMI. Le Conseiller aux États EUGEN DAVID expliquait alors:

« Nous reprenons ici l'idée qui a déjà rassemblé une majorité du Conseil national. Nous l'avons uniquement formulée autrement, à savoir dans le sens que nous avons rattaché la validité pour toute la Suisse à la décision d'autorisation, d'approbation ou de constatation de la première autorité cantonale. »³¹

66. Le Conseil national a ensuite adopté la formulation du Conseil des États.³²

67. Une décision cantonale sur la conformité au droit fédéral d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation de travail doit ainsi valoir pour toute la Suisse. En principe, les cantons ne disposent d'aucune marge de manœuvre pour contester l'application du droit fédéral par un autre canton et limiter l'accès au marché.

68. C'est cela même que l'article 2 al. 6 LMI devait éviter. Il en va de même avec les produits et services pouvant être mis sur le marché sans contrôle préalable d'une autorité, mais qui restent soumis à contrôle après-coup. Si à l'occasion d'un contrôle par sondage, une autorité cantonale constate qu'un produit n'est pas conforme au droit fédéral, alors, selon l'article 2 al. 6 LMI, cette décision vaut également pour toute la Suisse. Le Conseiller aux États Eugen David expliquait à l'époque:

« Lorsqu'un chimiste cantonal constate qu'un produit est mis sur le marché [NDR: sans contrôle préalable d'une autorité], mais ne respecte pas la législation sur les denrées alimentaires, il est de son devoir et de droit et de sa responsabilité d'interdire ce produit sur la base du droit des denrées alimentaires. Cette décision vaut toutefois pour toute la Suisse [...]. La personne concernée par cette décision devra alors se tourner vers l'autorité de recours. [...] L'autorité de recours décidera alors – elle aussi pour toute la Suisse – ce qu'il en est. C'est le fondement du concept de cette norme; elle vaut donc également pour les décisions négatives. »³³

69. Fondamentalement, une décision cantonale au sens de l'article 2 al. 6 LMI est contraignante pour tous les cantons. Un contrôle a posteriori de la conformité au droit fédéral, par analogie avec l'article 2 al. 5 LMI, serait tout au plus admissible

- lorsque l'offreur ne remplit plus les conditions fédérales en raison de **faits nouveaux et postérieurs** à la première décision cantonale ou
- que l'autorité du lieu de la première autorisation a **manifestement mal ou de manière crassement fausse** appliqué le droit fédéral.

70. La question de savoir si une restriction à l'accès au marché dans un cas d'application de l'article 2 al. 6 LMI doit être motivée conformément à l'article 3 LMI peut rester ouverte dans la mesure où une application manifestement fautive du droit fédéral par l'autorité du lieu de provenance permettra toujours de remplir les exigences de cette même disposition.

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe II, Zurich); de même que ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute II, Zurich); arrêt du Tribunal fédéral 2C_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste, Schwyz).

³⁰ BO 2005 N 883 ss.

³¹ BO 2005 E 762; traduction libre de: « Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt ».

³² BO 2005 N 1620.

³³ BO 2005 E 763 s.; traduction libre de « Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz. [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden. [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide. »

3.5.2 Justification d'une restriction de l'accès au marché selon l'article 2 al. 1-5 LMI

71. Dans l'arrêt attaqué, l'instance précédente a dans un premier temps considéré l'application de la liberté d'établissement (art. 2 al. 4 LMI) avant d'examiner directement les conditions de restrictions au sens de l'article 3 LMI. Ce faisant elle a omis de renverser la présomption de l'équivalence de l'article 2 al. 5 LMI. Or cette le Tribunal fédéral a jugé cette étape indispensable dans son arrêt 2C_57/2011 du 3 mai 2011 (consid. 3.1).

72. Même si contre toute attente le Tribunal fédéral devait considérer que les niveaux de protection ne sont pas équivalents, et ce de manière telle que la présomption de l'article 2 al. 5 LMI peut être réfutée, il y a néanmoins lieu de constater que les conditions de l'article 3 LMI ne sont pas remplies.

73. En effet, l'application de l'article 3 LMI ne serait indiquée que si l'article 8 al. 1 let. d LLCA ne définissait pas un niveau de protection uniforme, mais un standard minimum quant à l'indépendance de l'avocat (cf. à ce sujet, ch. 43 s., ci-dessus) que les cantons pouvaient revoir par le biais de réglementations plus strictes qui devraient toutefois rester dans les limites de la liberté économique (art. 27 Cst.). Dans ce cas, la question de savoir si le niveau de protection plus élevé du canton de destination est indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants, proportionnel et non-discriminatoire (art. 3 al. 1 LMI) resterait. En outre, l'article 3 LMI – et les considérations qui suivent – s'appliquerait de la même manière si l'article 2 al. 1 à 5 LMI trouvaient application (cf. ch. 54 à 59).

74. Dans son arrêt l'instance précédente a jugé que le seul moyen de garantir le respect de l'article 8 al. 1 let. d LLCA était d'imposer la condition de la présence uniquement d'avocats inscrits dans un registre au conseil d'administration de A._____. En conséquence, la question se pose de savoir si cette condition est admissible sous l'angle de l'article 3 LMI, respectivement en remplirait les conditions.

75. En ce qui concerne la justification de la restriction de l'accès au marché, l'autorité du lieu de destination supporte le **fardeau de la preuve et ses conséquences** en cas d'absence de preuve, à savoir comme conséquence notamment l'obligation d'octroyer à l'offreur externe le libre accès au marché, sans aucune restriction possible.³⁴ Dans le cas présent, l'instance précédente a omis de réfuter la présomption d'équivalence (cf. ch. 71 s.) avant de procéder au contrôle de la restriction sous l'angle de l'article 3 LMI. Compte tenu de l'absence de réfutation de la présomption d'équivalence déjà, l'arrêt de l'instance précédente restreint illicitement l'accès au marché au sens de la LMI.

76. En outre, il sied de constater qu'elle n'a que peu développé son argumentation au sujet des conditions de restriction de l'article 3 al. 1 LMI; elle a principalement motivé la restriction en reprenant son interprétation de l'article 8 al. 1 let. d LLCA. Or, ses conditions n'étaient pas remplies en l'espèce.

77. En effet, les inscriptions au registre des avocats employés de A._____ dans les cantons de Zurich, Berne, Bâle-Ville et du Tessin ne constituent pas une

application manifestement fautive ou arbitraire de l'article 8 LLCA par ces cantons et la condition d'avoir 100 % d'avocats inscrits au conseil d'administration ne remplit pas les conditions de l'article 3 LLCA.

78. La restriction d'accès au marché est manifestement non-discriminatoire (art. 3 al. 1 let. a LMI) et vise à protéger les clients d'avocats (art. 3 al. 1 let. b LMI). Il ne se pose donc que la question de savoir si la restriction est proportionnelle par rapport au niveau de protection visé (art. 3 al. 1 let. c LMI), respectivement si elle est « indispensable » (au sens de l'article 3 al. 1 let. b LMI).³⁵

79. Dans le cadre de l'examen du respect de la proportionnalité au sens de l'article 3 al. 1 let. c LMI dans les échanges économiques intercantonaux, l'unité de l'espace économique suisse et les droits individuels à la mobilité des offreurs (cf. art. 1 al. 2 LMI) devraient se voir accorder un poids accru – en tant qu'objectifs spécifiques de la LMI – par rapport à l'analyse de la proportionnalité des atteintes à la liberté économique.³⁶

80. Selon l'article 10 al. 2 LPaV, les études d'avocats genevoises peuvent exercer sous la forme d'une société de capitaux à la condition d'obtenir l'agrément « qui s'assure du respect des exigences du droit fédéral »; les sociétés pluridisciplinaires d'avocats ne sont donc pas *a priori* interdites dans le canton de Genève. Sous l'angle de la **proportionnalité** (art. 3 al. 1 let. c LMI), la question se pose de savoir si la restriction prononcée par les autorités genevoises est apte, nécessaire et proportionnel au sens étroit, respectivement tout simplement indispensable, au sens de l'article 3 al. 1 let. b LMI, à garantir l'indépendance ainsi que la protection du secret professionnel de l'avocat.

81. L'aptitude d'une interdiction des études d'avocats pluridisciplinaires organisées sous la forme de sociétés de capitaux à protéger les intérêts des clients face aux influences d'autres associés non-inscrits et à assurer le maintien du secret professionnel est douteuse. En effet, il est difficilement concevable que des décisions prises par l'assemblée générale ou le conseil d'administration touchent aux dossiers de clients, respectivement que de telles décisions soient prises à ces niveaux. En effet, les attributions de ces organes sociaux dans une société

³⁴ NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 3/2010, p. 129 ss, 144; ATF 135 II 12 consid. 2.4 (psychothérapeute II, Zurich); arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2011 du 3 mai 2011, consid. 3.4 (installateur sanitaire, Thurgovie); Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 sur l'accès au marché des services de taxi externes à l'exemple des réglementations d'accès au marché des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne de même que des villes de Zurich et Winterthur, ch. 17 s.; sur la base de la LMI dans sa version de 1995, cf. ATF 125 I 474, consid. 3 (MediService).

³⁵ ATF 135 II 12, consid. 2.5 (Psychothérapeute Zurich II).

³⁶ ATF 125 I 474, consid. 3 (MediService); cf. également ATF 128 I 295, consid. 4c/cc (Association suisse des annonceurs et consorts): « le principe de proportionnalité doit être appliqué strictement aux restrictions posées par un canton à l'égard d'offreurs externes respectant la réglementation en vigueur dans leur propre canton. »; Message LMI (note 5), 1246; Message revLMI (note 3), p. 453; MARTENET VINCENT/RAPIN CHRISTOPHE, Le marché intérieur suisse, Les mesures restrictives du droit suisse à la lumière du droit européen, Berne 1998, pp. 27 s.; MATTHIAS OESCH, Die Schaffung des schweizerischen Binnenmarktes, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss), Francfort sur le Main 2013, vol. 112(2013), cahier 2/3, pp. 166 ss, p. 184.

anonyme se situent au niveau des décisions stratégiques quant à l'orientation de la société sur le marché du conseil juridique, de la défense et de la représentation de clients ou l'infrastructure informatique ou relatives aux locaux de l'étude ou de l'attribution de dividendes aux actionnaires, etc. conformément aux articles 662 ss et 698 ss du Code des obligations (CO; RS 220) s'agissant de l'assemblée générale, et aux articles 716 ss CO, pour ce qui concerne le conseil d'administration. Le CO ne prévoit pas que l'assemblée générale ou le conseil d'administration se mêle des détails de l'exploitation de la société anonyme.

82. En outre, l'interdiction des études pluridisciplinaires organisées sous la forme de sociétés de capitaux n'est pas indispensable (art. 3 al. 1 let. b LMI), ni même nécessaire à la sauvegarde du secret professionnel et à l'absence d'influence mettant en péril les intérêts des clients. Cette interdiction n'est pas un préalable indispensable dans la mesure où d'autres solutions moins contraignantes sont possibles. De l'avis des pratiques cantonales des autorités de surveillance et de la doctrine, il n'est pas déterminant que la société d'avocats soit composée exclusivement d'avocats inscrits, mais bien plutôt le fait qu'une collectivité d'avocats associée avec des personnes non inscrites soit **en tout temps et dans la durée maîtrisée par des avocats inscrits** et, par là même, garantisse son caractère d'étude d'avocats:

« En présence d'associations pluridisciplinaires, la maîtrise de la collectivité d'avocats par des avocats inscrits peut être assurée « quand à tous les niveaux (assemblée générale, conseil d'administration et – dans les affaires relatives aux mandats uniquement – direction) les décisions (« Sachgeschäft » et élections) ne peuvent être prises que lorsque la majorité des votants, atteignant le quorum légal ou statutaire prévu, rassemble plus (en nombre de têtes) d'avocates et avocats que de personnes non inscrites ». Il faut donc exiger que les associés participent activement dans l'étude. Il découle du principe de la participation active dans la collectivité d'avocats que la simple détention de capital et les participations « silencieuses » (sans droit de vote) dans une collectivité d'avocats ne doivent pas être admises. »³⁷

83. Dans le cas présent, A. _____ remplit manifestement les conditions évoquées ci-dessus. Ainsi, des mesures moins contraignantes sont envisageables pour atteindre le même niveau de protection du secret ainsi que contre l'influence de personne non inscrites à un registre des avocats. En effet, d'une part, comme le soulève ZINDEL dans le passage traduit ci-dessus, la simple garantie par les statuts ou – lorsque les études pluridisciplinaires sont autorisées – dans la loi cantonale de quorums assurant soit que seuls les avocats inscrits peuvent prendre des décisions dans les affaires de clients, soit que chaque décision ne puisse être adoptée qu'à une majorité d'avocats inscrits présents et votants, pour les niveaux de décision de l'assemblée générale, du conseil d'administration et – limité aux décisions quant aux dossiers de clients – de la direction.

84. Une autre solution évoquée dans la doctrine est celle de la limitation du rôle dans les dossiers des personnes

non-inscrites dans un registre à celui de conseiller ou d'auxiliaire (qui sont soumis au même secret que l'avocat au sens de l'article 321 du Code pénal suisse [CP; RS 311]), respectivement de limiter leur pouvoir de gestion dans les dossiers laissant la conduite à des avocats inscrits; ce que relève d'ailleurs l'opinion séparée. Ainsi, l'organisation pour assurer la maîtrise, respectivement la domination dans la durée de la personne morale par des avocats inscrits est le critère déterminant pour juger de l'admissibilité d'études pluridisciplinaires organisées sous forme de société de capitaux³⁸; le Tribunal fédéral examine donc si « l'organisation mise en place dans le cas particulier présente les mêmes garanties sous l'angle de l'indépendance ». ³⁹ En tout état de cause, dans son arrêt 2C_560/2015 du 11 janvier 2016, le Tribunal fédéral a à nouveau souligné l'importance de l'organisation concrète de l'étude d'avocats organisée sous la forme d'une personne morale. Dans le cas d'espèce, A. _____ est organisée de manière à offrir les mêmes garanties d'indépendance qu'une étude composée uniquement d'avocats inscrits.

85. Au surplus, également du point de vue de la proportionnalité – au sens étroit – il apparaît que la pression économique et la concurrence entre les études suisses et internationales oblige les études d'avocats à offrir plus que des services strictement d'avocat, mais également

³⁷ Traduction libre de: « Die Beherrschung der Anwaltsgesellschaft durch eingetragene Anwälte ist bei multidisziplinären Partnerschaften dadurch sicherzustellen, « dass auf allen Entscheidungsebenen (in der Generalversammlung, im Verwaltungsrat und – eingeschränkt auf mandatsbezogene Belange – auch in der Geschäftsleitung) Beschlüsse (Sachgeschäfte und Wahlen) nur zustande kommen, wenn die zustimmende Mehrheit, welche die gesetzlich oder statutarisch vorgegebenen Quoren erreicht, mehr (nach Köpfen gezählt) eingetragene Anwältinnen und Anwälte als nicht eingetragene Personen auf sich vereinigt ». Zu verlangen ist sodann, dass die Partnergesellschaften aktiv in der Kanzlei mitzuarbeiten haben. Aus dem Grundsatz der aktiven Mitarbeit in der Anwaltsgesellschaft ergibt sich, dass blosse Kapitalanlagen und stille Beteiligungen an Anwaltsgesellschaften nicht zuzulassen sind. » in: GAUDENZ G. ZINDEL, Anwaltsgesellschaften in der Schweiz, in: Leo Staub/Christine Hehli Hidber (éds), Management von Anwaltskanzleien, Zurich 2012, p. 289 ss, ch. 24; cf. également LE MÈME, Anwaltsgesellschaften in der Schweiz, in: SJZ 108/2012 249, p. 255, pt 6; décision du 5 octobre 2006 de la Commission de surveillance du canton de Zurich, consid. IV/3.2, ZR 105 (2006) no 71, pp. 302 s.; extrait de la décision du 4 mars 2014 de la Commission des avocats du canton d'Obwald, consid. 6.4 (disponible à l'adresse: http://www.ow.ch/dl.php/de/535f4f34e89f3/Multidisziplinare_Partnerschaften.pdf [dernière consultation le 27 janvier 2016]); cf. en outre MARTIN HENSSLER, Die Kapitalbeteiligung an Anwaltsgesellschaften, in: Bundesrechtsanwaltskammer (BRÄK), BRÄK-Mitteilungen, Cologne 2007, pp. 186 ss (partie 1) et pp. 238 ss (partie 2); MANFRED KÜNG, Anwaltskörperschaft und Unabhängigkeit, Revue de l'Avocat 6-7/2008 280, p. 284; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, nos 2372 ss.

³⁸ Dans le même sens, cf. Décision du 4 mars 2014 de l'Anwaltskommission du canton d'Obwald, disponible sur le site www.ow.ch; décision 54/10 du 23 janvier 2012 de la Commission du Barreau du canton de Genève, Semaine Judiciaire 2015 II p. 209, 2012 s. selon laquelle un expert fiscal titulaire d'un doctorat en droit, mais pas d'un brevet d'avocat, a été admis en tant que partenaire dans une étude pluridisciplinaire organisée sous la forme d'une société anonyme; GAUDENZ G. ZINDEL, Anwaltsgesellschaften in der Schweiz, in: SJZ 108/2012 p. 249, 255 s. et les références citées, en particulier à la note 65.

³⁹ ATF 140 II 102, consid. 5.2, cité par LETICIA BONI in: RDAF 2015 I p. 441, 444.

des services spécialisés dans le domaine du conseil fiscal ou économique (p. ex. dans le domaine du droit des cartels il est nécessaire qu'une étude soit en mesure de fournir des services tant juridiques qu'économiques).⁴⁰

86. Il apparaît donc manifestement que le niveau de protection visée peut être atteint par d'autres mesures plus douces que l'interdiction pure et simple des collectivités pluridisciplinaires d'avocats ou l'exigence d'une participation de 100 % d'avocats inscrits. Cette restriction de l'accès au marché n'est dès lors pas justifiée conformément à l'article 3 al. 1 LMI.

87. Le même raisonnement permet également de conclure que les autorités de surveillance des cantons de Zurich, Berne, Bâle-Ville et du Tessin n'ont pas appliqué la LLCA de manière manifestement fautive ou arbitraire.

4 EN CONCLUSION

88. En imposant que la totalité du conseil d'administration soit composé d'avocats inscrits et ne reconnaissant pas la décision du 27 mai 2008 de l'*Aufsichtskommission* concernant A._____, le canton de Genève a restreint la liberté d'accès au marché sur la base de l'article 2 al. 6 LMI des avocats travaillant pour A._____ de manière indue.

89. Dans sa décision du 27 mai 2008, le canton de Zurich a décidé que des avocats peuvent être employés par A._____ conformément au droit fédéral; cette décision comprend la constatation que la forme d'organisation de l'étude d'avocats pluridisciplinaire sous la forme d'une société anonyme est conforme à l'indépendance exigée par l'article 8 al. 1 let. d LLCA des avocats qu'elle emploie. En conséquence, conformément à l'article 2 al. 6 LMI, la décision (cantonale) du 27 mai 2008 prise en application du droit fédéral (la LLCA) est contraignante pour tous les autres cantons à moins que l'autorité du lieu de destination (Commission du Barreau de Genève) ne prouve que l'autorité du lieu de provenance (l'*Aufsichtskommission*) a mal appliqué le droit fédéral ou de manière manifestement fautive ou arbitraire, ce que l'instance précédente n'a pas fait, se contentant de procéder à un revirement de sa jurisprudence.

90. Ainsi, en application de l'article 2 al. 6 LMI, les avocats employés par A._____ à Genève doivent être inscrits au registre de ce canton dans la mesure où par sa décision du 27 mai 2008 l'*Aufsichtskommission* du canton de Zurich a décidé que la structure juridique et le fonctionnement interne de cette société était conforme au droit fédéral (art. 8 al. 1 let. d LLCA).

91. Vu ce qui précède, la COMCO prie respectueusement le Tribunal fédéral de faire suite à sa conclusion prise plus haut.

⁴⁰ Dans ce sens, cf. ATF 138 II 440, consid. 9 *in fine* et les références citées; VINCENZO AMBERG, in: ZBJV/RJB 151/2015 p. 629, 637s., pt 3.2.2.

B 4 Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale

B 4	1. Urteil des BVGer vom 24. Oktober 2019 – Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung
-----	---

Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Der Beschwerdeführer hat beim Bundesgericht Beschwerde erhoben, die derzeit hängig ist (Stand Dezember 2019)

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Oktober 2019 in Sachen Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung

Sachverhalt:

A.

Die Wettbewerbskommission (WEKO) erliess am 10. Juli 2017 eine Sanktionsverfügung gegen die Foffa Conrad AG, die Scandella Bau AG und die Hohenegger SA in Liquidation wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal. Sie stellte fest, die Gesamtabrede, die die drei Unternehmen zwischen 2004 und 2012 getroffen hätten, stelle eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) dar. Gegenüber den beiden Selbstanzeigerinnen, der Foffa Conrad AG und deren Tochtergesellschaft Scandella Bau AG, sprach die WEKO keine Sanktion aus. Das Verfahren gegen die Hohenegger SA wurde eingestellt. Die Sanktionsverfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

Mit Pressemitteilung vom 13. Juli 2017 informierte die WEKO die Öffentlichkeit über den Erlass der vorgenannten Sanktionsverfügung.

C.

Am 14. Juli 2017 stellte der Kanton Graubünden bei der WEKO ein Gesuch um Akteneinsicht. Er beantragte Einsicht in die Sanktionsverfügung, in allfällige weitere Beweismittel und in die Verfahrensakten. Eventualiter sei ihm soweit Einsicht zu gewähren, als er als Vergabebehörde von den Wettbewerbsabreden betroffen sei. Subeventualiter sei zu bestätigen, dass er als Vergabebehörde von den Wettbewerbsabreden nicht betroffen sei.

D.

Am 24. Oktober 2017 publizierte die WEKO die Sanktionsverfügung vom 10. Juli 2017 auf ihrer Webseite. Die Verfügungsadressaten wurden offengelegt, während Personennamen sowie Geschäftsgeheimnisse abgedeckt wurden.

E.

Mit Verfügung vom 17. September 2018 entschied die WEKO über das Einsichtsgesuch des Kantons Graubünden wie folgt:

"1. Nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung wird dem Kanton Graubünden gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG Einsicht in die folgenden Beweismittel der Untersuchung 22-0467: Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal gewährt: E-Mails vom 27. Juni 2012 (Act. III.C.067 [22-0433] sowie Act. III.C.079 [22-0433]), E-Mail vom 28. Juni 2012 (Act. III.C.106 [22-0433]), undatierte Besprechungsnotiz (Act. III.C.031 [22-0433]), Auszüge aus den Protokollen der Einvernahmen der Hohenegger SA vom 28. Oktober 2015 (Act. IV.025 [22-0433]) und vom 16. März 2016 (Act. II.1 [22-0467]). Kopien dieser Akten werden dem Kanton Graubünden zugestellt.

2. Soweit weitergehend, wird das Gesuch des Kantons Graubünden abgewiesen, soweit dieses nicht gegenstandslos geworden ist.

3. Der Kanton Graubünden darf die ersuchten Daten einzig zur Prüfung und Anordnung von vergaberechtlichen Sanktionen sowie zur Prüfung eines Schadens zu seinen Lasten bzw. zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verwenden. Die Weitergabe der Daten an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken wird ausdrücklich untersagt."

In den Erwägungen führte die WEKO im Wesentlichen aus, gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) sei dem Kanton Graubünden Einsicht in die Verfahrensakten und Beweismittel der Untersuchung zu gewähren, bei denen er die zuständige Beschaffungsstelle gewesen sei und hinsichtlich deren Anhaltspunkte für Einzelsubmissionsabreden bestünden. Von der Einsicht seien diejenigen Dokumente auszunehmen, deren Offenlegung das Institut der Selbstanzeige gefährden würde. Zudem sei die Einsichtnahme gemäss Rechtsprechung nur unter Auflage zu gestatten.

F.

Gegen die Einsichtsverfügung der WEKO vom 17. September 2018 erhebt der Kanton Graubünden (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 19. Oktober 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, Disp.-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und es sei ihm umfassend Einsicht in die Sanktionsverfügung vom 10. Juli 2017 sowie in alle Beweismittel und Verfahrensakten, namentlich auch der Selbstanzei-

ger, zu gewähren, bei denen er als Vergabe- oder Subventionsbehörde von den Wettbewerbsabreden betroffen sei. Ferner sei Disp.-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und er sei zu ermächtigen, die ersuchten Informationen, Beweismittel und Verfahrensakten ohne jegliche Einschränkung zur Wahrnehmung seines verfassungsrechtlichen Auftrages, namentlich in straf-, zivil-, vergabe-, subventions- und steuerrechtlicher Hinsicht, zu verwenden.

In der Begründung rügt der Beschwerdeführer im Wesentlichen, es fehle an einer Rechtsgrundlage, um die Datenverwendung zu beschränken sowie die Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen zu verweigern. Die Einschränkungen würden sich zudem auch als unverhältnismässig erweisen.

G.

Die Beschwerdegegnerinnen haben keine Beschwerdeantwort eingereicht.

H.

Die WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) schliesst in der Vernehmlassung vom 10. Dezember 2018 auf Abweisung der Beschwerde. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht sie, der Beschwerde sei bezüglich Disp.-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung die aufschiebende Wirkung zu entziehen, um während laufendem Rechtsmittelverfahren die Verwendungsbeschränkung derjenigen Akten sicherzustellen, die gemäss der rechtskräftigen Disp.-Ziff. 1 herauszugeben seien.

I.

Mit Eingabe vom 16. Januar 2019 stimmt der Beschwerdeführer dem Verfahrensantrag der Vorinstanz vom 10. Dezember 2018 zu.

J.

In Gutheissung des Verfahrensantrags der Vorinstanz entzieht das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 23. Januar 2019 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung betreffend Disp.-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung.

K.

In der Replik vom 23. Januar 2019 hält der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde fest.

L.

In der Duplik vom 1. Februar 2019 bleibt die Vorinstanz bei ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

M.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Dokumente wird - soweit entscheidungsrelevant - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes

vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG). Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG erlassen wurde (vgl. Art. 18 Abs. 3 i.V.m. Art. 39 KG). Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist mit seinen Anträgen nicht vollständig durchgedrungen. Er ist demnach zur Beschwerde legitimiert.

1.3 Der Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach dem in der vorinstanzlichen Verfügung geregelten Rechtsverhältnis, soweit es angefochten wird. Der Streitgegenstand kann sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens verengen, darf jedoch grundsätzlich nicht erweitert oder qualitativ verändert werden. Es ist mithin das in der angefochtenen Verfügung (Anfechtungsobjekt) geregelte Rechtsverhältnis, welches den äusseren Rahmen des Streitgegenstandes bestimmt. Fragen, über welche die erstinstanzliche Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen; sonst würde in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen (vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2; statt vieler Urteil des BVerG A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 1.3; AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Art. 12 Rz. 11 [nachfolgend: Kommentar VwVG], MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.7 f. und 2.213).

Mit Schreiben vom 14. Juli 2017 stellte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz ein Gesuch um Einsichtnahme, um erstens das Vergabeverfahren und dessen Kontrollmechanismen zu überprüfen, um zweitens vergaberechtliche Sanktionen gegen die in der Sanktionsverfügung geahndeten Unternehmen zu prüfen und anzuordnen sowie um drittens allfällige zivilrechtliche Ansprüche gegen diese Unternehmen zu prüfen und durchsetzen zu können. Der Beschwerdeführer wies in seinem Gesuch ausdrücklich darauf hin, die Daten sollten ihm nur für die genannten drei Zwecke bekannt gegeben werden. Wie sich aus den Erwägungen der angefochtenen Verfügung ergibt, hat die Vorinstanz die Zulässigkeit der Datenbekanntgabe konkret für die im Gesuch angegebene Anliegen geprüft und im Einzelnen darüber befunden. Über andere mögliche Anliegen für die Datenbekanntgabe hat sie nicht entschieden. Soweit der Beschwerdeführer nun in der Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht Einsicht zwecks Wahrnehmung seines gesamten verfassungsrechtlichen Auftrages - namentlich auch in straf-, subventions- und steuerrechtlicher Hinsicht - verlangt, geht das Begehren über den Streitgegenstand hinaus. Darauf ist insoweit nicht einzutreten.

1.4 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist - unter Vorbehalt der vorstehenden Erwägung - einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.

3.1 In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer, die ihm auferlegte Auflage gemäss Disp.-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung sei nicht ausreichend begründet und damit sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Die Vorinstanz bestreitet eine Verletzung der Begründungspflicht. Sie habe die Gründe für den Erlass der Auflage unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dargelegt.

3.2 Schriftliche Verfügungen sind gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG zu begründen. Die Begründungspflicht ist ein Teilaspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Dieser ist in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankert. Eine Begründung muss - im Sinne einer Minimalanforderung - in jedem Fall so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über deren Tragweite Rechenschaft geben und sie sachgerecht anfechten kann. Zudem muss der Rechtsmittelinstanz die Überprüfung der Rechtsanwendung möglich sein. Es sind wenigstens kurz die Überlegungen zu nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 142 II 324 E. 3.6; BVGE 2013/46 E. 6.2.5; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, Kommentar VwVG, Art. 35 Rz. 5 ff., KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 629 f.; je mit Hinweisen).

3.3 In den Erwägungen der angefochtenen Verfügung legt die Vor-

instanz die bestehende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dar und führt für den konkreten Fall aus, die Auflage gemäss Disp.-Ziff. 3 solle verhindern, dass die Daten zu kartellrechtsfremden Zwecken verwendet werden. Mit diesen Ausführungen wurden die entscheidungswesentlichen Überlegungen zwar knapp, aber doch in nachvollziehbarer Weise dargelegt. Letztlich war der Beschwerdeführer - wie die Vorbringen in seiner Beschwerde zeigen - im Stande, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist zu verneinen.

4.

4.1 In materieller Hinsicht ist zunächst die Rechtsgrundlage der informationellen Amtshilfe darzulegen, soweit diese unbestritten geblieben ist.

4.2 Für die Beurteilung des Einsichtsgesuchs des Beschwerdeführers kommen mehrere Rechtsgrundlagen in

Frage. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts richten sich solche Gesuche - bei gegebenen Anwendungsvoraussetzungen - primär nach dem Datenschutzgesetz, genauer gesagt nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG (BVGE 2016/22 E. 5 ff.; Urteile des BVGer A-590/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 7 ff., A-592/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 6 ff. und A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 5 ff. [teils noch nicht rechtskräftig]).

Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG ist die Bekanntgabe von Personendaten ohne rechtliche Grundlage im Sinne von Art. 17 DSG möglich, wenn die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Der Gesetzgeber hat damit eine spezifische Norm geschaffen, welche den verfassungsmässigen Grundsatz der gegenseitigen Amtshilfe von Art. 44 BV zumindest für die informationelle Amtshilfe einer Bundesbehörde konkretisiert. Die Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG soll eine rationelle Verwaltungstätigkeit erlauben und die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben sicherstellen. Angesichts des Ausnahmecharakters kann sie jedoch nur im Einzelfall zur Anwendung gelangen und ist jeweils eng auszulegen (BVGE 2016/22 nicht publ. E. 5 und E. 6.2 mit Hinweisen; vgl. JENNIFER EHRENSPERGER, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 19 DSG Rz. 21 [nachfolgend: Basler Kommentar DSG/BGÖ]).

4.3 In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zunächst den Geltungsbereich und die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 2 i.V.m. Art. 3 DSG geprüft und als vorliegend erfüllt erachtet (vgl. BVGE 2016/22 E. 6.1 mit Hinweisen). Hinsichtlich der Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG bejahte die Vorinstanz sodann, dass ein Ersuchen im Einzelfall vorliegt. So beziehe sich das Gesuch des Beschwerdeführers auf die Akten eines bestimmten vorinstanzlichen Verfahrens, womit im Gesuch selbst der Kreis der betreffenden Personendaten klar umrissen werde. Auch seien im Gesuch spezifische Zwecke angegeben, wozu die Daten benötigt würden (vgl. BVGE 2016/22 E. 7 mit Hinweisen). Des Weiteren seien die drei im Gesuch genannten Anliegen - Überprüfung des Vergabeverfahrens und dessen Kontrollmechanismen, Prüfung und Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen sowie Prüfung und Durchsetzung allfälliger zivilrechtlicher Ansprüche - als gesetzliche Aufgaben zu qualifizieren (vgl. BVGE 2016/22 E. 9 mit Hinweisen). Schliesslich seien die Daten zur Erfüllung der vom Beschwerdeführer angeführten gesetzlichen Aufgaben im nachfolgenden Umfang unentbehrlich: Die Unentbehrlichkeit für das erste Anliegen des Beschwerdeführers sei zu verneinen, da die kantonalen Vergabeabläufe und Kontrollmechanismen schon aufgrund der Angaben in der publizierten Sanktionsverfügung überprüft werden könnten (vgl. BVGE 2016/22 E. 8.2 mit Hinweisen). Hinsichtlich des zweiten Anliegens des Beschwerdeführers erwoog die Vorinstanz, ein Auftragsentzug oder eine Vertragsauflösung gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a des Submissionsgesetzes des Kantons Graubünden vom 10. Februar 2004 (SubG GR, BR 803.300) komme vorliegend nicht in Betracht, da die Projekte zwischenzeitlich ausgeführt worden seien. Um eine Konventionalstrafe

oder den Ausschluss bei künftigen Beschaffungen prüfen zu können (Art. 32 Abs. 1 Bst. b und c SubG GR), bedürfe der Beschwerdeführer hingegen Einsicht in die Verfahrensakten, soweit es um Einzelprojekte gehe, bei denen er die zuständige Beschaffungsstelle gewesen sei (vgl. BVGE 2016/22 E. 8.3 mit Hinweisen). Für das dritte Anliegen des Beschwerdeführers sei eine Einsichtnahme ebenfalls unentbehrlich, soweit es um Einzelprojekte gehe, bei denen der Kanton die zuständige Beschaffungsstelle gewesen sei (vgl. BVGE 2016/22 E. 8.4 mit Hinweisen).

4.4 Diese vorinstanzlichen Erwägungen stehen in Übereinstimmung mit der bestehenden Rechtsprechung und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Es ist somit zu Recht unbestritten geblieben, dass im genannten Umfange die Voraussetzungen für die Gewährung der informationellen Amtshilfe nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG grundsätzlich erfüllt sind.

5.

Gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG hat das Bundesorgan eine grundsätzlich zulässige Datenbekanntgabe abzulehnen, einzuschränken oder mit Auflagen zu verbinden, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person (Bst. a) oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen (Bst. b; vgl. zum Ganzen EHRENSPERGER, Basler Kommentar DSG/BGÖ, Art. 19 DSG Rz. 60 ff., CLAUDIA MUND, in: Baeriswyl/ Pärli [Hrsg.], Handkommentar Datenschutzgesetz, Art. 19 Rz. 34 ff., YVONNE JÖHRI, in: Rosenthal/Jöhri [Hrsg.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, Art. 19 Rz. 93 ff., je mit Hinweisen).

Vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 4 DSG ist nachfolgend strittig und zu prüfen, ob die Vorinstanz die Verwendung der bekanntzugebenden Daten mittels Auflage einschränken (vgl. nachfolgend E. 6) sowie das Gesuch des Beschwerdeführers um Einsicht in die Daten der Selbstanzeigerinnen abweisen durfte (vgl. nachfolgend E. 7). Soweit die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers im Übrigen teilweise gutgeheissen hat, ist die Verfügung unangefochten geblieben.

6.

6.1 In einem ersten Schritt ist zu klären, ob im Rahmen der informationellen Amtshilfe die Auflage zulässig ist, demnach der Beschwerdeführer die ersuchten Daten einzig zur Prüfung und Anordnung von vergaberechtlichen Sanktionen sowie zur Prüfung eines Schadens zu seinen Lasten bzw. zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verwenden darf und ihm die Weitergabe der Daten an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken ausdrücklich untersagt wird.

6.2 Der Beschwerdeführer rügt, es mangle an einer gesetzlichen Grundlage für die Einschränkung der Datenverwendung. Die Bestimmung von Art. 25 Abs. 2 KG könne nicht als spezialgesetzliche Geheimhaltungspflicht im Sinne von Art. 19 Abs. 2 Bst. b DSG verstanden werden. Der Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 KG beziehe sich gemäss Lehre nur auf die zweckgebundene Verwertung der Kenntnisse durch die Vorinstanz selbst und nicht auf die Datenweitergabe an andere Behörden. Andernfalls wäre Art. 25 Abs. 2 KG redundant, denn bei

Art. 19 DSG handle es sich um den einzig möglichen Anwendungsfall einer Datenweitergabe durch die Vorinstanz im Rahmen der Amtshilfe. Die verfügte Auflage erweise sich überdies auch als unverhältnismässig, da sie verhindere, dass der beschwerdeführende Kanton seine gesetzlichen und verfassungsmässigen Aufgaben umfassend wahrnehmen könne. Wesentliche öffentliche Interessen oder schutzwürdige Privatinteressen, die den Erlass der Auflage zu rechtfertigen vermögen, seien nicht ersichtlich.

Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, Art. 19 Abs. 4 DSG sehe ausdrücklich vor, die Datenbekanntgabe mit Auflagen zu verbinden, wenn gesetzliche Geheimhaltungsgründe es verlangen würden. Eine solche Geheimhaltungspflicht enthalte Art. 25 Abs. 2 KG. Die Zweckidentität resp. -kompatibilität der Datenverwendung müsse in jedem Fall sichergestellt werden und diesbezüglich bestehe kein Raum für eine Interessenabwägung.

6.3 Mit einer Auflage wird der Verfügungsadressat zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet. Auflagen gehören zu den Nebenbestimmungen einer Verfügung. Nebenbestimmungen konkretisieren die mit einer Verfügung festgelegten Rechte und Pflichten; sie regeln die Modalitäten einer Verfügung. Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt auch für Nebenbestimmungen. Nebenbestimmungen brauchen jedoch nicht ausdrücklich in einem Rechtssatz vorgesehen zu sein, sondern die Zulässigkeit kann sich vielmehr auch aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck ergeben und damit aus einem mit der Hauptanordnung in einem engen Zusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervorgehen. Auflagen zu begünstigenden Verfügungen sind insbesondere dann zulässig, wenn die zugestandenen Rechte im Lichte der gesetzlichen Bestimmungen verweigert werden könnten. Unzulässig sind hingegen alle Nebenbestimmungen, die sachfremd oder unverhältnismässig sind (vgl. BGE 131 I 166 E. 4.4; Urteil des BVer A-6841/2016 vom 6. März 2018 E. 9.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 906 ff., TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 90 ff.).

6.4 Gemäss Bst. b von Art. 19 Abs. 4 DSG lehnt das Bundesorgan die Datenbekanntgabe ab, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen. Das Datenschutzgesetz entbindet folglich das angefragte Bundesorgan nicht vom Amtsgeheimnis oder anderen speziellen Geheimhaltungspflichten. Vielmehr muss im Einzelfall mittels Gesetzesauslegung geprüft werden, ob eine spezialgesetzliche Regelung die Geheimhaltungspflicht aufhebt und ob eine datenschutzrechtliche Bestimmung einer Datenbekanntgabe entgegensteht (vgl. BVGE 2016/22 E. 11.1; EHRENSPERGER, Basler Kommentar DSG/BGÖ, Art. 19 DSG Rz. 66 mit Hinweisen).

Das Kartellrecht regelt das Amtsgeheimnis in Art. 25 KG. Die Bestimmung sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis wahren (Abs. 1). Sie dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten

Zweck verwerten (Abs. 2). Ferner erlaubt die Bestimmung den Wettbewerbsbehörden, diejenigen Daten an den Preisüberwacher weiterzugeben, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt (Abs. 3). In Abs. 4 von Art. 25 KG wird das Verbot statuiert, in den Veröffentlichungen Geschäftsgeheimnisse preiszugeben. Das Bundesverwaltungsgericht hat in BVGE 2016/22 eine umfassende Auslegung von Art. 25 KG vorgenommen, um zu klären, ob diese Bestimmung eine Schranke für die Datenbekanntgabe im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG bildet. Gemäss der Rechtsprechung führt die Auslegung zum Ergebnis, dass Art. 25 KG die amtshilfweise Datenbekanntgabe einschränkt, aber nicht vollständig ausschliesst. Eine Weitergabe ist nach Art. 25 Abs. 2 KG dann zulässig, wenn die Daten an ein (potentielles) Kartellopferteil geliefert werden, von der Bekanntgabe keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind und die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden. Die zweckentsprechende Verwertung der Daten ist mit der Anordnung einer Auflage sicherzustellen (BVGE 2016/22 E. 11 mit Hinweisen).

6.5 Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers besteht für die angefochtene Auflage, welche die Datenverwendung beschränkt, eine hinreichende gesetzliche Grundlage.

Für die Auslegung von Art. 25 Abs. 2 KG kann auf die bestehende Rechtsprechung verwiesen werden. Wie in BVGE 2016/22 E. 11 im Einzelnen aufgezeigt, ergibt sich aus der Auslegung der spezialgesetzlichen Bestimmung von Art. 25 Abs. 2 KG, dass die Daten nur zu kartellrechtlichen Zwecken weitergegeben werden dürfen. Vorliegend besteht auch keine Veranlassung, diese Rechtsprechung in Frage zu stellen. Mit der Vorinstanz ist einig zu gehen, dass die vom Beschwerdeführer angeführte Lehrmeinung von Sutter nichts an der angefochtenen Verfügung zu ändern vermöge. Selbst wenn der Lehrmeinung von Sutter zu folgen wäre, dass Art. 25 Abs. 2 KG nur die Verwertung der Daten durch die Vorinstanz selbst und nicht die durch andere Behörden regle, bliebe die Verwendung der Daten gesetzlich beschränkt. Der Grundsatz der Zweckidentität resp. -kompatibilität ergäbe sich diesfalls - auch nach der Ansicht von Sutter - aus den Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 DSG (vgl. PATRICK SUTTER, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Dike Kommentar, 2018, Art. 25 Rz. 45 f. [nachfolgend: Dike Kommentar KG]). So oder anders könnte sich die vom Beschwerdeführer bestrittene Einschränkung auf eine ausreichende Rechtsgrundlage stützen. Was die Auflage selbst betrifft, sieht der Gesetzeswortlaut von Art. 19 Abs. 4 DSG sodann ausdrücklich vor, dass das Bundesorgan die Datenbekanntgabe mit Auflagen verknüpft, wenn gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen.

Das Bundesverwaltungsgericht sieht demnach keinen Grund von der bestehenden Rechtsprechung abzuweichen. In Übereinstimmung mit BVGE 2016/22 ist daran festzuhalten, dass Art. 25 Abs. 2 KG eine gesetzliche Schranke für die Datenbekanntgabe im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. b bildet und auch für die Anordnung

der Auflage eine genügende gesetzliche Grundlage besteht.

6.6 Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers ist auch keine fehlerhafte Interessenabwägung hinsichtlich der strittigen Auflage erkennbar.

Die von der Vorinstanz erlassene Auflage ist weder als sachfremd noch als unverhältnismässig zu erachten. Denn die engen gesetzlichen Vorgaben, die für die vorliegende Datenbekanntgabe im Rahmen der Amtshilfe zu beachten sind, würden weitgehend ihren Sinn und Zweck verlieren, sollte der Beschwerdeführer die erhaltenen Daten für die Wahrnehmung beliebiger öffentlicher Aufgaben verwenden dürfen. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Beschränkung gleichzeitig auch der Wahrung der allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze, insbesondere dem Grundsatz der Zweckbindung, dient (vgl. Art. 4 Abs. 3 DSG; Art. 2 Abs. 1 des Kantonalen Datenschutzgesetzes des Kantons Graubünden vom 10. Juni 2001 [KDSG GR, BR 171.100]). Angesichts der engen gesetzlichen Vorgaben ist nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer durch die verfügte Auflage in der Wahrnehmung seiner öffentlichen Aufgaben übermässig eingeschränkt würde. Der Klarheit halber sei an dieser Stelle nochmals angemerkt, dass vorliegend mangels Streitgegenstand nicht geklärt zu werden braucht, ob die informationelle Amtshilfe auch zur Wahrnehmung anderer öffentlicher Aufgaben - namentlich in straf-, subventions- und steuerrechtlicher Hinsicht - gewährt werden könnte, sollte im Einzelfall darum ersucht werden (vgl. vorstehend E. 1.3).

6.7 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist demnach zusammenfassend festzuhalten, dass Art. 25 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG - wie von der Vorinstanz zutreffend erkannt - nur eine eingeschränkte Datenbekanntgabe unter Auflage zulässt. In casu wurden die gesetzlichen Vorgaben von der Vorinstanz korrekt angewendet. So zählt der Beschwerdeführer als kantonale Vergabestelle zu den potentiellen Kartellopferten (vgl. BVGE 2016/22 E. 11.5.2). Des Weiteren beabsichtigte die Vorinstanz, vor einer allfälligen Datenbekanntgabe die Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Beschwerdegegnerinnen zu schwärzen und diese dem Beschwerdeführer somit in keinem Fall bekannt zu geben (vgl. BVGE 2016/22 E. 11.5.3). Die im Gesuch genannten und hier relevanten Zwecke für die Datenbekanntgabe, nämlich die Prüfung und Durchsetzung allfälliger zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche sowie vergaberechtlicher Sanktionen, stimmen nach der Rechtsprechung mit den kartellrechtlichen Zwecken im Sinne von Art. 1 KG überein (vgl. BVGE 2016/22 E. 11.5.1). Schliesslich ist - wie aufgezeigt - der Erlass der Auflage nicht zu beanstanden.

7.

7.1 In einem zweiten Schritt bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz im Rahmen der informationellen Amtshilfe das Gesuch des Beschwerdeführers um Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen abweisen durfte.

7.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, zur Wahrnehmung seiner öffentlichen Aufgaben sei er auf die Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen angewiesen, da diese Daten möglicherweise mehr als die

Hälfte aller aussagekräftigen Akten ausmachen würden. Vorliegend fehle es an einer gesetzlichen Grundlage für die Abweisung seines Gesuchs. Der Sanktionserlass für die Selbstanzeigerinnen nach Art. 49a Abs. 2 KG sei ein rein verwaltungsrechtlicher Anreiz zur Kooperation. Als Ausnahmebestimmung sei die Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG eng auszulegen und dürfe nicht auf die Frage der Datenbekanntgabe ausgeweitet werden. Es entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, den Selbstanzeigerinnen zusätzlichen Schutz vor vergaberechtlichen Sanktionen der öffentlichen Hand oder vor Zivilklagen zulasten von Geschädigten zu bieten. Die vorinstanzliche Interessenabwägung führe zudem zu einem verfehlten Ergebnis. Der haushälterische Umgang mit Staatsgeldern sowie die Wahrung der Kantonsverfassung liege im öffentlichen Interesse. Es sei nicht gerechtfertigt, die Bonusregelung derart attraktiv auszugestalten, dass er als Kanton seinen Pflichten faktisch nicht mehr nachkommen könne, zumal auch nicht empirisch belegt sei, dass eine Datenbekanntgabe die verwaltungsrechtliche Bonusregelung tatsächlich gefährde.

Die Vorinstanz bleibt demgegenüber in der Vernehmlassung bei ihrer Ansicht, dem Beschwerdeführer seien die Daten der Selbstanzeigerinnen nicht bekanntzugeben, um die Wirksamkeit der Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG zu erhalten. Die Selbstanzeigerinnen hätten gegenüber der Vorinstanz umfassend kooperiert, weshalb ihnen im Falle einer Datenbekanntgabe an den Beschwerdeführer eine überproportionale Inanspruchnahme drohe. Ob eine Selbstanzeige eingereicht werde, hänge nicht nur von der zu erwartenden Sanktionshöhe, sondern von sämtlichen damit verbundenen Vor- und Nachteilen ab. Werde dem Gesuch des Beschwerdeführers stattgegeben, sei zu erwarten, dass Unternehmen sich zukünftig vermehrt gegen eine Selbstanzeige entscheiden würden. Ausreichende Anreize, um mit der Vorinstanz zu kooperieren, würden wegfallen. Mit Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG bestehe eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Datenbekanntgabe. Im Rahmen der Interessenabwägung sei das über den konkreten Fall hinausreichende öffentliche Interesse, auch künftig erfolgreich Kartellrechtsverstösse verfolgen zu können, als überwiegend zu erachten. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten öffentlichen Interessen seien primär kurzfristiger sowie finanzieller Natur. Die Abweisung des Gesuchs führe nicht zu einer Privilegierung der Selbstanzeigerinnen, sondern es werde einzig verhindert, dass diese in nachfolgenden zivil- oder vergaberechtlichen Verfahren faktisch schlechter gestellt würden als die übrigen Parteien. Die Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG werde nicht auf andere Rechtsgebiete ausgeweitet. Die vorgenommene Wertung stimme mit der Rechtslage in der Europäischen Union überein, wonach Selbstanzeigen absolut geschützt würden und nicht bekanntzugeben seien.

7.3 Gemäss Art. 49a Abs. 2 KG kann gegenüber einem Unternehmen, welches an der Aufdeckung oder Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, d.h. eine Selbstanzeige einreicht, auf eine Sanktionierung ganz oder teilweise verzichtet werden (sog. Bonusregelung). Zur Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG heisst es in der Botschaft des Bundesrates, für austrittswillige Kartellmitglieder entstehe damit ein Anreiz zur Meldung des

Kartells. Mit dem Anreiz werde die gegenseitige Loyalität und Solidarität der Kartellmitglieder geschwächt. Gegenseitiges Misstrauen und ein "Wettbewerb um den Kooperationsbonus" würden den Aufbau oder die Aufrechterhaltung harter Kartelle erschweren und so einen präventiven Beitrag zur Kartellbekämpfung leisten. Die Kooperation eines Kartellmitglieds erleichtere zudem die Arbeit der Wettbewerbsbehörde massgeblich. Einerseits könne sie dazu beitragen, dass Kartelle, die sonst unaufgedeckt geblieben wären, ans Tageslicht kommen. Andererseits werde auch die Sachverhaltsermittlung wesentlich erleichtert, indem andernfalls schwer zugängliche Informationen aus erster Hand flössen. Im Ausland habe sich diese Vorgehensweise bewährt (Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, S. 2038). Die Einführung der Bonusregelung war in den parlamentarischen Beratungen umstritten, der Gesetzesentwurf von Art. 49a Abs. 2 KG wurde letztlich aber unverändert übernommen (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] N 2002 1453 ff., AB S 2003 333 ff.; TAGMANN/ZIRLICK, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2010, Art. 49a Rz. 2 mit Hinweisen). Die gesetzlichen Vorgaben von Art. 49a Abs. 2 KG werden in der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) weiter ausgeführt. Die Bonusregelung hat eine grosse praktische Bedeutung erlangt (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF, Dike Kommentar KG, Art. 49a Rz. 68 mit Hinweisen).

7.4 Nach Bst. a von Art. 19 Abs. 4 DSG lehnt das Bundesorgan die Datenbekanntgabe ab, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen. Eine derartige Interessenabwägung hat zu erfolgen, wenn die Datenbekanntgabe - wie vorliegend - im Ermessen des Bundesorganes liegt und hierzu keine Verpflichtung besteht. Die Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnisse ist dabei im hier zu beurteilenden Zusammenhang von vornherein untersagt und von der geforderten Interessenabwägung ausgenommen (BVGE 2016/22 E. 12.1 mit Hinweisen).

Das Bundesverwaltungsgericht liess es in seiner bisherigen Rechtsprechung offen, wie es sich mit der Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen nach Abschluss des Verfahrens im Rahmen der informationellen Amtshilfe verhält (BVGE 2016/22 E. 12.4.3; Urteile des BVGer A-590/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 4, A-592/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 4 und A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 3 [teils noch nicht rechtskräftig]). In anderen Zusammenhängen hatte das Bundesverwaltungsgericht sich indes bereits verschiedentlich mit der Wahrung des Instituts der Selbstanzeige zu befassen. So erkannte das Bundesverwaltungsgericht, dass die vorinstanzliche Publikationsversion der Sanktionsverfügung insbesondere auch dem Aspekt des Schutzes der Selbstanzeige gerecht werden müsse (Urteil des BVGer B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.8, E. 5.5 und E. 8 mit Hinweisen). Im Verfahren B-807/2012 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass kein Anspruch auf Herausgabe von Kopien der Selbstanzeigen nach Art. 26 ff. VwVG bei den gegebenen Umständen bestehe. Es liege im öffentlichen Inte-

resse, die Wirksamkeit der Bonusregelung als Instrument des Wettbewerbsrechts durch eine gewisse Geheimhaltung zu unterstützen (Zwischenverfügung des BVGer B-807/2012 vom 20. Februar 2014, bestätigt mit Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 5.4.6 mit Hinweisen).

7.5 Soweit der Beschwerdeführer in der vorliegenden Beschwerde geltend macht, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage, um eine Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen im Rahmen der informationellen Amtshilfe abzulehnen, ist ihm nicht zu folgen.

Auch zwischen den Verfahrensbeteiligten ist im Grunde unbestritten geblieben, dass die Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG keinerlei Regelung zur ersuchten Datenbekanntgabe enthält. Folglich ist auch nicht über eine eigentliche Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 49a Abs. 2 KG zu befinden, wie dies vom Beschwerdeführer gerügt wird. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers lässt sich aber aus der fehlenden spezialgesetzlichen Regelung nicht die Schlussfolgerung ziehen, die Einschränkung der Datenbekanntgabe könne sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen. Die allgemeine datenschutzrechtliche Bestimmung von Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG bietet eine genügende Rechtsgrundlage, um das Gesuch um informationelle Amtshilfe gegebenenfalls abzuweisen. Bei dieser rechtlichen Ausgangslage ist auf die kartellrechtliche Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG nachfolgend nur, aber immerhin insoweit einzugehen, als sie für die datenschutzrechtliche Interessenabwägung gemäss Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG von Bedeutung ist.

7.6 Im Folgenden gilt es, eine Abwägung der betroffenen Interessen gestützt auf Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG vorzunehmen.

Für die Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen sprechen vorliegend vor allem verschiedene öffentliche Interessen des Kantons. Sollte der Beschwerdeführer durch die in der Sanktionsverfügung dargestellten Absprachen der Selbstanzeigerinnen geschädigt worden sein, besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Geltendmachung von zivilrechtlichen Ersatzforderungen sowie an der Durchsetzung von vergaberechtlichen Sanktionen. Der haushälterische Umgang mit Steuergeldern liegt im öffentlichen Interesse genauso wie die Einhaltung des kantonalen Vergaberechts. Die vom Beschwerdeführer angestrebte Datenverwendung könnte ausserdem allgemein eine generalpräventive Wirkung auf zukünftige Submissionsabsprachen entfalten, was ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt. Diesen öffentlichen Interessen kommt unbestrittenermassen ein erhebliches Gewicht zu.

Den genannten öffentlichen Interessen an der Datenbekanntgabe steht das gegenläufige, aber ebenfalls erhebliche öffentliche Interesse gegenüber, von den Daten der Selbstanzeigerinnen möglichst wenig preiszugeben, um die Wirksamkeit der Bonusregelung zu erhalten. Um in den Genuss der Sanktionsbefreiung nach Art. 49a Abs. 2 KG zu gelangen, mussten die Selbstanzeigerinnen umfassend mit der Vorinstanz im Verfahren kooperieren. Würden diese Daten im Rahmen der Amtshilfe nun dem Beschwerdeführer bekanntgegeben werden, wären die Selbstanzeigerinnen einem ungleich höheren

Risiko ausgesetzt, vergaberechtlich oder zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, als die übrigen an der Submissionsabrede beteiligten Unternehmen. Wie die fachkundige

Vorinstanz nachvollziehbar begründet, erscheint es - auch ohne empirischen Nachweis - plausibel, dass Unternehmen sich zukünftig vermehrt gegen eine Selbstanzeige entscheiden würden, sollten sie eine faktische Benachteiligung in späteren vergabe- oder zivilrechtlichen Verfahren aufgrund der Datenbekanntgabe erwarten. Die ersuchte Datenbekanntgabe könnte daher das gesetzgeberische Ziel einer wirksamen Bonusregelung in Frage stellen. Wenn Wettbewerbsverstösse regelmässig unaufgeklärt bleiben, könnte dies den faktischen Geltungsanspruch des kartellrechtlichen Sanktionssystems erschüttern (vgl. Daniel Zimmerli, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 668 mit Hinweisen). Das aufgezeigte öffentliche Interesse an der Einschränkung der Datenbekanntgabe wäre auch dann als erheblich zu erachten, wenn der Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG Ausnahmecharakter zukäme und eng auszulegen wäre, wie der Beschwerdeführer argumentiert. Denn auch im Falle einer gesetzlichen Ausnahmebestimmung bestünde ein öffentliches Interesse an der Wirksamkeit des Gesetzes.

Im Rahmen der eigentlichen Interessenabwägung ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass das öffentliche Interesse an einer wirksamen Bonusregelung als grundsätzlich überwiegend zu betrachten ist, weil es im Dienste der Aufdeckung von Wettbewerbsverstössen steht. Kommen solche Verstösse erst gar nicht ans Licht, könnten auch keine Schadenersatzforderungen oder vergaberechtlichen Sanktionen seitens des Beschwerdeführers ins Auge gefasst werden. Zu beachten ist hierbei, dass die hier strittige Datenbekanntgabe in einem unmittelbaren, engen Konnex zum abgeschlossenen Kartellverfahren steht. Aufgrund dessen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen der vorliegenden Interessenabwägung dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Bonusregelung Vorrang einräumt und die Daten der Selbstanzeigerinnen privilegiert behandelt. Die von der Vorinstanz vorgenommene Wertung liegt auch in der Linie der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

7.7 Im Ergebnis ist somit im Rahmen der informationellen Amtshilfe das öffentliche Interesse an einer wirksamen Bonusregelung höher zu gewichten als diejenigen öffentlichen Interessen, die der Beschwerdeführer mit seinem Gesuch um Datenbekanntgabe wahrzunehmen beabsichtigt. Für die Daten der Selbstanzeigerinnen lässt sich zusammenfassend festhalten, dass vorliegend wesentliche öffentliche Interessen im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG einer Bekanntgabe an den Beschwerdeführer entgegenstehen.

Angesichts der erkannten wesentlichen öffentlichen Interessen braucht an dieser Stelle nicht mehr weiter darauf eingegangen zu werden, ob die Datenbekanntgabe allenfalls auch aufgrund von wesentlichen privaten Interessen im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG einzuschränken wäre.

8.

Schliesslich sind keine anderweitigen Rechtsgrundlagen ersichtlich, die eine weitergehende Offenlegung der Daten erlauben würden. So lässt sich das Gesuch des Beschwerdeführers unbestrittenermassen weder auf das Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) noch auf den verfassungsrechtlich verankerten Anspruch auf Akteneinsicht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV stützen (vgl. BVE 2016/22 nicht publ. E. 4.3 und E. 5; Urteile des BVGer A-590/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 13 f., A-592/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 12 f. und A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 11 f. [teils noch nicht rechtskräftig]; je mit Hinweisen).

9.

Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

10.

10.1 Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt; anderen als Bundesbehörden, die Beschwerde führen und unterliegen, werden Verfahrenskosten auferlegt, soweit sich der Streit um vermögensrechtliche Interessen von Körperschaften oder autonomen Anstalten dreht (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse Fr. 200.- bis Fr. 50'000.- (vgl. Art. 63 Abs. 4 bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Aufgrund des Verfahrensausgangs gilt der Beschwerdeführer als unterliegend. Da es sich hier um eine Streitigkeit mit Vermögensinteresse handelt, hat er die auf Fr. 3'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen (vgl. BGE 139 II 404 E. 12.3; vgl. auch Urteile des BVGer A-590/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 17.2, A-592/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 16.1 und A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 15.1 [teils noch nicht rechtskräftig]). Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

10.2 Dem Beschwerdeführer steht als unterliegende Partei keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben die Beschwerdegegnerinnen, die sich am Verfahren nicht beteiligt haben, sowie die Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

11.

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Datenschutzes sind gemäss Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG, SR 235.11) dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) bekannt zu geben.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin 3 (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-00041COO.2101.111.4.28431B; Einschreiben)
- das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)
- den EDÖB (zur Kenntnis)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4 Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale

B 4 1. Urteil des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2018 - Submission

Urteil 2C_861/2017 des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2018 in Sachen Frauenverein Spitex Aarburg, handelnd durch den Vorstand, Beschwerdeführer, vertreten durch [...], gegen Einwohnergemeinde Aarburg, handelnd durch den Gemeinderat, Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...]. Gegenstand: Submission, Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, 3. Kammer, vom 12. September 2017 (WBE.2017.347).

Sachverhalt:

A.

Der Gemeinderat Aarburg/AG kündigte mit Schreiben vom 26. Juni 2017 die zwischen der Einwohnergemeinde Aarburg und dem Frauenverein Spitex Aarburg bestehende Leistungsvereinbarung für Spitex-Leistungen vom 26. Februar 2010 per 31. Dezember 2017. In Hinblick auf die Neuvergabe der Spitex-Leistungen (mit einer vorgesehenen Vertragsdauer von drei Jahren) lud der Gemeinderat Aarburg vier gemeinnützige Organisationen in Aarburg und Umgebung zur Abgabe eines Angebots ein. Zur Einreichung einer Offerte wurde mit Schreiben vom 11. August 2017 auch der Frauenverein Spitex Aarburg eingeladen. Dem Einladungsschreiben beigelegt war ein Anforderungskatalog (Offert-Formular).

B.

Mit Eingabe vom 22. August 2017 erhob der Frauenverein Spitex Aarburg Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau. Er beantragte diverse Anpassungen beim Einladungsschreiben bzw. beim Anforderungskatalog, so insbesondere eine Überprüfung der Gewichtung der Zuschlagskriterien (80 % Preis, 20 % übrige Kriterien). Das Verwaltungsgericht erteilte der Beschwerde am 23. August 2017 zunächst superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und trat mit Urteil vom 12. September 2017 nicht auf die Beschwerde ein. Zur Begründung führte das Verwaltungsgericht aus, die Vergabe von Spitex-Leistungen bzw. die Erteilung eines Leistungsauftrags an eine gemeinnützige Organisation unterstehe nicht den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts.

C.

Mit Eingabe vom 5. Oktober 2017 erhebt der Frauenverein Spitex Aarburg Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheit an das Bundesgericht. Er beantragt, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 12. September 2017 sei aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese auf die Beschwerde gegen die Ausschreibung der Einwohnergemeinde Aarburg in Sachen Spitex-Leistungen eintrete.

D.

Das Verwaltungsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung. Die Einwohnergemeinde Aarburg beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Die Wettbewerbskommission WEKO nimmt Stellung, ohne einen konkreten Antrag zu stellen.

Mit Verfügung vom 6. November 2017 hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. Anordnung vorsorglicher Massnahmen abgewiesen.

Mit Eingaben vom 28. Februar, 13. März und 29. März 2018 reichen das Verwaltungsgericht bzw. die Verfahrensbeteiligten weitere Stellungnahmen ein.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (BGE 141 II 113 E. 1 S. 116).

1.1. Der Beschwerdeführer wendet sich form- (Art. 42 BGG) und fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) gegen den kantonal letztinstanzlichen, beim Bundesverwaltungsgericht nicht anfechtbaren (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG; Art. 33 lit. i VGG [SR 173.2]) Nichteintretensentscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 12. September 2017 in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG).

1.2. Die Beschwerde ist zulässig gegen Endentscheide (Art. 90 BGG) sowie gegen Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit (Art. 92 Abs. 1 BGG). Das Verwaltungsgericht ist auf das kantonale Rechtsmittel mit der Begründung nicht eingetreten, dass die Vergabe von Spitex-Leistungen bzw. die Erteilung eines Leistungsauftrags an eine gemeinnützige Organisation nicht den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstünden. Die Beschwerde gegen die am 11. August 2017 erfolgte Ausschreibung bzw. Einladung zur Einreichung einer Offerte stehe daher nicht zu Verfügung, weshalb auf die Beschwerde mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten sei (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.2).

Mit seinem Nichteintretensentscheid brachte das Verwaltungsgericht das bei ihm hängige Verfahren zum Abschluss, womit es sich beim angefochtenen Urteil vom 12. September 2017 - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - um einen Endentscheid in Bezug auf die selbständig anfechtbare Ausschreibung (vgl. § 24 Abs. 2 lit. a des Submissionsdekrets [des Kantons Aar-

gau] vom 26. November 1996 [SubmD/AG; SAR 150.910] bzw. Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SAR 150.950]) im Sinne von Art. 90 BGG handelt. Auch aus Sicht des Beschwerdeführers liegt ein Endentscheid vor, da er mit der vorinstanzlichen Begründung im Ergebnis vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde (vgl. BGE 144 II 184 E. 1.1 S. 186 f.; Urteil 2C_1014/2015 vom 21. Juli 2016 E. 1.2). Dagegen steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich offen. Soweit die Vorinstanz wie hier auf ein Rechtsmittel nicht eintritt, ohne mit einer Eventualbegründung die Sache auch materiell zu beurteilen, kann vor Bundesgericht nur das Nichteintreten angefochten werden. Ist die Beschwerde begründet, weist das Bundesgericht die Sache zur weiteren Beurteilung des Falles zurück. Andernfalls hat es mit dem vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid sein Bewenden (BGE 144 II 184 E. 1.1 S. 187; 139 II 233 E. 3.2 S. 235 f.; 135 II 38 E. 1.2 S. 41; Urteil 2C_1014/2015 vom 21. Juli 2016 E. 1.2).

1.3. Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) erreicht (Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 141 II 14 E. 1.2 S. 20 f.; 133 II 396 E. 2.1 S. 398).

1.3.1. Im Gegensatz zur Vorinstanz (vgl. E. 1.2 hiervor) vertritt der Beschwerdeführer den Standpunkt, dass sich der Streit um einen beschaffungsrechtlichen Vorgang dreht. Er macht zudem geltend, dass der zu vergebende Auftrag den Schwellenwert nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG überschreitet und eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG vorliegt.

1.3.2. Die Frage, ob der angefochtene Entscheid im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung erging, ist vor Bundesgericht in doppelter Hinsicht relevant: Einerseits betrifft sie die grundsätzliche Anwendbarkeit der Zulässigkeitschranke von Art. 83 lit. f BGG. Andererseits wirkt sie sich auf das anwendbare Recht aus, nach welchem die Angelegenheit materiell zu beurteilen ist. In vergleichbaren Fällen hat das Bundesgericht unter Hinweis auf die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen teilweise davon abgesehen, bereits im Rahmen des Eintretens zu prüfen, ob überhaupt ein Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen im Sinne von Art. 83 lit. f BGG vorliegt. Die Prüfung erfolgte im Zuge der materiellen Beurteilung, wobei sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in den betreffenden Fällen trotz der Schranke von Art. 83 lit. f BGG in der Regel als zulässig erwies. Es würde sich nur dann rechtfertigen, bereits anlässlich des Eintretens und nicht erst im Zuge der materiellen Beurteilung zu prüfen, ob überhaupt ein Entscheid auf dem Gebiet der

öffentlichen Beschaffungen im Sinne von Art. 83 lit. f BGG vorliegt, wenn eine der kumulativ anwendbaren Voraussetzungen nach Art. 83 lit. f BGG für die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht erfüllt ist, was vorliegend - wie nachfolgend aufzuzeigen ist - nicht der Fall ist (BGE 143 II 425 E. 1.3 S. 427; Urteil 2C_1014/2015 vom 21. Juli 2016 E. 2.1 mit zahlreichen Hinweisen). Das Bundesgericht hat diese Praxis kürzlich präzisiert und Folgendes ausgeführt: Wenn - wie im vorliegenden Fall - ein oberes kantonales Gericht der Ansicht ist, eine Streitsache betreffe objektiv nicht das öffentliche Beschaffungswesen, hat das Bundesgericht zu prüfen, ob das öffentliche Beschaffungsrecht oder anderes öffentliches Recht zur Anwendung kommt. In solchen Fällen muss es dem Bundesgericht möglich sein, die Sache so vertieft wie möglich zu prüfen und steht das Rechtsmittel der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich zur Verfügung (BGE 144 II 184 E. 1.3 und 1.4 S. 188).

1.3.3. Die Voraussetzung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG ist hier unbestrittenermassen erfüllt: Der Schwellenwert beträgt für Dienstleistungen Fr. 230'000.-- (Art. 6 BöB in Verbindung mit Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [AS 2015 4743] bzw. vom 22. November 2017 für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]). Er ist mit der Honorarsumme von geschätzten Fr. 400'000.-- pro Jahr deutlich überschritten.

1.3.4. Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln (BGE 134 II 192 E. 1.3 S. 195). Die Anwendung rechtsprechungs-gemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (BGE 144 II 177 E. 1.3 S. 180; 141 II 113 E. 1.4.1 S. 118 f.). Der Beschwerdeführer hat die Erfüllung dieser Voraussetzung darzutun (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21).

Der Beschwerdeführer stellt die Rechtsfrage, «ob die Beauftragung einer Spitex-Organisation mit der Erbringung von Leistungen der spitalexternen Pflege - insbesondere mit der Gewährleistung der Versorgungspflicht - einen öffentlichen Auftrag darstellt und somit vom objektiven Bereich der IVöB erfasst wird». Wie der Beschwerdeführer und auch die Wettbewerbskommission WEKO in ihrer Stellungnahme zu Recht ausführen, erfolgt die Qualifizierung der Übertragung von Spitex-Dienstleistungen an private Organisationen als öffentlicher Auftrag in den Kantonen unterschiedlich und in der Lehre besteht Uneinigkeit über diese Frage. Die Frage betrifft somit nicht bloss den Einzelfall des Beschwerdeführers, sondern potentiell sämtliche kommunalen oder regionalen Gemeinwesen. Die Frage ist von grundsätzlicher und erheblicher praktischer Bedeutung. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist daher zulässig.

1.4. Die Beschwerde setzt sodann ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse voraus (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG). Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin bestreiten ein solches Interesse des Beschwerdeführers, weil dieser seinen Betrieb per Ende 2017 eingestellt habe.

1.4.1. Der Beschwerdeführer bestätigt mit Stellungnahme vom 29. März 2018 die Betriebseinstellung per Ende 2017, da es ihm ohne Leistungsauftrag mit der Beschwerdegegnerin nicht mehr möglich war, den Spitex-Betrieb weiterzuführen. Indes führt er aus, dass der Frauenverein Aarburg selbst, der die Spitex-Organisation betrieben habe, nach wie vor bestehe und der Vereinszweck immer noch vorsehe, eine Spitex-Organisation zu betreiben.

1.4.2. Praxisgemäss muss das Rechtsschutzinteresse nicht nur bei der Beschwerdeeinreichung, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung aktuell und praktisch sein (vgl. BGE 123 II 285 E. 4 S. 286 f.). Fällt das schutzwürdige Interesse im Laufe des Verfahrens dahin, wird die Sache als erledigt erklärt; fehlte es schon bei der Beschwerdeeinreichung, ist auf die Eingabe nicht einzutreten (BGE 139 I 206 E. 1.1 S. 208; 137 I 23 E. 1.3 S. 24 f.; Urteil 2C_675/2017 vom 15. Januar 2018 E. 2.2.1 und E. 2.2.2).

1.4.3. Der Frauenverein Spitex Aarburg ist im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen und bezweckt gemäss Eintrag den Betrieb einer Spitex-Organisation in der Gemeinde Aarburg (vgl. auch Art. 3 Abs. 1 der Statuten des Frauenvereins Spitex Aarburg vom 1. Januar 2014). Damit ist das aktuelle und praktische Rechtsschutzinteresse zu bejahen, da der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben immer noch gewillt ist, den Vereinszweck zu erfüllen.

1.5. Sodann hat die Einwohnergemeinde Aarburg, nach Ablehnung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung durch das Bundesgericht, in der Zwischenzeit eine neue Spitex-Leistungsvereinbarung mit der Stiftung Altersheim Lindenhof in Oftringen abgeschlossen. Insofern hätte eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde zur Folge, dass die Vorinstanz auf das Rechtsmittel eintreten müsste und im Rahmen der materiellen Beurteilung bei einer Gutheissung lediglich feststellen könnte, inwiefern das massgebende Recht verletzt wurde (Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02]). Der Umstand, dass der Beschwerdeführer von vornherein nicht mehr erreichen kann, dass ihm der streitige Auftrag erteilt wird, schliesst somit nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung die Anfechtung nicht aus (BGE 141 II 353 E. 1.3 S. 361; 137 II 313 E. 1.2.2 S. 317).

1.6. Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist daher einzutreten.

2.

Das Bundesgericht prüft frei und von Amtes wegen die richtige Anwendung von Bundes- und Völkerrecht (Art. 95 lit. a und b bzw. Art. 106 Abs. 1 BGG). Die Verletzung von Grundrechten sowie von kantonalem und interkantonalem Recht überprüft es nur auf Rüge hin (Art. 106 Abs. 2 BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt

zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat; die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 BGG).

3.

3.1. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz einen Nichteintretensentscheid gefällt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens seien nicht anwendbar, da Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB die Vergabe von Aufträgen an Behindertenorganisationen, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafanstalten ausdrücklich vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausnehme. Die Beschwerdegegnerin habe ausschliesslich gemeinnützige Organisationen bzw. nicht gewinnorientierte juristische Personen zur Einreichung einer Offerte für spitalexterne Krankenpflegeleistungen eingeladen, weshalb die Erteilung des Leistungsauftrags nicht den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstehe. Dagegen machen der Beschwerdeführer wie auch die Wettbewerbskommission WEKO geltend, die Erteilung des Leistungsauftrags für Spitex-Dienstleistungen stelle in casu einen öffentlichen Auftrag dar, der die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts erfordere.

3.2. Das Bundesgerichtsgesetz führt nicht näher aus, was unter einer öffentlichen Beschaffung im Sinne von Art. 83 lit. f BGG zu verstehen ist. Von einem beschaffungsrechtlichen Entscheid im Sinne der genannten Bestimmung ist aber jedenfalls dann auszugehen, wenn er gestützt auf einschlägige submissionsrechtliche Erlasse erging oder hätte ergehen sollen (BGE 144 II 177 E. 1.3.1 S. 180 f.; 144 II 184 E. 2.1 S. 188 f.; 2C_1014/2015 vom 21. Juli 2016 E. 2.2). Eine Definition des Begriffs "öffentliche Beschaffung" ist aber auch den vergaberechtlichen Erlassen fremd (vgl. BGE 125 I 209 E. 6b S. 212; Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.1; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 605). Gemäss Art. I Ziff. 1 des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422; nachfolgend: GPA) findet das Übereinkommen auf alle Gesetze, Vorschriften, Verfahren und Praktiken betreffend die öffentliche Beschaffung Anwendung. Immerhin deutet das GPA auf ein eher weites Verständnis des Begriffs «öffentliche Beschaffung» hin. Das Binnenmarktgesetz bestimmt seinerseits in Art. 5 lediglich, dass sich öffentliche Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten (Abs. 1) und sie dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen berücksichtigen (Abs. 2). Der Anwendungsbereich der IVöB, die auch der Kanton Aargau unterzeichnet hat, setzt unter anderem voraus, dass ein öffentlicher Auftrag erteilt werden soll (vgl. Art. 6 IVöB). Was unter einem öffentlichen Auftrag zu verstehen ist, regelt die Interkantonale Vereinbarung indes nicht (BGE 144 II 177 E. 1.3.1 S. 180 f.; 144 II 184 E. 2.1 S. 188 f.).

3.3. Nach Lehre und Rechtsprechung ist für öffentliche Beschaffungen kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen (synallagmatisches Rechtsgeschäft; BGE 141 II 113 E. 1.2.1 S. 117; 125 I 209 E. 6b S. 212 f.; Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.2; je mit Hinweisen; BEYELER, a.a.O., Rz. 645 ff.). Es ist dabei nicht bloss auf die Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrags, sondern auf eine funktionale Betrachtung abzustellen, damit die Anwendung des Vergaberechts nicht durch die Wahl einer besonderen Rechtskonstruktion umgangen werden kann (Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.2 mit Hinweis auf BGE 135 II 49 E. 4.4 S. 56; POLEDNA/TRÜMLER, Die Vergabe von Spitex-Leistungen durch die öffentliche Hand, AJP 2018 S. 190). Demgegenüber ist der blosser Umstand, dass der Staat einem Privaten erlaubt, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, keine öffentliche Beschaffung, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern bloss eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet oder reguliert (vgl. BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f.; Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3). Dasselbe gilt grundsätzlich auch, wenn der Staat lediglich eine Sondernutzungskonzession für die Benützung von öffentlichem Grund erteilt, weil der Staat damit nicht etwas beschafft, sondern im Gegenteil dem Privaten ein Recht einräumt und dafür (in der Regel) eine Gegenleistung erhält (BGE 143 II 120 E. 6 S. 126; 125 I 209 E. 6b S. 212 f.; Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3). Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung, wenn mit der Erteilung der Konzession untrennbar Gegenleistungen von gewisser Bedeutung verbunden sind, die normalerweise Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden (vgl. BGE 135 II 49 E. 4.4 S. 56; Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3 mit Hinweisen). Die Verleihung einer Konzession schliesst die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts folglich nicht aus (BGE 144 II 177 E. 1.3.2 S. 181; 144 II 184 E. 2.2 S. 189 f.; vgl. zum Ganzen auch die Legaldefinition des öffentlichen Auftrags in Art. 8 und 9 des Entwurfs zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 [E-BöB; BBI 2017 2009]; POLEDNA/TRÜMLER, a.a.O., S. 189).

3.4. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid zunächst überzeugend dargelegt, dass es sich bei der spitalexternen Krankenpflege um eine öffentliche Aufgabe handelt, die primär in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinden fällt (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.3.2). Dies ergibt sich einerseits aus Art. 25 Abs. 2 (i.V.m. Art. 35 Abs. 2 lit. e) KVG (SR 832.10), wonach grundsätzlich auch die spitalexterne Krankenpflege unter die sogenannten Pflichtleistungen gemäss Art. 24 KVG fällt. Andererseits sieht das kantonale Recht (§ 11 Abs. 1 des Pflegegesetzes [des Kantons Aargau] vom 26. Juni 2007 [PflG/AG; SAR 301.200]) vor, dass die Gemeinden zuständig sind für die Planung und Sicherstellung eines bedarfsgerechten und qualitativ guten Angebots der ambulanten und stationären Langzeitpflege. Soweit erforderlich schliessen die Gemeinden mit stationären und ambulanten Leistungserbringern entsprechende Leistungsvereinbarungen ab (§ 11 Abs. 4 PflG/AG).

3.5. Ebenso zutreffend hat die Vorinstanz dargelegt, dass es für die Qualifikation als öffentlicher Auftrag unerheblich ist, dass der Spitex-Leistungserbringer seine Tätigkeit primär gegenüber dem Publikum (Patienten, Versicherte) und nicht gegenüber der auftraggebenden Gemeinde entfaltet (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.3.3). So hat das Bundesgericht im Urteil 2C_1014/2015 vom 21. Juli 2016 in E. 2.2.3 festgehalten, dass die (damalige) anderslautende Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung stand, zumal der Begriff der öffentlichen Aufgabe beschaffungsrechtlich nicht nur die staatlichen Kernaufgaben umfasst (vgl. BGE 135 II 49 E. 5.2.2 S. 58; 125 I 209 E. 6b S. 212 f.; Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.3; vgl. auch BEYELER, a.a.O., Rz. 862 Fn. 1019; MARTIN BEYELER, Veloverleih: Kein öffentlicher Auftrag?, BR/DC 1/2016 S. 24 f.; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 5 BöB Rz. 16 und 20; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 200; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, S. 45; POLEDNA/TRÜMLER, a.a.O., S. 193).

3.6. Die Vorinstanz ist sodann in einem ersten Schritt zum richtigen Schluss gelangt, dass die Übertragung der spitalexternen Krankenpflege durch eine Gemeinde auf private Leistungserbringer grundsätzlich als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren ist (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.4). Allerdings hat sie diesen Schluss in Anlehnung an BEYELER nur auf jene Fälle bezogen, in denen der private Leistungserbringer als Wirtschaftsteilnehmer auftritt, das heisst kommerziell motiviert ist und gewinnorientiert tätig wird (BEYELER, a.a.O., Rz. 862, 865 und 868). In einem zweiten Schritt hat die Vorinstanz dagegen ausgeführt, es liege hier ein Fall vor, bei dem der private Leistungserbringer keine wirtschaftliche Zwecksetzung habe und keine wirtschaftlichen Ziele verfolge, sondern rein ideell motiviert sei. Mit Verweis auf Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB stellte die Vorinstanz fest, die Leistungsbeauftragung von ideell motivierten, gemeinnützig tätigen Organisationen sei kein öffentlicher Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts und unterstehe demgemäss auch nicht den beschaffungsrechtlichen Vorschriften. Da die Beschwerdegegnerin ausschliesslich gemeinnützige Organisationen bzw. nicht gewinnorientierte juristische Personen zu Einreichung einer Offerte eingeladen habe, stehe hier die Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegen die am 11. August 2017 erfolgte Ausschreibung bzw. Einladung zur Einreichung einer Offerte nicht zur Verfügung, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.2).

3.7. Die Argumentation der Vorinstanz vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen:

3.7.1. Alleine der Umstand, dass ein bestimmter Auftrag Dienstleistungen des Sozialbereichs zum Gegenstand hat, heisst nicht, dass dieser Auftrag für gewisse ideell motivierte Organisationen vom Vergaberecht nicht erfasst wird. Es geht mithin nicht um den Gegenstand des Auftrags und auch nicht um die damit verfolgten Ziele, sondern zunächst darum, ob der Auftragnehmer aus kommerziellen Motiven handelt und ob er auf kommerzieller Basis beauftragt wird (BEYELER, a.a.O., Rz. 715).

Nur die Kombination aus nicht-kommerzieller grundsätzlicher Zwecksetzung der Institution, den im Einzelfall nicht-kommerziellen Absichten dieser Institution mit Bezug auf die fragliche Leistungserbringung sowie der tatsächlich nicht-kommerziellen Ausgestaltung des Geschäfts führt dazu, dass das Geschäft nicht als öffentlicher Auftrag gilt und daher ohne Beachtung des Vergaberechts vergeben werden darf (BEYELER, a.a.O., Rz. 716; POLEDNA/TRÜMPLER, a.a.O., S. 191).

3.7.2. Daneben ist aber auch die Absicht der Auftraggebers bzw. die Ausgestaltung der Ausschreibung von entscheidender Bedeutung. Im Zeitpunkt der Ausschreibung ist in der Regel noch nicht bekannt, wer in der Folge eine Offerte einreichen wird. Insbesondere ist nicht auszuschliessen, dass sowohl kommerziell motivierte wie auch nicht-kommerzielle Anbieter offerieren. Wäre alleine die Motivation des Auftragnehmers massgebend, würde sich in solchen Fällen die Frage stellen, ob das Vergaberecht für die kommerziellen wie nicht-kommerziellen Anbieter gleichfalls zur Anwendung kommen soll.

Damit steht hier die Frage im Vordergrund, ob der Auftraggeber vor allem eine möglichst günstige Aufgabenerfüllung oder vielmehr die Unterstützung einer gemeinnützigen Organisation anstrebte.

3.7.3. Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdegegnerin ein Einladungsverfahren durchgeführt, um den für sie günstigsten Anbieter von Spitex-Leistungen auszuwählen. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen wollte die Beschwerdegegnerin für den Spitex-Leistungsauftrag jenen Anbieter auswählen, der die bestmögliche Qualität zu einem konkurrenzfähigen Preis anbietet. Entsprechend wurde das Zuschlagskriterium Preis mit 80 % gewichtet. Zwar hat die Beschwerdegegnerin unter dem Titel «Kriterien» dargelegt, die Spitex-Organisation sei ein «Non-Profit-Unternehmen» und solle «keinen Gewinn machen, der über die benötigten betriebsnotwendigen Reserven hinausgeht». Dies ändert indes nichts am Ergebnis, dass hier die Durchführung des Einladungsverfahrens aus der Sicht der Beschwerdegegnerin einzig aus Rentabilitätsgründen erfolgte. Damit ging es der Beschwerdegegnerin nicht um die Unterstützung eines schutzbedürftigen nicht-kommerziellen Anbieters, sondern um das Eruiieren eines Anbieters, der die offerierte Dienstleistung am besten und am günstigsten erbringt (vgl. Urteil VB.2007.00531 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2008 E. 3.4.8). Dies ergibt sich auch aus der Leistungsvereinbarung vom Februar/März 2010 zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Beschwerdeführer, wonach die Spitex-Leistungen «wirtschaftlich» zu erbringen sind. Da auch die neue Leistungsvereinbarung eine wirtschaftliche Leistungserbringung vorsieht, spricht dies ebenfalls für

eine Beauftragung auf kommerzieller Basis, so dass hier - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts vorliegt.

3.8. Im Ergebnis unterstehen damit die Spitex-Leistungen - in der Form, wie sie die Beschwerdegegnerin ausgeschrieben hat - dem öffentlichen Vergaberecht. Daraus ergibt sich, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau im vorinstanzlichen Verfahren auf die Beschwerde hätte eintreten müssen. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Damit sind die im Raum stehenden materiellen Fragen (so insb. auch die von der Wettbewerbskommission WEKO in ihrer Stellungnahme aufgeworfene Frage einer Ausschreibung im offenen Verfahren) im bundesgerichtlichen Verfahren nicht weiter zu behandeln. Die Angelegenheit ist zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. E. 1.2 hiervor).

4.

Im vorliegenden beschaffungsrechtlichen Verfahren gilt die Einwohnergemeinde Aarburg als unterliegende Partei, die eigene Vermögensinteressen verfolgt (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 4 BGG; vgl. BGE 130 I 258 E. 6 S. 268; 125 II 86 E. 8 S. 103; Urteil 2C_658/2016 vom 25. August 2016 E. 4.2; je mit Hinweisen). Ihr sind die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 4 BGG) und die Parteientschädigung zugunsten des Beschwerdeführers (Art. 68 BGG) aufzuerlegen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 12. September 2017 wird aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Entscheidung an das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Einwohnergemeinde Aarburg auferlegt.

3.

Die Einwohnergemeinde Aarburg wird verpflichtet, den Frauenverein Spitex Aarburg für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, 3. Kammer, und der Wettbewerbskommission WEKO schriftlich mitgeteilt.

B 4	2. Arrêt du Tribunal fédéral du 29 août 2019 – Marchés publics; transmission de la gestion d'un hôtel appartenant à une collectivité publique
-----	--

*Arrêt 2C_254/2018 du Tribunal fédéral du 29 août 2019
Ile Cour de droit public: X._____ SA, représentée par [...], recourante, contre Ville de Genève, Département des finances et du logement, intimée. Objet: Marchés publics; transmission de la gestion d'un hôtel appartenant à une collectivité publique, recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 6 février 2018 (ATA/112/2018).*

Faits:**A.**

X._____ SA, inscrite depuis 2006 au Registre du commerce du canton de A._____, est une société anonyme active dans la fourniture de services dans le domaine de l'hôtellerie.

Dans un communiqué de presse du 15 avril 2016, la Ville de Genève (ci-après: la Ville), propriétaire de l'immeuble abritant l'hôtel B._____ (ci-après: l'hôtel) à Genève, et l'ancienne société gérant ledit établissement ont annoncé que le contrat de gestion les liant arriverait à échéance le 30 juin 2016 et qu'une autre société gestionnaire avait été mandatée pour une période transitoire de dix-huit mois.

Au mois d'avril 2017, la Ville a fait paraître dans quatre revues spécialisées dans le domaine de l'hôtellerie un appel à candidatures pour la reprise de l'hôtel (« le mandat de gestion du seul hôtel 5* de la rive gauche de Genève » qui serait renouvelé en janvier 2018), s'adressant à tout acteur du monde hôtelier possédant déjà une solide expérience reconnue dans la gestion d'établissements LifeStyle haut de gamme.

Le 3 mai 2017, X._____, à la suite de sa demande du 14 avril 2017 et à l'instar des personnes intéressées par cet appel à candidatures, a reçu de la Ville le « Document d'appel à candidature - B._____ Gest A1 » (ci-après: document d'appel à candidature), qui « [décrivait] le cadre et les exigences techniques et commerciales du projet ainsi que les contraintes liées à celui-ci » et « [précisait] les besoins liés à l'exploitation en gérance de [l'hôtel] » (point 1). La Ville, repensant sa stratégie sur le positionnement de cet établissement pour qu'il réponde à des besoins d'une clientèle spécifique, avait décidé de se différencier des concurrents 5* de Genève tout en profitant de son emplacement, de ses contraintes et de son histoire, et souhaité adopter le concept LifeStyle; ces transformations avaient pour but d'augmenter la fréquentation et la rentabilité de l'établissement. En outre, la Ville souhaitait que l'hôtel soit une carte de visite pour elle, qu'il représente son identité et ses valeurs d'ouverture (point 2.2) et que la définition du concept LifeStyle pour cet établissement se traduise par « un programme d'activités soutenu qui permette de créer le lien avec la population locale et de dynamiser l'hôtel »

(point 2.3). Le marché couvrirait les prestations suivantes: exploitation, gestion et direction de tous les aspects de l'hôtel ainsi que définition, conduite et supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux compatibles avec le concept LifeStyle (point 2.4), défini au point 2.3. En plus de l'hôtel, et en option, la Ville proposait aussi au prestataire de reprendre l'exploitation en gérance du restaurant C._____ (ci-après: le restaurant; toujours point 2.4). À teneur du point 7.1 (« planning ») à l'intérieur du chapitre 7 (« modalités de l'offre »), l'offre devait être envoyée dûment datée et signée par le candidat, soit au format papier soit au format électronique, au plus tard le 31 août 2017. Une première sélection serait alors effectuée par la Ville. En novembre 2017, les candidats retenus auraient accès à un « due diligence package » et pourraient demander une visite des établissements. En décembre 2017, des auditions seraient organisées et d'éventuels compléments d'offre demandés; le contrat de gestion serait également discuté. En annexes figuraient les plans des établissements, ainsi que les rapports de l'organe de révision de l'hôtel et du restaurant pour l'exercice 2015 (point 8).

Auparavant, soit le 2 mai 2017, les directeurs de X._____ avaient signé un « Engagement ferme de Confidentialité », dont le préambule indiquait ce qui suit: la Ville et le partenaire allaient entrer en relation dans le cadre du projet de renouvellement du mandat de gestion de l'hôtel; la Ville allait dans ce contexte donner au partenaire des informations qui étaient confidentielles.

Le 28 juillet 2017, la Ville a transmis aux personnes intéressées des informations supplémentaires et a reporté au 15 septembre 2017 le délai pour déposer les offres.

Par courriel du 14 septembre 2017 auquel étaient annexés des documents dont un dossier aux nombreuses pages intitulé « Appel d'offres B._____ Genève - Candidature pour la gestion », X._____ a déposé sa candidature pour la gestion de l'hôtel et du restaurant.

Par lettre du 18 octobre 2017, la Ville a remercié X._____ pour le dépôt de son offre et l'a informée, après une étude attentive de son dossier, que son offre n'avait pas été retenue, le concept présenté dans celle-ci ne correspondant pas complètement à ses attentes et à sa vision de l'hôtel et du restaurant pour le futur.

Par courrier adressé le 26 octobre 2017 à la Ville, X._____ a sollicité l'accès au dossier de l'« appel d'offres » sur la base de l'art. 44 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA/GE; RSGE E 5 10) et, par pli du lendemain, a regretté le refus d'accès que le département lui avait opposé.

Par écrit du 30 octobre 2017, la Ville lui a répondu que sa lettre du 18 octobre 2017 ne constituait pas une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 4 LPA, de sorte qu'elle n'était pas en mesure de faire droit à sa requête.

B.

Le 30 octobre 2017, X. _____ a déposé un recours contre la lettre de la Ville du 18 octobre 2017. Elle a conclu, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et à l'interdiction faite à la Ville, soit pour elle le département, d'organiser un deuxième tour tant que la Cour de justice du canton de Genève n'aurait pas statué sur l'effet suspensif. Au fond, elle a conclu, en substance, à l'annulation de la décision attaquée et à l'autorisation de participer au deuxième tour de la procédure d'adjudication.

Par décision du 11 décembre 2017, la Cour de justice a rejeté, en tant qu'elle était recevable, la demande d'octroi d'effet suspensif au recours de X. _____ et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

Par ordonnance 2C_19/2018 du 30 janvier 2018, le Tribunal fédéral a rejeté la requête d'effet suspensif annexée aux recours en matière de droit public et constitutionnel subsidiaire déposés le 11 janvier 2018 contre la décision du 11 décembre 2017. Ultérieurement, il a ordonné de rayer la cause 2C_19/2018 devenue sans objet, la Cour de justice ayant transmis au Tribunal fédéral un arrêt du 6 février 2018 statuant au fond sur le recours de X. _____ du 30 octobre 2017.

C.

Par arrêt du 6 février 2018, la Cour de justice du canton de Genève a déclaré irrecevable le recours déposé le 30 octobre 2017 par X. _____ contre la lettre de la Ville du 18 octobre 2017. Il n'y avait pas de monopole de l'Etat sur l'activité économique qui consistait à exploiter un hôtel ou un restaurant de sorte que l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) ne trouvait pas d'application. L'exploitation d'un hôtel haut de gamme n'était pas indispensable à l'accomplissement des tâches publiques de la Ville. Le fait que la Ville souhaitait que l'hôtel soit une carte de visite pour elle et mette en place un programme d'activité qui permette de créer des liens avec la population locale et de dynamiser l'hôtel ne constituait pas un but, mais une exigence pour atteindre un objectif financier que pouvaient aussi souhaiter des propriétaires privés d'hôtel ou restaurant. Par conséquent, l'exploitation et la gestion de l'hôtel et du restaurant, même indépendamment du fait qu'ils ne faisaient pas partie des tâches publiques prévues par les dispositions légales ou réglementaires notamment par des règlements de la Ville, ne représentaient pas un moyen de réaliser une tâche publique et ne visaient pas atteindre un intérêt public, de sorte qu'ils appartenaient au patrimoine financier de la Ville et que l'objet du litige n'était pas soumis au droit des marchés publics.

D.

Agissant le 14 mars 2018 par la voie du recours en matière de droit public et celle subsidiaire du recours constitutionnel subsidiaire, X. _____ demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler la décision rendue le 6 février 2018 par la Cour de justice du canton de Genève et de lui renvoyer la cause pour qu'elle rende une décision sur le fond du litige. Elle demande que la Commission de la concurrence dépose des observations sur la question de savoir si les opéra-

tions relevant du patrimoine financier de la collectivité publique tombent dans le champ d'application de la LMI. Elle soutient que cette question est controversée et constitue une question juridique de principe. Elle se plaint de la violation des art. 9 LMI et 29a Cst. s'agissant de la notion de marchés publics ainsi que de l'art. 9 Cst. s'agissant de l'application des art. 2 let. a et 3 al. 1 du Règlement genevois du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics (RMP/GE; RS GE L 6 05.01).

La Cour de justice a renoncé à déposer des observations sur recours. La Ville de Genève conclut à l'irrecevabilité, subsidiairement, au rejet des recours.

E.

Par courrier du 17 mai 2018, X. _____ a déposé une requête d'effet suspensif aux recours déposés le 14 mars 2018. Par ordonnance du 22 mai 2018, le Président de la IIe Cour de droit public a ordonné que, jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif, aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne soit prise. Par ordonnance du 7 juin 2018, la requête d'effet suspensif, considérée comme demande de mesures provisionnelles, a été rejetée.

F.

Par courrier du 11 juin 2018, la COMCO a déposé une prise de position qui plaide en faveur de l'application des règles sur les marchés publics et de la loi sur le marché intérieur.

G.

Les 21 juin et 27 août 2018, les contrats de gestion ont été signés entre la Ville et D. _____ SA.

H.

X. _____ a répliqué par courrier du 3 septembre 2018. La Ville de Genève a dupliqué le 12 novembre 2018. Le 10 décembre 2018, X. _____ a déposé des observations complémentaires.

I.

Par arrêt du 5 février 2019, la Cour de justice a déclaré irrecevable un recours interjeté le 16 janvier 2019 par X. _____. Cette dernière se plaignait de déni de justice de la part de la Ville de Genève, qui n'avait pas donné suite à un courrier lui signalant que l'attribution des contrats de gestion aurait dû faire l'objet d'une communication avec indication des voies de droit et l'avait mise en demeure de notifier formellement une telle décision. Un recours de X. _____ contre l'arrêt rendu le 5 février 2019 par la Cour de justice du canton de Genève a été déclaré manifestement irrecevable par arrêt 2C_270/2019 du Tribunal fédéral du 19 mars 2019.

Considérant en droit:**1.**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 144 II 184 consid. 1 p. 186).

1.1. La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral, recours en matière civile (art. 72 ss LTF) ou recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF), dépend de la

nature civile ou publique de la cause et non pas de la procédure suivie ou du type d'autorité qui s'est prononcée précédemment (ATF 137 II 399 consid. 1.8 p. 405). Toutefois, lorsque la nature de la procédure était déjà litigieuse devant l'instance précédente, qui a décliné sa compétence à raison de la matière, la voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral se détermine en fonction de la procédure suivie sur le plan cantonal (ATF 135 V 124; arrêt 2C_261/2017 du 2 novembre 2017 consid. 1.1). En l'espèce, la recourante se plaint de la qualification à son avis erronée de la cause par l'instance précédente et conclut à la recevabilité de son recours devant les instances cantonales de la juridiction administrative (cf. ATF 128 III 250 consid. 1a p. 252). Il s'ensuit que la voie du recours en matière de droit public est en principe ouverte.

1.2. Le recours est notamment recevable contre les décisions qui mettent fin à la procédure (art. 90 LTF, par renvoi de l'art. 117 LTF en cas de recours constitutionnel subsidiaire). L'arrêt attaqué déclare irrecevable le recours déposé par la recourante à l'encontre de la lettre de la Ville de Genève du 18 octobre 2017. L'instance précédente a jugé qu'il n'y avait pas de décision attaquable: la réglementation spéciale des voies de droit prévue pour les marchés publics n'était pas applicable à la gestion par la Ville de son patrimoine financier, ce que conteste la recourante. Selon elle, les contrats de gestion de l'hôtel B. _____ et du restaurant C. _____ voulus par la Ville de Genève justifient l'application des règles sur les marchés publics. Elle soutient en outre que la valeur des contrats de gestion en cause atteint les valeurs seuils de l'art. 83 let. f ch. 1 LTF et que la question à traiter constitue une question juridique de principe (art. 83 let. f ch. 2 LTF).

1.3. Le point de savoir si la présente cause est soumise aux dispositions des marchés publics constitue une question à double pertinence, dès lors qu'elle concerne aussi bien l'application des conditions de l'art. 83 let. f LTF que le droit applicable au fond. Lorsque cette question se pose et que l'une des conditions cumulatives de l'art. 83 let. f LTF n'est pas donnée, il convient d'y répondre en priorité, c'est-à-dire avant de procéder à l'examen de la recevabilité du recours en matière de droit public. En effet, à défaut d'un tel examen à ce stade, les recours contre des décisions cantonales traitant de l'existence d'une procédure de marchés publics suivraient obligatoirement la voie du recours constitutionnel subsidiaire et seule la violation de droits constitutionnels pourrait être invoquée.

Il convient d'ajouter qu'en matière de marchés publics, ce n'est pas parce que les conditions objectives posées à l'application de cette matière sont réunies (le marché en cause entre dans le champ d'application des marchés publics), que les conditions subjectives le sont également (l'adjudicateur est effectivement soumis aux dispositions des marchés publics). Dès lors, lorsque l'autorité cantonale est d'avis que le marché n'entre pas dans le champ d'application des marchés publics, elle peut se dispenser de traiter des autres questions. En conséquence, même si le Tribunal fédéral juge que la cause entre objectivement dans le champ d'application des marchés publics, il n'est pas exclu qu'il ne puisse en définitive pas se prononcer sur l'application de l'art. 83

let. f LTF en raison d'un manque d'éléments de fait à sa disposition pour statuer.

Ainsi, lorsque, comme en l'espèce, le Tribunal fédéral est amené à examiner une cause dans laquelle la question est de savoir si c'est le droit des marchés publics ou si c'est un autre domaine du droit public, non soumis aux exceptions de l'art. 83 LTF, qui s'applique, la voie de droit permettant au Tribunal fédéral d'examiner le plus largement possible la cause doit être retenue (cf. art. 116 LTF; ATF 144 II 184 consid. 1.3 p. 187 s.; 143 II 425 consid. 1.3 p. 427 s.).

1.4. La recourante est la destinataire de l'arrêt attaqué (art. 89 al. 1 let. a LTF). Conformément à l'art. 89 al. 1 let. b et c LTF, il faut également qu'elle soit particulièrement atteinte par la décision attaquée et qu'elle ait un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de celle-ci.

La passation des contrats de gestion de l'hôtel et du restaurant ne supprime pas tout intérêt actuel au présent recours, qui peut consister dans le constat de l'illicéité, cas échéant, de l'adjudication, en lien avec une éventuelle action en dommages-intérêts (cf. ATF 141 II 307 consid. 6.3 p. 313; 141 II 14 consid. 4.6 p. 31; 137 II 313 consid. 1.2.2 p. 317; art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, modifié le 15 mars 2001 [AIMP; RS/VS 726. 1-1]; art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]), si l'opération en cause en l'espèce devait être soumise au droit des marchés publics, ce à quoi conclut précisément la recourante.

1.5. Formé contre un arrêt d'un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF), le présent recours a par ailleurs été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF) par la recourante qui a qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF et consid. 1.4 ci-dessus). Il est par conséquent recevable en tant que recours en matière de droit public et le recours constitutionnel subsidiaire irrecevable.

2.

2.1. D'après l'art. 106 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral applique le droit d'office. Il examine en principe librement l'application du droit fédéral. Conformément à l'art. 106 al. 2 LTF et en dérogation à l'art. 106 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral ne connaît toutefois de la violation des droits fondamentaux ainsi que celle des dispositions de droit cantonal et intercantonal que si un tel moyen a été invoqué et motivé par le recourant, en d'autres termes, exposé de manière claire et détaillée (ATF 138 I 232 consid. 3 p. 237).

2.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). La recourante ne présente aucun grief dirigé contre l'établissement des faits présentés dans l'arrêt attaqué qui répondrait aux conditions de l'art. 97 al. 1 LTF. Il n'est par conséquent pas possible de s'écarter ou de compléter l'arrêt attaqué sous cet angle. Il s'ensuit que les faits allégués par la recourante (mémoire de recours, p. 29 ss) à l'appui du grief qui entend démontrer que l'hôtel ne poursuit pas exclusivement l'objectif de retirer des revenus ou valoriser le capital mais bien un intérêt public et

social le soustrayant du patrimoine financier, ne peuvent être pris en considération.

3.

3.1. La cause concerne l'attribution - par la Ville de Genève à une entreprise privée - du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B._____ et, en option, du restaurant C._____, ainsi que l'attribution de la tâche consistant à définir, conduire et superviser les travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle.

3.2. L'instance précédente a jugé que cette opération n'était soumise ni au droit des marchés publics ni aux règles sur la transmission de l'exploitation d'un monopole communal à des entreprises privées au sens de l'art. 2 al. 7 LMI et que rien dans les Mémoires cités par la Ville ne permettait de mettre en cause le fait que l'hôtel B._____ appartenait au patrimoine financier de cette dernière, comme cela ressortait également de la prise de position du 27 juillet 2015 de la Cour des comptes concernant des travaux à l'hôtel. La recourante soutient en revanche que cette opération était soumise au droit des marchés publics.

3.3. Le litige porte par conséquent sur la question de savoir si cette opération devait faire l'objet d'une décision attaquable au sens de l'art. 9 al. 1 LMI, la recourante ajoutant qu'à défaut, il y aurait une violation de l'art. 29a Cst. et de l'interdiction de l'arbitraire dans l'application du droit cantonal des marchés publics.

4.

4.1. Les dispositions du droit des marchés publics ne contiennent pas de définition de la notion de « marché public ». Selon la doctrine et la jurisprudence, le fait que la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que « demandeur », acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques est caractéristique d'un marché public (cf. ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39; 143 II 120 consid. 6.3.3 p. 128 s.; 141 II 113 consid. 1.2.1 p. 117; 125 I 209 consid. 6b p. 212 s.). En revanche, le simple fait que la collectivité publique permette à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée n'a pas pour conséquence de soumettre cette activité aux règles des marchés publics. En effet, dans une telle situation, la collectivité ne charge pas l'entreprise privée d'exercer une activité, pas plus qu'elle ne se procure un bien, mais se limite à ordonner ou réguler une activité privée (ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; 125 I 209 consid. 6b p. 214 s.; arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3). Il en va en principe de même lorsque l'Etat octroie une concession exclusive pour l'utilisation du domaine public. Par cet acte, l'Etat n'obtient rien, mais se limite à accorder un droit à une entreprise privée et (en principe) à percevoir une contre-prestation (ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; 144 II 184 consid. 2.2; ATF 143 II 120 consid. 6 p. 126; ATF 125 I 209 consid. 6b p. 212; arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3). Il en va toutefois différemment lorsque la concession octroyée est indissociablement liée à des contre-prestations d'une certaine importance qui devraient normalement faire

l'objet d'un marché public (cf. ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; 135 II 49 consid. 4.4 p. 56; arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3 et les références citées). L'octroi d'une concession n'exclut donc pas d'emblée l'application du droit des marchés publics. Si l'octroi d'une concession exclusive est inclus dans un marché global ou dans une opération complexe (cf. E. POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 117), l'appréciation de certaines circonstances peut en effet conduire à qualifier l'entier du marché de « marché public » (ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; 144 II 177 consid. 1.3.2 p. 181 s.; 144 II 184 consid. 2.2 p. 189 s.).

4.2. En l'espèce, il faut d'emblée constater que la Ville de Genève se trouve dans le rôle d'« offreur », lorsqu'elle met sur le marché par voie d'un appel d'offres le mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B._____ et du restaurant C._____, gestion qui comprend la définition, la conduite et la supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle. Il apparaît ainsi que l'opération d'attribution du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B._____ et, en option, du restaurant C._____, ne peut être qualifiée de marché public, sauf à considérer qu'elle fait partie d'une opération complexe en raison de l'attribution simultanée de la définition, de la conduite et de la supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle. Jusqu'à ce jour, cependant, le Tribunal fédéral n'a considéré comme opérations complexes que celles qui comportaient un volet « concession d'un monopole d'utilisation du domaine public » et un volet « marché public » (ATF 135 II 49), de sorte que la question de savoir si les circonstances de l'espèce pourraient commander de qualifier l'entier de l'opération de marché public ne se pose que si l'attribution du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B._____ et du restaurant C._____, qui ne constitue pour elle-même pas un marché public, doit être qualifiée d'octroi d'une concession de monopole, ce qu'il y a lieu d'examiner d'office (art. 106 al. 1 LTF), puisque l'art. 2 al. 7 LMI est une norme de droit fédéral.

5.

5.1. Sous le titre « Principes de la liberté d'accès au marché » de la section 2 de la loi et la note marginale « Liberté d'accès au marché », l'art. 2 al. 7 LMI prévoit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Cette transmission est en général dénommée concession (de monopole), bien que le terme effectivement employé ne soit pas décisif au regard du champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI.

La concession est un acte juridique par lequel l'autorité (le concédant) confère à une personne morale ou physique (le concessionnaire) le droit d'exercer une activité dans un domaine juridiquement réservé à la collectivité publique, autrement dit faisant l'objet d'un monopole étatique de droit ou de fait ou entrant dans les tâches de l'Etat. D'une part, la concession revêt une certaine stabi-

lité, dont le fondement réside dans sa nature partielle-ment bilatérale, par opposition à la décision d'autorisation exclusivement unilatérale; d'autre part, elle vise des activités sur lesquelles la collectivité publique dispose d'un monopole. Le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI s'étend tant aux monopoles de droit que de fait (ATF 143 II 598 consid. 4.1 p. 604 s. et les références citées). Lorsque l'Etat empêche les administrés d'exercer une activité lucrative qu'il se réserve en édictant une norme, on parle de monopole de droit qui, par définition, repose sur une règle topique et expresse. A l'opposé, on appelle monopole de fait la situation où l'Etat, en raison de sa souveraineté sur le domaine public, est en mesure d'exercer seul une activité économique nécessitant un usage particulier du domaine public, sans avoir à créer une base légale pour exclure les particuliers de l'activité en cause; son fondement n'est pas la loi mais la maîtrise générale sur les biens publics (pour une définition voir ATF 138 I 274 consid. 2.3.2 p. 284) que sont le domaine public (par exemple: arrêt 2C_167/ 2012 du 1^{er} octobre 2012 s'agissant de la location d'édicule doublée d'une permission pour l'usage d'une terrasse située sur le domaine public) et, sous certaines conditions, le patrimoine administratif (par exemple: arrêt 2C_569/ 2018 du 27 mai 2019 destiné à la publication s'agissant de la nomination de la direction de théâtres de la Ville de Genève), à l'exclusion toutefois du patrimoine financier dont les biens de l'Etat, qui ne sont pas affectés à une fin d'intérêt public, ont la valeur d'un capital et peuvent produire à ce titre un revenu, voire être réalisés (arrêt 2C_167/2012 du 1^{er} octobre 2012 consid. 4.2).

En résumé, il résulte de ce qui précède que les biens du patrimoine financier ne peuvent pas faire l'objet d'un monopole de droit ou de fait aux sens exposés ci-dessus et que la transmission de droits sur le patrimoine financier par la collectivité publique à une entreprise privée ne peut pas faire l'objet d'une concession au sens de l'art. 2 al. 7 LMI. En effet, l'administration du patrimoine financier n'est pas soumise aux prérogatives de puissance publique mais au droit privé (arrêt 2C_314/2013 du 19 mars 2014 consid. 1.1.1 in ZBI 2015 146 et les nombreuses références citées; MOOR/BELLANGERT/TANQUEREL, Droit administratif: l'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, Vol. III, 2e éd., Stämpfli 2018, p. 767 et les références citées).

5.2. En l'espèce, la recourante tente de démontrer que l'hôtel ne peut pas être assimilé à un bien relevant du patrimoine financier à proprement parler: en raison de son affectation effective, il serait géré comme s'il faisait partie du patrimoine administratif. Son grief repose toutefois sur des faits qui ne figurent pas dans l'arrêt attaqué (cf. consid. 2.2 ci-dessus) de sorte qu'il ne peut pas être examiné. L'instance précédente a, à l'inverse, jugé que l'hôtel B._____ appartenait bien au patrimoine financier de la Ville de Genève non seulement sous l'angle historique et comptable, mais également parce qu'il ne constituait pas un moyen de réaliser une tâche publique ni ne visait à atteindre un intérêt public. Quoi qu'en pense la recourante, la mise en place d'un « programme d'activités soutenu qui permette de créer le lien avec la population locale et de dynamiser l'hôtel » ne constitue pas une tâche publique. Il s'ensuit que l'attribution du mandat d'exploitation, de gestion et de direction

de ces deux biens ne constitue pas la transmission de l'exploitation d'un monopole communal à une entreprise privée au sens de l'art. 2 al. 7 LMI. Il n'est par conséquent pas nécessaire d'examiner si cette attribution constitue une opération complexe qui, eu égard à l'ensemble des circonstances, devrait conduire, cas échéant, à la qualifier dans son entier de marché public.

A cela s'ajoute que l'attribution de la gestion, de la direction et de la supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle s'inscrit logiquement, en tant que mandat ponctuel, dans la gestion de l'hôtel sur plusieurs années et doit naturellement revenir au candidat choisi pour avoir présenté précisément le meilleur concept LifeStyle en ce qu'il est le mieux placé pour le réaliser. Dite attribution est par conséquent indissociable de celle de la gestion de l'hôtel et, à supposer qu'elle fût soumise au droit des marchés publics, n'en constitue qu'un aspect mineur de sorte qu'elle ne permet pas de qualifier l'entier de l'opération de marché public.

5.3. C'est par conséquent à bon droit que l'instance précédente a jugé que l'objet du présent litige n'est pas soumis au droit des marchés publics ni ne relève de l'art. 2 al. 7 LMI. Le grief de violation de l'art. 9 LMI est rejeté. Le grief de violation de l'art. 29a Cst. ne revêt en l'espèce pas de portée propre par rapport à la violation du droit fédéral (art. 190 Cst.; cf. arrêt 2C_569/2018 du 27 mai 2019 consid. 6.6 destiné la publication). Il en va de même du grief d'application arbitraire du droit cantonal sur les marchés publics.

5.4. La question, qui n'est pas évoquée par la recourante, de savoir si, dans la gestion de son patrimoine financier, la Ville de Genève est liée par les droits fondamentaux conformément à l'art. 35 al. 2 Cst. (voir sur cette question: arrêt 2C_314/2013 du 19 mars 2014 consid. 5.4 in ZBI 116 2015 146 ainsi que notamment MOOR/BELLANGERT/TANQUEREL, op. cit., p. 767 s.) ne se pose pas en l'espèce, parce qu'il n'est pas établi que la Ville a cherché par l'opération en cause à réaliser une tâche publique ou à satisfaire des besoins d'intérêt général.

6.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de l'irrecevabilité prononcée en par l'instance précédente. Succombant la recourante doit supporter les frais de la procédure de recours fédérale (art. 66 al. 1 LTF). La Ville de Genève, qui n'a pas agi par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 1 LTF; ATF 135 III 127 consid. 4 p. 136; arrêt 6B_203/2019 du 10 avril 2019 consid. 4).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours en matière de droit public est rejeté.

2.

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

3.

Les frais de justice, arrêté à [...] sont mis à la charge de la recourante.

4.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, à la Ville de Genève, à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, ainsi qu'à la Commission de la concurrence COMCO, Berne.

B 4

3. Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 2019 – Öffentliches Beschaffungswesen

Urteil 2C_111/2018, des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 2. Juli 2019 In Sachen A._____, c/o B._____ AG, Beschwerdeführer, vertreten durch [...], gegen C._____, Beschwerdegegner, Kanton Luzern, handelnd durch das Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement des Kantons Luzern. Gegenstand: Öffentliches Beschaffungswesen, Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern, 4. Abteilung, vom 18. Dezember 2017 (7H 17 320).

Sachverhalt:

A.

Zur Nachführung der amtlichen Vermessung nach dem Bundesgesetz vom 5. Oktober 2007 über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeolG; SR 510.62) ist der Kanton Luzern in verschiedene Nachführungskreise gegliedert (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes des Kantons Luzern vom 8. September 2003 über die Geoinformation und die amtliche Vermessung [Geoinformationsgesetz, GIG; SRL Nr. 29]; § 18 Abs. 1 der Geoinformationsverordnung vom 13. Februar 2004 [GIV; SRL Nr. 29a]). Die Führung dieser Kreise überträgt der Regierungsrat des Kantons Luzern an Private (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 2 GIG).

Am 28. Juni 2017 reichte der für den Nachführungskreis Ost zuständige Geometer per 31. Dezember 2017 seine Kündigung ein.

B.

Das Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement des Kantons Luzern (BUWD) schrieb mit Publikation im Kantonsblatt vom 8. Juli 2017 die Nachführung der amtlichen Vermessung im Kreis Ost für die Dauer vom 1. Januar 2018 bis 31. März 2020 im offenen Verfahren nach dem Gesetz des Kantons Luzern vom 19. Oktober 1998 über die öffentlichen Beschaffungen (öBG; SRL Nr. 733) aus. C._____ und A._____ unterbreiteten dem BUWD je eine Offerte.

Der Zuschlag ging mit Beschluss des Regierungsrats des Kantons Luzern vom 24. Oktober 2017 an C._____. Der unterlegene A._____ gelangte dagegen mit Beschwerde an das Kantonsgericht des Kantons Luzern, das sein Rechtsmittel mit Urteil vom 18. Dezember 2017 abwies.

C.

A._____ liess mit Eingabe vom 22. Dezember 2017 an das Bundesgericht ein "Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen nach Art. 103 Abs. 3 BGG/evtl. Art. 104 BGG" stellen. Er beantragte darin, «einer Beschwerde nach Art. 90 ff. und/oder nach Art. 113 ff. BGG gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 18. Dezember 2017 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen für die Dauer der Rechtsmittelfrist, eventuell für die Dauer des Beschwerdeverfahrens». Mit Urteil 2C_1080/2017 vom 28. De-

zember 2017 trat das Bundesgericht auf das Gesuch nicht ein.

D.

Mit als «Beschwerde nach Art. 82 lit. a BGG evt. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 BGG» bezeichneter Eingabe vom 1. Februar 2018 gelangt A._____ erneut an das Bundesgericht. Er beantragt das Urteil des Kantonsgerichts vom 18. Dezember 2017 aufzuheben und ihm den Zuschlag für die ausgeschriebenen Nachführungsarbeiten der amtlichen Vermessung zu erteilen. Eventuell sei das Verfahren an die erste Instanz, subeventuell an die Vorinstanz zur Neuerteilung zurückzuweisen. Subsubeventuell verlangt er, die Nachführungsarbeiten der amtlichen Vermessung neu auszuschreiben.

Während sich C._____ (Zuschlagsempfänger) nicht vernehmen liess, beantragt der Regierungsrat des Kantons Luzern die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie einzutreten ist. Das Kantonsgericht und die zur Vernehmlassung eingeladene Wettbewerbskommission (WEKO) schliessen auf Abweisung der Beschwerde.

A._____ nimmt mit zwei Eingaben vom 30. Mai 2018 zu den Vernehmlassungen Stellung.

Dem Gesuch von A._____ (Beschwerdeführer) um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung des präsidiierenden Mitglieds der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 2. März 2018 entsprochen.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. BGE 141 II 113 E. 1 S. 116).

1.1. Mit dem Urteil des Kantonsgerichts vom 18. Dezember 2017 frist- und formgerecht angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher, verfahrensabschliessender Entscheid eines oberen Gerichts in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG).

1.2. Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Beschaffungsgesetz, BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB; SR 0.172.052.68) erreicht und wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f

BGG; vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3 S. 427; 133 II 396 E. 2.1 S. 398).

1.2.1. Das Bundesgerichtsgesetz führt nicht näher aus, was unter einer öffentlichen Beschaffung im Sinne von Art. 83 lit. f BGG zu verstehen ist. Von einem beschaffungsrechtlichen Entscheid im Sinne der genannten Bestimmung ist aber jedenfalls dann auszugehen, wenn er gestützt auf einschlägige submissionsrechtliche Erlasse erging, die der Umsetzung des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422; nachfolgend: GPA), des BAöB oder von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) dienen (vgl. BGE 144 II 184 E. 2.1 S. 188 f.; 144 II 177 E. 1.3.1 S. 180 f.).

1.2.2. Die Ausschreibung der Arbeiten zur laufenden Nachführung der amtlichen Vermessung erfolgte gestützt auf § 14 Abs. 1 GIG nach dem kantonalen Beschaffungsgesetz (öBG) und der Verordnung des Kantons Luzern vom 7. Dezember 1998 zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBV; SRL Nr. 734). Dass der Kanton Luzern bloss sinngemäss nach den genannten Erlassen verfahren ist, um den Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM bei der Übertragung kantonalen und kommunaler Monopole zu genügen (vgl. dazu BGE 143 II 598 E. 4.1 S. 604 ff.; 143 II 120 E. 6.3 S. 127 ff.; Urteil 2C_351/2C_352/2017 vom 12. April 2018 E. 3.3), wird jedenfalls nicht rechtsgenügend geltend gemacht und liegt auch nicht auf der Hand. Das angefochtene Urteil ist daher als Entscheid auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts im Sinne von Art. 83 lit. f BGG zu behandeln (vgl. BGE 134 II 120 E. 1 S. 121; Urteile 9C_787/2017 vom 16. August 2018 E. 1; 2C_1006/2016 vom 20. Februar 2017 E. 1.2.1).

1.2.3. In vertretbarer Weise macht der Beschwerdeführer geltend, dass der Auftragswert den massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erreicht (vgl. Art. 6 Abs. 2 BöB; Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]; BGE 143 II 425 E. 1.3.1 S. 428). Als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG; vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3.2 S. 428 f.; 141 II 113 E. 1.4.1 S. 118 f.; 141 II 14 E. 1.2 S. 20 f.) möchte der Beschwerdeführer in Präzisierung zu BGE 143 I 177 sodann sinngemäss beantwortet wissen, ob die Eignungskriterien im Zeitpunkt des Vergabeentscheids oder erst anlässlich der Vertragsdurchführung erfüllt sein müssen. Unter Berücksichtigung der Erwägungen des angefochtenen Urteils ist der grundsätzliche Charakter der aufgeworfenen Frage zu bejahen. Zudem ist sie für den Ausgang des Verfahrens entscheidend, wie sich aus dem Folgenden ergibt (vgl. E. 3.3 hiernach; BGE 141 II 113 E. 1.4.1 S. 118; Urteil 2C_994/2016 vom 9. März 2018 E. 1.3.8, nicht publ. in: BGE 144 II 177).

1.2.4. Unter dem Blickwinkel von Art. 83 lit. f BGG erweist sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten daher als zulässig, was die eventualiter erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausschliesst (Art. 113 BGG).

1.3. Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG). Er ist als zweitplatzierter Anbieter im Sinne von Art. 89 Abs. 1 lit. b und lit. c BGG in schutzwürdigen Interessen besonders betroffen und zur Beschwerde berechtigt (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.8 S. 33). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

2.

2.1. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten können Rechtsverletzungen nach Art. 95 BGG gerügt werden. Dazu zählen Verstösse gegen Bundes-, Völker- und interkantonales Recht (Art. 95 lit. a, lit. b und lit. e BGG). Abgesehen von den hier nicht einschlägigen Fällen von Art. 95 lit. c und lit. d BGG wird die Anwendung des kantonalen Rechts als solche durch das Bundesgericht nicht überprüft. Diesbezüglich ist nur die Rüge möglich, die Anwendung kantonalen Rechts widerspreche dem in Art. 95 BGG genannten Katalog von Rechtsnormen, wozu auch das Willkürverbot zählt (Art. 95 lit. a BGG i.V.m. Art. 9 BV; vgl. BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372; Urteil 2C_1021/2016 / 2D_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 141 II 553).

2.2. Das Recht wird vom Bundesgericht von Amtes wegen angewendet (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5 S. 144; 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte sowie von kantonalem und interkantonalem Recht prüft das Bundesgericht nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde klar und detailliert vorgebracht und begründet worden ist (qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372; Urteil 2C_1021/2016 / 2D_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 141 II 553).

2.3. Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Von den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz weicht es von Amtes wegen oder auf ausreichend begründete Rüge hin ab, wenn sie offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (Art. 105 Abs. 2 BGG, vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.6 S. 96; 136 I 332 E. 2.2 S. 334; Urteil 2C_1021/2016 / 2D_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 141 II 553).

3.

Zunächst zu prüfen sind die Rügen des Beschwerdeführers betreffend die Eignungskriterien.

3.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, der Zuschlagsempfänger habe die Eignungskriterien im nach der Rechtsprechung (vgl. BGE 143 I 177) und dem kantonalen Recht (vgl. § 32 öBG) massgeblichen Zeitpunkt nicht erfüllt. Folglich hätte der Zuschlagsempfänger aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechts prüft das Bundesgericht auf Willkür hin (vgl. E. 2.1 hiervor; BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372; zur qualifi-

zierten Rüge- und Begründungsobliegenheit vgl. E. 2.2 hiervor).

3.1.1. Der Beschwerdeführer bezieht sich dabei auf die Ausschreibungsunterlagen, in denen als erforderliches Kriterium namentlich ein «Bürostandort im Nachführungskreis» erwähnt wurde. Nach den vorinstanzlichen Erwägungen hatte der Zuschlagsempfänger im Zeitpunkt des Zuschlags keinen Bürostandort im Nachführungskreis, plante aber die Eröffnung einer entsprechenden Niederlassung auf den Mandatsbeginn hin. Der Beschwerdeführer geht davon aus, dass er selber das genannte Eignungskriterium erfüllt, weil er Geschäftsleitungsmitglied der B. _____ AG mit Sitz im betreffenden Nachführungskreis ist, deren Inhaber schon bisher mit der amtlichen Nachführung der Vermessung betraut war.

3.1.2. Die Vorinstanzerwägt hierzu, dass für die Beurteilung einer Beschwerde nach § 32 öBG die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der angefochtenen Ausschreibung oder Verfügung massgebend sind, soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergibt. Im vorliegenden Fall sei ein Bürostandort im Nachführungskreis erst auf den Zeitpunkt des Mandatsbeginns hin verlangt. Bei einem anderen Verständnis der Ausschreibungsunterlagen wäre im Zusammenspiel mit weiteren Eignungskriterien nur der bisherige Nachführungsgeometer in der Lage, die Eignungskriterien zu erfüllen, was dem Zweck eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens zuwiderlaufen würde. Mit seiner ausdrücklichen Zusicherung, einen Bürostandort im Nachführungskreis auf den Zeitpunkt des Mandatsbeginns zu eröffnen, erfülle der Zuschlagsempfänger dieses Eignungskriterium, zumal keine Gründe ersichtlich seien, die diesem Vorhaben entgegen stünden.

3.1.3. Die WEKO vertritt in ihrer Stellungnahme die Auffassung, dass das Ausschreibungskriterium des Bürostandorts binnenmarktrechtlich unzulässig sei. Sie geht davon aus, dass eine öffentliche Beschaffung im Sinne von Art. 5 BGBM vorliegt. Vergaberegeln wie die hier umstrittenen, die auf den Wohnsitz oder die Geschäftsniederlassung abstellen, sind nach Auffassung der WEKO unzulässig, soweit sie nicht nach Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden können. Gründe, die eine derartige Beschränkung des Marktzugangs zu rechtfertigen vermöchten, seien nicht ersichtlich. Daher sei die Beschwerde insoweit abzuweisen, als mit ihr die Nichteinhaltung des unzulässigen Eignungskriteriums «Bürostandort» durch den Zuschlagsempfänger gerügt werde.

3.2. Verfügungen, die im Bereich öffentlicher Beschaffungen von Kantonen, Gemeinden und anderen Trägern kantonaler oder kommunaler Aufgaben gestützt auf kantonales oder interkantonales Recht ergehen, dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, die Art. 3 BGBM widerspricht (vgl. Art. 5 Abs. 1 BGBM). Die hier umstrittenen Nachführungsarbeiten der amtlichen Vermessung wurden gestützt auf § 14 Abs. 1 GIG nach den Bestimmungen des kantonalen Beschaffungsgesetzes (öBG) ausgeschrieben. Dieses Vorgehen steht mit Art. 45 Abs. 2 der Verordnung vom 18. November 1992 über die amtliche Vermessung im Einklang. Danach sind Arbeiten der amtlichen Vermessung, die in einem bestimmten geo-

grafischen Raum zur ausschliesslichen Ausführung vergeben werden, öffentlich auszuschreiben. Weder wird im Sinne von Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG rechtsgenügend geltend gemacht, noch liegt auf der Hand, dass der Vorgang ungeachtet der Anwendbarkeit des kantonalen Beschaffungsgesetzes keine öffentliche Beschaffung im Sinne von Art. 5 BGBM darstellen könnte (vgl. bereits E. 1.2.2 sowie E. 2.2 hiervor). Folglich bleibt unter dem Blickwinkel von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM zu prüfen, wie das Eignungskriterium «Bürostandort im Nachführungskreis» aus binnenmarktrechtlicher Sicht zu verstehen ist.

3.2.1. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM verankert einen mit Art. 2 BGBM parallel laufenden, aber eigenständigen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu den kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten (vgl. EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier [Hrsg.], *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., 2013, N. 3 zu Art. 5 BGBM; THOMAS ZWALD, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch [Hrsg.], *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, SBVR Bd. XI, 2. Aufl. 2007 S. 439 Rz. 108). Die Bestimmung bezweckt mit Blick auf Art. 1 Abs. 1 BGBM, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (vgl. BGE 141 II 280 E. 5.1 S. 284; CLERC, a.a.O., N. 3 zu Art. 5 BGBM), wobei sich das binnenmarktrechtliche Diskriminierungsverbot im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM gleichermassen auf die verfahrensrechtlichen Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens bezieht (vgl. BGE 143 II 120 E. 6.4.1 S. 129 [betreffend Konzessionsvergabe im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM]; CLERC, a.a.O., N. 116 zu Art. 5 BGBM; ZWALD, a.a.O., S. 439 Rz. 109).

3.2.2. Vor dem Hintergrund eines diskriminierungsfreien Marktzugangs können sich Ausschreibungsbedingungen, die im Zusammenhang mit der Auftragserfüllung auf geografische Kriterien abstellen, im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM benachteiligend auswirken (vgl. CLERC, a.a.O., N. 120 ff. zu Art. 5 BGBM; ZWALD, a.a.O., S. 439 Rz. 110; PETER GALLI ET AL., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Aufl., 2013, S. 26 Rz. 55). Im Rahmen der Vergabe eines Auftrags zur Kehrrihtabfuhr hat das Bundesgericht das Zuschlagskriterium «Ortskenntnis» entsprechend als Beschränkung des Marktzugangs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM qualifiziert, das gegen das binnenmarktrechtliche Diskriminierungsverbot versties (vgl. Urteil 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 5a). Als Marktzugangsbeschränkung, aber «nicht zwingend [als] 'willkürlich und rechtswidrig'» beurteilte das Bundesgericht hingegen das Kriterium «Ortskenntnis» bei der Vergabe von Ingenieur- und (Zweit-) Vermessungsarbeiten im Rahmen einer Gesamtmelioration der Gemeinden St. Peter und Peist (vgl. Urteil 2P.46/2005 und 2P.47/2005 vom 16. September 2005 E. 5). Unter dem im Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 BGBM weniger strengen Blickwinkel von Art. 2 Abs. 7 BGBM erachtete es das Bundesgericht weiter als diskriminierend, dass die Stadt Lausanne bei der Vergabe einer Plakatkonzession die auf dem Stadtgebiet zentralisierte Infrastruktur einer Bewerberin zu deren Gunsten

berücksichtigt hatte (vgl. BGE 143 II 120 E. 6.3.1 f. S. 127 ff. und E. 6.5.3 S. 132).

3.2.3. Wie die WEKO zutreffend geltend macht, ist das hier zu beurteilende Eignungskriterium «Bürostandort im Nachführungskreis» geeignet, eine Benachteiligung von Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM nach sich zu ziehen. Das gilt insofern, als mit dem Beschwerdeführer davon ausgegangen würde, dass nach der Ausschreibung des BUWD nur Anbieter in Frage kämen, die bereits im Zeitpunkt der Offerteneinreichung über einen Bürostandort im Nachführungskreis verfügen. Mit Blick auf das umstrittene Eignungskriterium «Bürostandort im Nachführungskreis» dürfen Anbieter mit Sitz oder Niederlassung ausserhalb des Nachführungskreises im Verhältnis zu ortsansässigen Anbietern im Zeitpunkt der Offerteneinreichung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM nicht benachteiligt werden. Sie müssen zum Vergabeverfahren zugelassen werden, ansonsten eine unzulässige Beschränkung des freien Marktzugangs vorliegen könnte, die nicht nach Art. 3 Abs. 1 BGBM gerechtfertigt werden kann. Die hierfür erforderliche Verhältnismässigkeit ist gesetzlich explizit ausgeschlossen (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c BGBM).

3.3. Die soeben dargelegten binnenmarktrechtlichen Vorgaben sind als Anforderungen an die Formulierung und Anwendung von Eignungskriterien sowie bei der Auslegung der Eignungskriterien zu berücksichtigen. Dies ist vorliegend für das willkürfreie Verständnis des Eignungskriteriums «Bürostandort im Nachführungskreis» von Bedeutung.

3.3.1. In BGE 143 I 177 E. 2.3 S. 181 ff. und der dort zitierten Rechtsprechung hat das Bundesgericht dargelegt, was unter dem Begriff des Eignungskriteriums im beschaffungsrechtlichen Sinne zu verstehen ist. Weiter hat es ausgeführt, dass der Zeitpunkt des Vergabeentscheids im System des Beschaffungsrechts in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes den entscheidenden Moment im Submissionsverfahren darstellt. Daher dürfen (für den Anbieter positive) Tatsachen, die sich erst nach Ablauf des Eingabetermins für die Angebote ereignet haben, grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (vgl. BGE 143 I 177 E. 2.5 S. 184 f.). Auf die entsprechenden Erwägungen kann an dieser Stelle verwiesen werden. Die kantonale Bestimmung, wonach für die Beurteilung einer beschaffungsrechtlichen Beschwerde die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der angefochtenen Ausschreibung oder Verfügung massgebend sind, soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergibt (vgl. § 32 Abs. 1 öBG), ist einer Auslegung im Sinne dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohne Weiteres zugänglich (vgl. insbesondere auch Urteil 2D_25/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3).

3.3.2. Zu beachten bleibt, dass die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten Eignungskriterien bei einer unklaren Formulierung auslegungsbedürftig sind. Auszulegen und anzuwenden sind die Eignungskriterien diesfalls derart, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an, doch verfügt die Vergabe-

stelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich, in den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - unter dem Titel der Auslegung nicht eingreifen dürfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 S. 35 f.; Urteil 2C_994/2016 vom 9. März 2018 E. 4.1.1, nicht publ. in: BGE 141 II 177; Art. 16 der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRL Nr. 733a], welcher der Kanton Luzern mit Dekret vom 14. Juni 2004 beigetreten ist). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Diese Grenzen werden unter anderem auch durch binnenmarktrechtliche Bestimmungen vorgegeben. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 S. 36; Urteil 2C_994/2016 vom 9. März 2018 E. 4.1.1, nicht publ. in: BGE 141 II 177).

3.3.3. Was unter der Eignung zur Auftragsausführung zu verstehen ist und im relevanten Zeitpunkt nachgewiesen werden muss (vgl. E. 3.3.1 hiervor), entscheidet sich bei einer unklaren Formulierung der Eignungskriterien massgeblich anhand einer Auslegung der Ausschreibung (vgl. E. 3.3.2 hiervor). Dabei kann sich aufgrund der Grenzen des rechtlich Zulässigen durchaus ergeben, dass die Eignung in der Fähigkeit des Bewerbers besteht, mit hinreichender Sicherheit erst auf den Zeitpunkt der Vertragsausführung hin gewisse Bedingungen zu erfüllen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sind in diesem Auslegungsrahmen gegebenenfalls auch beschaffungsrechtliche Zielsetzungen wie die Förderung des wirksamen Wettbewerbs, die Gleichbehandlung der Anbieter sowie die Sicherstellung von Transparenz und einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. Art. 16 Abs. 3 IVöB; vgl. BGE 143 II 425 E. 4.4.2 S. 433 f.) zu beachten, weil die Anbieter nach Treu und Glauben davon ausgehen können, dass die Vergabestelle die Eignungs- und Zuschlagskriterien unter Berücksichtigung dieser Grundsätze der Submissionsgesetzgebung formuliert.

3.3.4. Unter dem Titel «Vergabegrundsätze/Eignungskriterien» führen die sich in den Akten befindlichen Ausschreibungsunterlagen (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG) «als geforderte Eignungskriterien» unter anderem das Erfordernis «Bürostandort im Nachführungskreis» auf. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich nicht hinreichend klar, ob es sich um ein Eignungskriterium handelt, das im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sein muss. Aufgrund seiner unklaren Formulierung hinsichtlich des Erfüllungszeitpunkts ist das Erfordernis deshalb auslegungsbedürftig. Der Beschwerdeführer wie auch die WEKO sehen darin ein bei der Offerteneinreichung zu erfüllendes Kriterium (vgl. E. 3.1.1 und E. 3.1.3 hiervor), während die Vergabestelle und die Vorinstanz in ihrem Verständnis des Kriteriums die Erfüllung erst auf den Zeitpunkt des Mandatsbeginns hin verlangen (vgl. E. 3.1.2 hiervor). Mit Blick auf die binnenmarktrechtlichen Ausführungen (vgl. E. 3.2 hiervor) ist dem Ver-

ständnis der Vergabestelle und der Vorinstanz zu folgen, da sie mit ihrer Auslegung des Kriteriums die Ausschreibungsunterlagen für den hier streitbetreffenen Zeitpunkt der Offerteneinreichung und die Durchführung des Vergabeverfahrens in einer Weise verstehen und anwenden, welche sich an den binnenmarktrechtlichen Vorgaben orientiert (vgl. E. 3.2.3 hiervor). Der Beschwerdeführer bringt in seiner Eingabe an das Bundesgericht keine stichhaltigen Gründe vor, nach denen das Kriterium anders auszulegen wäre, als es die Vergabestelle und die Vorinstanz taten. Namentlich legt er nicht nachvollziehbar dar, aus welchen zulässigen Überlegungen nur Anbieter mit bestehendem Bürostandort im Nachführungskreis als für die Offerteneinreichung geeignet anzusehen gewesen wären. Folglich ist die vorinstanzliche Auffassung, das Kriterium «Bürostandort im Nachführungskreis» müsse nicht bei Offerteneinreichung erfüllt sein, nicht willkürlich (vgl. E. 2.1 hiervor), da sie es im Rahmen der (binnenmarkt-) rechtlichen Bestimmungen in dieser Weise verstehen durfte. Die binnenmarktrechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. c BGBM) an die Auslegung des Kriteriums werden insoweit berücksichtigt, als eine nicht ortsansässige Person zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen und ihr letztlich der Zuschlag erteilt wurde.

3.4. Im Rahmen des Zulässigen bewegt sich weiter die von der Vorinstanz geteilte Einschätzung der Vergabestelle, wonach der Zuschlagsempfänger die weiteren Eignungskriterien im beschriebenen Sinne auch tatsächlich erfüllt. Soweit sie überhaupt ausreichend substantiiert sind, erweisen sich die diesbezüglichen Einwände des Beschwerdeführers als nicht stichhaltig und teilweise als widersprüchlich. Dass der Zuschlagsempfänger schon umfangsmässig nicht in der Lage sein soll, neben dem Nachführungsmandat in einem anderen Kanton auch jenes im hier betroffenen Nachführungskreis auszuüben, wird nicht ausreichend belegt. Damit bleibt es bei der Feststellung der Vorinstanz, die von einer geringfügigen und über weite Strecken delegierbaren Aufgabe im Nachbarkanton ausgeht. Angesichts der bisherigen Tätigkeit des Zuschlagsempfängers mitsamt Führung einer Firmengruppe im Vermessungsbereich durfte die Vergabestelle weiter davon ausgehen, dass der Zuschlagsempfänger in der Lage ist, innert kurzer Frist eine Organisation aufzubauen, die in fachlicher, personeller und sachlicher Hinsicht für eine einwandfreie Nachführung der amtlichen Vermessung sorgt. Soweit sich der Beschwerdeführer sinngemäss auf den Standpunkt stellt, dass seine Mitarbeitenden gegebenenfalls gar nicht bereit seien, auf das Angebot einer Weiterbeschäftigung beim Zuschlagsempfänger einzugehen, ist er darauf hinzuweisen, dass er selbst mehrere Vermessungsbüros allein im hier betroffenen Nachführungskreis erwähnt, von denen ebenfalls Personal rekrutiert werden kann. Hinzu kommt, dass der Zuschlagsempfänger nach der Aktenlage (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG) in Aussicht gestellt hat, von seiner bisherigen Arbeitgeberin, deren Geschäftsführung er innehat, ebenfalls Personal übernehmen zu können.

3.5. Nach diesen Ausführungen besteht kein Grund, von der willkürfreien Einschätzung der Vorinstanz abzuweichen. Der Zuschlagsempfänger erfüllt - auch unter Be-

achtung der Vorgaben des Binnenmarktgesetzes (vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. c BGBM) - die Anforderungen für seine Teilnahme am Vergabeverfahren. Folglich hält das vorinstanzliche Urteil mit Blick auf die Eignungskriterien dem Willkürverbot stand (vgl. Art. 9 BV; E. 2.1 und E. 3.1 hiervor).

4.

Weitere Rügen erhebt der Beschwerdeführer im Hinblick auf die Bewertung der Zuschlagskriterien. Das Gericht hat dabei den Ermessensbereich der Vergabestelle zu respektieren, soweit nicht frei zu prüfende Rechtsfragen zur Diskussion stehen (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.3 S. 38; Urteil 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 9).

4.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass es sich beim Angebot des Zuschlagsempfängers nicht um das wirtschaftlich günstigste Angebot handle. Entgegen § 5 Abs. 2 öBG seien die Kosten infolge der Übertragung von Operaten, d.h. einheitlich zu bearbeitender Teile des Vermessungswerks, bei einer Mandatsübergabe und massiver Mehraufwand bei den Gemeinden nicht berücksichtigt worden. Allerdings belegt der Beschwerdeführer nicht näher, worauf er seine Berechnung möglicher Folgekosten stützt, sodass diese einer Überprüfung von vornherein nicht standhalten. Ohnehin sind die Folgekosten im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nur eines von mehreren möglichen Kriterien (vgl. Art. 13 lit. f IVöB; § 5 Abs. 1 und Abs. 2 öBG). Hinzu kommt, dass staatliche Stellen an den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gebunden sind (vgl. BGE 143 II 425 E. 4.4.2 S. 433 f.) und in der Vergangenheit berücksichtigte Anbieter angesichts dessen grundsätzlich keine Vorteile geniessen dürfen. Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich vor diesem Hintergrund als unbegründet.

4.2. Gleich verhält es sich mit den Vorbringen des Beschwerdeführers, mit denen er die konkrete Punkteverteilung durch die Vergabestelle beanstandet. Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat die Vergabestelle den beiden Bewerbern bei den Zuschlagskriterien als Basisbewertung jeweils zwei Drittel der maximalen Punktzahl und darüber hinaus je detailliert begründete Zuschläge zwischen 0,25 und 2 Punkten erteilt. Die unterschiedslose Zuteilung von zwei Dritteln der Punktzahl bei gewissen Zuschlagskriterien kann mit dem Transparenzprinzip (vgl. Art. 5 BGBM; Art. 1 Abs. 3 lit. c und Art. 13 lit. a IVöB; § 8 Abs. 1 lit. f öBV; BGE 143 II 553 E. 7.7 S. 565 f.) in Konflikt geraten, weil sich damit die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Gewichtung der Kriterien verschiebt. Nach den Erwägungen der Vorinstanz, die vom Beschwerdeführer jedenfalls nicht rechtsgenügend in Frage gestellt werden, wählte die Vergabestelle dieses Vorgehen indes nicht ohne Rücksicht auf die konkreten Offerten. Vielmehr schätzte sie deren Qualität in einem ersten Schritt grundsätzlich als sehr gut ein. Basierend auf dieser Einschätzung erteilte sie beiden Offerten pauschal eine gewisse Grundpunktzahl. Darüber hinaus nahm sie weitere, detailliert begründete Zuschläge vor. Mit den Anforderungen des Transparenzprinzips ist dieses Vorgehen unter den konkreten Umständen vereinbar.

4.3. Der Beschwerdeführer vertritt des Weiteren die Auffassung, dass die Vergleichbarkeit der Angebote nicht

gegeben sei, weil der Zuschlagsempfänger im Zeitpunkt des Zuschlags verschiedene Kriterien noch gar nicht erfüllt habe. Zudem macht er geltend, dass die Offerte des Zuschlagsempfängers in verschiedenen Punkten deutlich schlechter bewertet werden müsse.

4.3.1. Mit seiner Argumentation verkennt der Beschwerdeführer, dass kein allgemeiner Grundsatz besteht, wonach bisherige Leistungserbringer von vornherein besser zu bewerten sind als neue Anbieter. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass der Zuschlagsempfänger nach der Vorinstanz aufgrund seines beruflichen und fachlichen Hintergrunds ausreichend Gewähr dafür bietet, dass er innert vergleichsweise kurzer Zeit eine gut funktionierende Betriebsorganisation aufstellen kann, die der Beurteilung durch die Vergabestelle beim Kriterium «Unternehmenskonzept» - abgesehen von geringfügigen Korrekturen - entspricht. Mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz setzt sich der Beschwerdeführer über weite Strecken aber nur oberflächlich auseinander. Soweit er der Bewertung der Vergabestelle etwa bloss seine eigene Einschätzung zur Offerte des Zuschlagsempfängers gegenüberstellt, vermag er eine rechtswidrige Ermessensausübung nicht darzutun.

4.3.2. Zutreffend ist immerhin, dass nicht ohne Weiteres einleuchtet, wieso die fehlende «Abgrenzung [zur] D. _____ AG» nach Auffassung der Vorinstanz zum Abzug von 0,5 Punkten beim Beschwerdeführer führen müsste. Bei der D. _____ AG handelt es sich nach der Darstellung des Beschwerdeführers und den kantonalen Akten (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG) um eine Aktiengesellschaft, die bereits mit Nachführungsarbeiten der amtlichen Vermessung in einem anderen Kreis betraut ist. Ihre Aktionäre oder die D. _____ AG selber sollen sich künftig an der B. _____ AG des bisherigen Nachführungsgeometers beteiligen. Inwieweit sich dies negativ auf das «Unternehmenskonzept» des Beschwerdeführers auswirken sollte, geht aus dem vorinstanzlichen Urteil nicht hervor und ist auch nicht ersichtlich, sodass ein Abzug nicht gerechtfertigt wäre. An der Rangfolge der Angebote ändert sich mit einer Verbesserung der Offerte des Beschwerdeführers um 0,5 Punkte allerdings nichts. Der Beschwerdeführer macht zwar geltend, dass die künftigen Beteiligungsverhältnisse an der B. _____ AG die Bewertung seiner Offerte darüber hinaus negativ beeinflussen hätten. Das ist im Einzelnen allerdings nicht konkret belegt. Namentlich ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Beteiligungsverhältnisse an den Gesellschaften sowohl des Zuschlagsempfängers als auch des Beschwerdeführers in der Aktennotiz zum Regierungsratsbeschluss vom 24. Oktober 2017 erwähnt wurden. Auf eine Benachteiligung des Beschwerdeführers lässt dies indes nicht schliessen.

4.4. Der Beschwerdeführer erachtet sodann § 19 GIV als verletzt, wobei mangels Anrufung anderer materiellrechtlicher Normen nur das Willkürverbot im Sinne von Art. 9 BV als Prüfungsmassstab in Betracht fällt (vgl. E. 2.1 hiavor). Nach § 19 GIV wählt das BUWD unter Berücksichtigung der begründeten Anliegen der Gemeinden die Nachführungsgeometer und legt ihre Rechte und Pflichten in einem Dienstvertrag fest. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Gemeinden im betreffenden

Nachführungskreis einen Wechsel des Nachführungsgeometers abgelehnt hätten. In welcher Form die Anliegen der Gemeinden zu berücksichtigen sind und welches Gewicht ihnen zukommt, legt § 19 GIV allerdings nicht ausdrücklich fest. Der Beschwerdegegner macht in seiner Vernehmlassung geltend, dass die Bedürfnisse der betroffenen Gemeinden bereits im Jahr 2005 erhoben worden seien und sich die zuständige Dienststelle ausserdem in konstantem Kontakt und Austausch mit ihnen befinde. Diese Vorgehensweise erscheint nicht als geradezu unhaltbar und hält folglich vor dem Willkürverbot stand. Die Rüge des Beschwerdeführers ist unbegründet.

4.5. Der Beschwerdeführer rügt darüber hinaus in verschiedenen Punkten eine Verletzung des Willkürverbots, des Rechtsgleichheitsgebots, des Verbots der Rechtsverweigerung und des rechtlichen Gehörs. Soweit seine Vorbringen den qualifizierten Rügeanforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG überhaupt genügen, sind sie jedenfalls unbegründet. Das gilt namentlich für die Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV). Dieser verfassungsrechtliche Anspruch verlangt von der zuständigen Behörde nicht, dass sie sich mit allen Parteienstandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich behandelt. Die Behörde kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken, soweit die Begründung so abgefasst ist, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (vgl. BGE 142 I 135 E. 2.1 S. 145; 136 I 229 E. 5.2 S. 236). Diesen Anforderungen wird das vorinstanzliche Urteil gerecht.

5.

Nach dem Dargelegten dringt der Beschwerdeführer mit seinen Rügen nicht durch. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist daher sowohl im Haupt- als auch in sämtlichen Eventualbegehren abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Gerichtskosten zulasten des Beschwerdeführers (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet, da der Kanton Luzern in seinem amtlichen Wirkungskreis obsiegt (Art. 68 Abs. 3 BGG) und dem Zuschlagsempfänger mangels Vernehmlassung kein entschädigungswürdiger Aufwand entstanden ist (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Kantonsgericht Luzern, 4. Abteilung, und der Wettbewerbskommission schriftlich mitgeteilt.

B 4	4. Arrêt du Tribunal fédéral du 15 décembre 2017 en matière de droit public
-----	--

Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause Commission de la concurrence COMCO, A. SA et B. contre Commission du Barreau du canton de Genève (recours en matière de droit public) 2C_1054/2016 / 2C_1059/2016 du 15 décembre 2017 (ATF 144 II 147)

Regeste

Art. 27 Cst.; art. 321 CP; art. 8 al. 1 let. d, art. 12 let. b et art. 13 LLCA; art. 2 al. 4 et 6 et art. 3 LMI; admissibilité d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une personne morale et dont l'un des associés, qui détient des droits de participation et siège au conseil d'administration de la société, n'est pas inscrit au registre cantonal des avocats.

Relations entre la LLCA et la LMI. En principe, lorsque la LLCA s'applique uniformément à l'ensemble du territoire (art. 4-8 LLCA), la LMI ne trouve pas application. Exception à ce principe en cas d'interprétations cantonales divergentes de la LLCA en lien avec le droit d'accès au marché garanti par les art. 2 al. 4 et 2 al. 6 LMI (consid. 4.2).

Situation d'une entreprise qui, sur la base d'une interprétation du droit fédéral qui diffère de celle du canton de provenance, se voit refuser le droit de s'établir dans un autre canton. Examen sous l'angle de l'art. 2 al. 4 LMI et non de l'art. 2 al. 6 LMI (consid. 4.4).

Rappel de la jurisprudence relative à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA (consid. 5.2). Exposé de la doctrine sur la question de l'admissibilité d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une personne morale et dont l'un des associés, qui détient des droits de participation et/ou siège au conseil d'administration de la société, n'est pas inscrit au registre cantonal des avocats (consid. 5.3.1). En l'occurrence, la LLCA l'exclut (consid. 5.3.2). Une telle structure met également en péril la garantie du secret professionnel de l'avocat (consid. 5.3.3).

Pas d'application de l'art. 3 LMI lorsque la restriction est fondée sur du droit fédéral (consid. 6).

Conformité du refus d'accorder l'agrément avec la liberté économique (art. 27 Cst.; consid. 7).

Faits

A.

A.a Inscrite au registre du commerce depuis 2008, l'Etude A. SA (ci-après: A. ou l'Etude) est une société anonyme de droit suisse dont le siège est à Zurich. Son but social est la fourniture de prestations juridiques en Suisse et à l'étranger par des avocats, des notaires et d'autres conseillers, ainsi que les activités liées. La société peut exercer toutes les activités financières et commerciales en relation avec la poursuite du but social. Elle peut notamment ouvrir des succursales.

A.b Le 27 mai 2008, la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich a confirmé aux associés de A. qu'ils remplissaient tous les critères pour exploiter une étude d'avocats sous la forme d'une société anonyme.

Par la suite, A. a ouvert des succursales à Berne, Lugano et Bâle. Les autorités cantonales compétentes en matière de surveillance des avocats ont rendu des décisions similaires au prononcé zurichois du 27 mai 2008.

B. Par courrier du 12 novembre 2015, C. et D., avocats inscrits au barreau de Zurich et membres du conseil d'administration de A., ont sollicité de la Commission du barreau de Genève (ci-après: la Commission du barreau) l'agrément pour l'exercice de la profession d'avocat sous forme d'une société de capitaux. La requête tendait en particulier à ce que E., F., G., H., I., J. et K. soient autorisés à pratiquer la profession d'avocat au sein du futur bureau genevois de A. Il était, en outre, précisé que les statuts de l'Etude disposaient qu'au minimum trois quarts des associés devaient être avocats inscrits à l'un des barreaux cantonaux. Au moment de la requête, un seul des trente-neuf associés de l'Etude, expert fiscal diplômé, n'était pas inscrit à un registre cantonal d'avocats.

A l'appui de leur requête, C. et D. ont produit les statuts de l'Etude, le contrat d'association, le règlement d'organisation, ainsi qu'un modèle de contrat de travail pour avocat associé et avocat collaborateur.

Par décision du 14 décembre 2015, la Commission du barreau a rejeté la demande d'agrément déposée par C. et D. Elle a retenu en substance que l'exercice de la profession d'avocat sous le couvert d'une personne morale ne pouvait être ouvert à des personnes non inscrites à un registre d'avocats suisse et que seule une société dont le capital social était intégralement détenu en tout temps par des avocats inscrits dans un registre cantonal permettait le respect des principes de l'indépendance et du secret professionnel. Ainsi, dans la mesure où l'un des associés de l'Etude était un expert fiscal diplômé qui n'était pas inscrit à un registre cantonal des avocats, l'exercice de la profession d'avocat au sein d'une succursale de l'Etude ne permettait pas le respect des conditions légales. Le fait que cet associé pratiquait à Zurich, et non à Genève, n'était pas déterminant du moment qu'il participait à la formation de la volonté sociale.

Par arrêt du 11 octobre 2016, auquel était annexée une opinion séparée, la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève (ci-après: la Cour de justice) a rejeté le recours formé par A. à l'encontre de cette décision. Après avoir laissé ouverte la question de la qualité pour recourir de l'intéressée, cette autorité a jugé qu'une société anonyme d'avocats contrôlée par une majorité d'avocats inscrits ne présentait pas les mêmes garanties en terme d'indépendance qu'une société entièrement contrôlée par un ou plusieurs avocats inscrits dans un registre cantonal. Le refus d'accorder l'agrément était, en outre, conforme à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02).

C.

C.a Contre l'arrêt du 11 octobre 2016, A. et B. forment un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (cause 2C_1059/2016). Ils concluent à la réforme de l'arrêt attaqué en ce sens que l'agrément sollicité doit être accordé à A. Subsidiairement, ils concluent à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouveau jugement dans le sens des considérants.

C.b La Commission de la concurrence interjette également un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral à l'encontre de l'arrêt du 11 octobre 2016 (cause 2C_1054/2016). Elle conclut à la constatation que l'arrêt attaqué, en tant qu'il rejette le recours de A., restreint l'accès au marché de manière illicite.

La Cour de justice n'a pas formulé d'observations, s'en remettant à justice quant à la recevabilité des deux recours et persistant dans les considérants et le dispositif de son arrêt. La Commission du barreau se réfère à sa décision du 14 décembre 2015 s'agissant des deux recours, s'en rapportant à justice quant à leur recevabilité. A. et B. demandent la jonction avec la procédure 2C_1054/2016 et déclarent adhérer à l'argumentation développée par la Commission de la concurrence. La Commission de la concurrence renonce à prendre position sur le recours formé par A. et B., se référant à son propre recours devant la Cour de céans.

D. Le 15 décembre 2017, la Cour de céans a délibéré sur le présent recours en séance publique.

Considérants

Extrait des considérants:

4. Il convient donc de déterminer en premier lieu si et dans quelle mesure les règles sur la liberté d'accès au marché sont applicables. Cette question implique de s'interroger sur les liens existant entre la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61) et la LMI.

4.1 La LLCA contient des règles spéciales sur la libre circulation des avocats. Tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autre autorisation (art. 4 LLCA). L'avocat titulaire d'un brevet d'avocat (art. 7 al. 1 LLCA), qui remplit les conditions personnelles de l'art. 8 al. 1 LLCA, peut demander son inscription au registre du canton dans lequel il a son adresse professionnelle (art. 6 al. 1 LLCA). D'après la doctrine, la liberté d'accès aux marchés cantonaux peut notamment être revendiquée en cas d'ouverture d'un second bureau dans un autre canton (MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2e éd. 2013, n°58 ad art. 2 I-VI LMI). La LMI garantit, pour sa part, à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché, afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Par activité lucrative au sens de cette loi, on entend toute activité non régalienne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI), dont en particulier la profession d'avocat (BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, n. 196 p. 85). L'art. 2 al. 4, 1re phrase, LMI énonce le principe du libre

accès au marché à toute personne qui remplit les conditions du premier établissement, sous réserve de l'art. 3 LMI, qui prévoit à quelles conditions le libre accès au marché peut être restreint.

4.2 Dans l'ATF 134 II 329 portant sur les relations entre ces deux lois fédérales, le Tribunal fédéral a relevé que les deux lois étaient si imbriquées qu'il n'était pas possible de déterminer la loi applicable en se fondant simplement sur les adages consacrés en la matière, tels que "lex specialis derogat generali" et "lex posterior derogat priori", entre lesquels il n'existait du reste aucune hiérarchie stricte. Si, à son entrée en vigueur, la LLCA avait été conçue comme une loi spéciale et postérieure à la LMI, la situation avait changé depuis la modification de la LMI du 16 décembre 2005 qui visait à améliorer le fonctionnement du marché intérieur. Ces nouvelles dispositions de la LMI étaient ainsi postérieures à la LLCA, qui avait d'ailleurs aussi subi des modifications entrées en vigueur en 2007. Il convenait donc d'avoir une approche nuancée et d'examiner, en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral, si, selon les matières, la LMI n'était pas applicable parallèlement à la LLCA (consid. 5.2 p. 333 s.). Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que, lorsque la LLCA laissait une compétence résiduelle aux cantons, la LMI continuait de s'appliquer (consid. 5.2 p. 333 s.). Tel était le cas de l'art. 3 LLCA qui réserve aux cantons de fixer des dispositions concernant la formation des stagiaires. La jurisprudence a ainsi considéré que si une réglementation cantonale adoptée sur cette base dépasse le cadre fixé par la loi fédérale, elle tombe sous le coup de la LMI. Cette conclusion correspond du reste à l'évolution de la législation. Avec la modification de la LMI du 16 décembre 2005, intervenue après l'entrée en vigueur de la LLCA le 1^{er} juin 2002, le législateur a voulu consacrer la primauté du marché intérieur sur le fédéralisme. Les cantons ne sauraient donc, par le biais de la réserve figurant à l'art. 3 al. 1 LLCA, porter atteinte à la substance même du principe du libre accès au marché par les avocats (consid. 5.4 p. 335). En d'autres termes, si une loi fédérale contient une disposition fédéraliste (en l'occurrence l'art. 3 LLCA), par essence contraire à la LMI, elle ne saurait être mise en oeuvre de manière extensive par les cantons; si la réglementation cantonale adoptée sur cette base dépasse le cadre fixé par la loi fédérale, alors la LMI continue de s'appliquer (cf. ATF 141 II 280 consid. 5.2.1 p. 285 s.; ATF 134 II 329 consid. 5.4 p. 335).

En revanche, lorsque la LLCA a pour vocation de s'appliquer uniformément à l'ensemble du territoire, en fixant notamment des règles régissant l'organisation et la pratique du métier d'avocat, la LMI ne trouve en principe pas application (BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., nos 59 s. ad art. 2 I-VI LMI). La doctrine admet toutefois une exception à ce principe: si un canton fait échec au droit d'accès au marché d'un offreur extérieur au canton en faisant une interprétation de la LLCA qui diverge de celle du canton de provenance, l'offreur pourra valablement invoquer l'art. 2 al. 6 LMI, selon lequel une décision cantonale prise en application du droit fédéral donnant accès à un marché s'impose aux autres (CHAPPUIS/MERKT, *Profession d'avocat et loi sur le marché intérieur*, *Commentaire de l'ATF 138 II 440*, in *Revue de l'avocat* 2017, p. 295; BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., nos 59 s. ad art. 2

I-VI LMI; BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, *Pratique du métier d'avocat en société de capitaux*, *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2010 p. 173 s.*). Cette exception est justifiée et s'applique non seulement dans la situation visée à l'art. 2 al. 6 LMI, mais également dans les situations où, bien que se fondant sur la LLCA, soit du droit fédéral, les cantons adoptent des interprétations différentes en lien avec l'art. 2 al. 4 LMI (cf. BIANCHI DELLA PORTA, *op. cit.*, n° 42 ad art. 2 I-VI LM).

4.3 En l'occurrence, le litige a pour origine une requête formée par A. SA, dont le siège se situe à Zurich, tendant à obtenir l'agrément de la Commission du barreau genevois, afin que plusieurs de ses membres soient autorisés à pratiquer la profession d'avocat au sein du futur bureau genevois de l'Etude. A Genève, l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une société de capitaux est soumis à l'agrément de la Commission du barreau, qui s'assure du respect des exigences de droit fédéral (art. 10 al. 2 de la loi du 26 avril 2002 sur la profession d'avocat [LPAv; rs/GE E 6 10]). Le droit fédéral ne connaît pas la procédure d'agrément; il prévoit uniquement l'inscription de l'avocat au registre du canton dans lequel il a son adresse professionnelle, à condition de remplir les exigences prévues aux art. 7 et 8 LLCA (art. 6 al. 1 LLCA). L'agrément de la Commission du barreau permet de déterminer de manière préalable si ces conditions sont remplies. En l'espèce, la Commission du barreau de Genève a considéré que les exigences prévues par la LLCA n'étaient pas remplies dans le cas de la société recourante, dans la mesure où l'un des associés de l'Etude n'était pas inscrit à un registre cantonal d'avocats. La solution genevoise tranche ainsi avec la décision rendue par la Commission de surveillance des avocats de Zurich le 27 mai 2008 confirmant que les associés de A. remplissaient tous les critères pour exploiter une étude d'avocats sous la forme d'une société anonyme. Ainsi, on est en présence d'interprétations cantonales divergentes de la LLCA.

4.4 Contrairement à l'opinion de la Commission de la concurrence, la présente situation doit être examinée à l'aune de l'art. 2 al. 4 LMI. L'art. 2 al. 6 LMI ne trouve, en revanche, pas application. La position divergente soutenue par la recourante sur la base de la doctrine (cf. en particulier: CHAPPUIS/MERKT, *op. cit.*, p. 295; BIANCHI DELLA PORTA, *op. cit.*, nos 59 s. ad art. 2 I-VI LMI; NORBERT SENNHAUSER, *Vom Anwalt zur Anwalts-Kapitalgesellschaft mit besonderer Betrachtung der Anwalts-GmbH*, 2013, p. 161 s.; BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, *op. cit.*, p. 173 s.) ne saurait être suivie. D'après cette disposition, lorsqu'une autorité d'exécution cantonale a constaté que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral ou en a autorisé l'accès au marché, sa décision est applicable dans toute la Suisse. L'art. 2 al. 6 LMI vise ainsi uniquement l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation. Cette disposition ne traite aucunement du droit de s'établir dans un autre lieu de Suisse, afin d'y exercer une activité économique. Rien n'indique à cet égard que l'absence du droit de s'établir relèverait d'une lacune de l'art. 2 al. 6 LMI. Au contraire, la liberté d'établissement dans un autre canton a été délibérément dissociée des dispositions relatives à l'offre de marchandises, de services et

de prestations de travail. Avant la réforme du 16 décembre 2005 (RO 2006 2363), le Tribunal fédéral avait d'ailleurs exclu la liberté d'établissement du principe de la liberté d'accès au marché (ATF 125 I 276). Selon cette jurisprudence, la liberté d'accès au marché était garantie à celui qui, à partir de son siège, voulait offrir des marchandises ou des services dans d'autres cantons, mais pas à celui qui voulait s'établir dans un autre canton, car il devait se conformer au droit en vigueur dans ce dernier (consid. 4 p. 278 ss; FF 2005 428 s.). Le nouvel art. 2 al. 4 LMI permet désormais à celui qui veut s'établir dans un autre canton pour y exercer une activité lucrative légale de se prévaloir du principe de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, dans les limites de l'art. 3 LMI. La LMI établit ainsi un régime juridique différent en ce qui concerne la liberté d'établissement et l'offre d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation. Cela tient au fait que le droit de s'établir a un impact plus important sur le canton d'implantation que l'offre de marchandises, de services ou de prestations. Par ailleurs, compte tenu du caractère durable d'un établissement, le prononcé d'une interdiction fondée sur la LMI pénalise plus lourdement une entreprise qui entend s'établir dans un autre canton qu'une société souhaitant offrir des marchandises ou des services sporadiques hors canton. Il paraît donc justifié de traiter différemment ces deux situations. Ainsi, contrairement à l'art. 2 al. 6 LMI, l'art. 2 al. 4 LMI prévoit un contrôle du respect des dispositions légales. Comme on l'a vu, cette disposition s'applique non seulement en présence de divergences de droit cantonal, mais aussi lorsqu'est en jeu la liberté d'établissement garantie par la LLCA (cf. *supra* consid. 4.2). Cela a notamment pour conséquence que la Commission de la concurrence peut intervenir en cas de divergence cantonale sur l'exercice de la liberté d'établissement par des avocats. Il s'ensuit que, dans la situation où une entreprise se voit, en vertu du droit fédéral, refuser le droit de s'établir dans un autre canton, c'est l'art. 2 al. 4 LMI, et non l'art. 2 al. 6 LMI, qui trouve application.

5. Il convient donc d'examiner si la Cour de justice a correctement contrôlé le respect des dispositions légales applicables en vertu du premier établissement (art. 2 al. 4 in fine LMI). Dans le cas particulier, cet examen revient à vérifier la conformité de la décision entreprise au droit fédéral.

5.1 Aux termes de l'art. 6 LLCA, l'avocat titulaire d'un brevet d'avocat cantonal qui entend pratiquer la représentation en justice doit demander son inscription au registre du canton dans lequel il a son adresse professionnelle (al. 1). L'autorité de surveillance l'inscrit s'il remplit les conditions prévues aux art. 7 et 8 (al. 2). L'art. 7 LLCA définit les conditions de formation, alors que l'art. 8 LLCA énonce les conditions personnelles. Selon cette dernière disposition, pour être inscrit au registre cantonal, l'avocat doit notamment être en mesure de pratiquer en toute indépendance; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal (art. 8 al. 1 let. d).

L'indépendance comme condition de l'inscription (art. 8 al. 1 let. d LLCA) est dite institutionnelle: l'avocat doit s'organiser de manière à pouvoir exercer son activité de façon indépendante. L'art. 12 let. b et c LLCA énonce la

règle de l'indépendance matérielle, selon laquelle l'avocat doit veiller, dans chaque affaire qui lui est confiée, à exercer son activité de manière indépendante, en évitant notamment tout conflit d'intérêts (ATF 138 II 440 consid. 3 p. 443; arrêt 2C_433/2013 du 6 décembre 2013 consid. 3, non publié in ATF 140 II 102).

L'art. 13 LLCA précise encore que l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession. L'avocat veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel (art. 13 al. 2 LLCA). Cette obligation est également concrétisée à l'art. 321 CP, selon lequel sont, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire notamment les avocats, défenseurs en justice, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci.

5.2 L'indépendance institutionnelle au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA doit garantir que l'avocat puisse se consacrer entièrement à la défense des intérêts de ses clients, sans être influencé par des circonstances étrangères à la cause. L'art. 8 al. 1 let. d, 2e phrase, LLCA envisage le cas où l'avocat salarié est employé par une étude organisée sous la forme traditionnelle d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes, dont respectivement l'exploitant et les associés sont eux-mêmes inscrits au registre des avocats. Une évolution plus récente a conduit à ce que des avocats s'associent pour la pratique du barreau, en constituant une personne morale dont ils sont les employés. Cette situation a fait l'objet de l'ATF 138 II 440. Dans cette affaire, il s'agissait de onze avocats associés au sein d'un bureau de Saint-Gall, qui envisageaient de poursuivre leur activité en intégrant une étude dont le support juridique était une société anonyme de droit suisse. Ces avocats demandaient qu'il soit constaté qu'ils pouvaient demeurer inscrits au registre cantonal avec cette nouvelle organisation. Constatant que le législateur avait renoncé à réglementer cette question, le Tribunal de céans a fait droit à cette conclusion, en considérant que la question de l'indépendance requise ne devait pas dépendre de la forme juridique adoptée, mais de l'organisation mise en place dans le cas concret. Le choix de la société anonyme ou d'une autre forme juridique comme support d'une étude d'avocats n'empêchait ainsi nullement, en tant que tel, les avocats concernés de se faire inscrire dans un registre cantonal - même si la personne morale n'y figurait pas elle-même -, pour autant que leur indépendance soit garantie de la même manière que s'ils étaient engagés par des avocats inscrits. Lorsque la société anonyme était entièrement contrôlée par des avocats inscrits, les garanties sous l'angle de l'indépendance institutionnelle étaient les mêmes que lorsqu'un avocat était engagé par un autre avocat lui-même inscrit. En l'occurrence, la société anonyme était et resterait entièrement contrôlée par des avocats inscrits dans un registre cantonal: seuls des avocats inscrits pouvaient devenir associés et les actions étaient soumises à des restrictions de transmissibilité; le conseil d'administration était composé uniquement d'actionnaires, donc d'avocats inscrits; outre le but de la société, les statuts ainsi qu'une convention d'actionnaires garantissaient que la

direction de celle-ci soit assurée par des avocats inscrits. Dans ces conditions, les exigences d'indépendance posées par l'art. 8 al. 1 let. d LLCA étaient satisfaites (consid. 17 p. 457, consid. 18 p. 458, consid. 22 p. 462, consid. 23 p. 463).

Dans un arrêt ultérieur, publié aux ATF 140 II 102, le Tribunal fédéral a été saisi de la question de savoir si une personne titulaire d'un brevet d'avocat suisse pouvait être employée par une étude d'avocats organisée sous la forme d'une personne morale de droit anglais. Se fondant sur l'ATF 138 II 440, le Tribunal fédéral a rappelé que le seul fait que l'avocat requérant son inscription était engagé par une personne morale qui n'était pas elle-même inscrite dans un registre cantonal ne conduisait pas nécessairement au rejet de la requête pour défaut d'indépendance (ATF 140 II 102 consid. 5.2.1 p. 109). Le Tribunal fédéral a cependant considéré que, même en s'astreignant à respecter les règles professionnelles de leur barreau étranger pour des questions d'organisation et de responsabilité, les associés de l'étude ne se trouvaient pas dans la même situation que s'ils étaient légalement tenus de les observer. En outre, n'étant pas inscrits dans un registre cantonal, ils n'étaient pas soumis à la surveillance disciplinaire d'une autorité (cantonale) suisse, surveillance qui doit garantir le respect de la LLCA (consid. 5.2.2 p. 110).

5.3 Le Tribunal de céans ne s'est pas encore prononcé sur la question de savoir si le fait que des personnes autres que des avocats inscrits détiennent des droits de participation dans une étude d'avocats, organisée sous forme de personne morale, ou siègent dans son conseil d'administration, est conciliable avec les garanties d'indépendance et de secret professionnel prévues dans la LLCA (cf. ATF 140 II 102 consid. 4.2.2 p. 106 s.; ATF 138 II 440 consid. 23 p. 463).

5.3.1 Une partie de la doctrine admet cette forme d'organisation, pour autant que les règles d'organisation de la société permettent d'assurer le rôle majoritaire des avocats inscrits à un registre cantonal (SENNHAUSER, op. cit., p. 200 ss; GAUDENZ G. ZINDEL, *Anwaltsgesellschaften in der Schweiz*, RSJ 11/2012 p. 255; FELLMANN/ZINDEL, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2e éd. 2011, n° 64 ad art. 12 LLCA; KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich*, 2009, n. 1320 p. 328; DE VRIES REILINGH/HOHENAUER, *De l'étude d'avocats traditionnelle à la société anonyme d'avocats: quelques réflexions d'ordre civil et fiscal*, PJA 2008 p. 690). Ces auteurs considèrent par ailleurs que l'activité du tiers doit s'inscrire dans le cadre du but principal de la société et permettre la réalisation de celui-ci (cf. ZINDEL, op. cit., p. 256; DE VRIES REILINGH/HOHENAUER, op. cit., p. 690). Ils se réfèrent en cela aux critères élaborés par la Commission cantonale de surveillance des avocats de Zurich dans une décision du 5 octobre 2006. Dans cette affaire, l'autorité de surveillance avait accepté le principe d'une participation minoritaire au capital de tiers non-avocats, à condition que toutes les décisions sociales ne puissent être prises qu'à la majorité des voix d'avocats inscrits. Il était en outre exigé que le président du conseil d'administration soit un avocat inscrit au barreau (cf. BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, 2e éd. 2016, p. 106 s.). Ces critères étaient réalisés en l'occurrence puisque, selon la convention

d'actionnaires, deux tiers du capital-actions et des voix devaient être constitués d'avocats inscrits.

L'approche consistant à limiter l'influence décisionnelle des tiers non inscrits au sein des organes sociaux d'une société anonyme d'avocats a été reprise dans un projet de loi fédérale sur la profession d'avocat, daté du 15 février 2012 et élaboré par la Fédération suisse des avocats. Aux termes de l'art. 38, intitulé « Société d'avocats », l'exercice collectif de la profession d'avocat est admis sous toute forme juridique prévue par le droit suisse. La société d'avocats doit remplir certaines conditions, tendant notamment à garantir qu'elle soit contrôlée par des avocats inscrits (cf. art. 39). Les trois quarts au moins des droits de vote doivent appartenir à des avocats inscrits et la participation de ces derniers doit atteindre au minimum deux tiers du capital propre de la société (art. 39 let. c). Les décisions à tous les niveaux doivent en outre être prises à la majorité des voix des avocats inscrits (art. 39 let. d). Enfin, le président de l'organe supérieur de direction ou d'administration doit être un avocat inscrit (art. 39 let. e; cf. ERNST STAEHELIN, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*, in *Revue de l'avocat* 2012, p. 131). La proposition de la Fédération suisse des avocats a été suivie par une motion du Conseiller national Karl Vogler chargeant le Conseil fédéral d'élaborer une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat. Les travaux relatifs à la révision de la LLCA ont cependant été retardés et aucun projet de loi n'a encore été soumis au Parlement (cf. Rapport du Conseil fédéral du 3 mars 2017 sur les motions et postulats des conseils législatifs 2016 [17.006], p. 52).

Certains auteurs critiquent l'approche consistant à mesurer l'influence décisionnelle des associés non inscrits (MATHIEU CHÂTELAIN, *L'indépendance de l'avocat et les modes d'exercice de la profession*, 2017, n. 1312 p. 376; JÉRÔME GURTNER, *La réglementation des sociétés en Suisse: entre protectionnisme et libéralisme*, Etude de droit comparé, Neuchâtel, 2016 [ci-après: *Réglementation*], p. 373; BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 181; SCHILLER, op. cit., n. 1317 p. 327; BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 2379 p. 969). Selon BIANCHI DELLA PORTA et PHILIPPIN, « des associés minoritaires peuvent, notamment par le jeu d'implications financières étrangères aux rapports de détention, ou par des alliances, avoir une influence de fait plus importante que celle qui résulte de leur part à la société » (BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 181). Il existe ainsi un « risque concret d'influence, en cas de stratégies de vote concertées » (BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 180, citant BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 2379 p. 969). Ces auteurs privilégient ainsi une approche fondée sur l'ensemble des circonstances pertinentes du cas d'espèce (pourcentage de la participation, rôle dans l'activité de la société, mécanismes statutaires et conventionnels mis en place, etc.). D'après eux, « si toute influence indue peut être exclue, il n'y a pas de raison de s'y opposer par principe » (BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 180). Selon SCHILLER, il convient de s'assurer qu'aucun lien n'expose les avocats à l'influence de ces associés minoritaires non inscrits (« bedeutenden Minderheiten von Nicht-Anwälten »). L'auteur cite l'exemple de liens qui pourraient subsister avec de précédents employeurs ou des services juridiques externalisés

(SCHILLER, op. cit., n. 1317 p. 327). BOHNET et MARTENET proposent pour leur part de limiter à 20 % la proportion d'associés non inscrits détenant au maximum des parts dans la même proportion (BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 2389 p. 973 et n. 2402 p. 980). Ces auteurs sont, en revanche, plus stricts quant à la possibilité pour des tiers non inscrits à un registre cantonal d'avocats de siéger en qualité de membre du conseil d'administration de la société. Selon eux, cette situation met en péril le secret professionnel de l'avocat, de sorte que le conseil d'administration devrait être exclusivement composé d'avocats inscrits au registre (BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 2390 p. 974 et n. 2410 p. 984 s.; de cet avis également: GURTNER, *Réglementation*, op. cit., p. 380; MAURER/GROSS, in *Commentaire romand, Loi sur les avocats*, 2010, nos 108 et 111 ad art. 13 LLCA; contra: BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 181; SIMONE GIANINI, *Strutture societarie e professione d'avvocato*, in *Vertrauen, Vertrag, Verantwortung*, 2007, p. 485).

Un dernier courant de doctrine considère enfin que seuls des avocats inscrits à un registre cantonal peuvent être actionnaires d'une société anonyme d'avocats et siéger en qualité de membres du conseil d'administration (GURTNER, *Réglementation*, op. cit., p. 373 s.; BENOÎT CHAPPUIS, *La pratique du barreau au sein d'une personne morale - Réflexions de lege ferenda sous l'angle de l'indépendance de l'avocat*, in *Revue de l'avocat* 8/2003, p. 264; MICHAEL PFEIFER, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*, RDS 1996 II p. 330; cf. aussi CHÂTELAIN, op. cit., n. 1314 p. 376, qui est en faveur du principe de l'interdiction de tiers au sein des organes décisionnels, tout en admettant que « certains tiers légalement autorisés pourraient faire partie de l'assemblée générale ou de tout autre organe décisionnel, à l'instar des notaires ou des médecins »). Les auteurs qui défendent cette opinion se fondent sur le fait que les tiers ne sont pas soumis aux règles professionnelles de l'avocat, ni au contrôle d'une autorité de surveillance. Dans ces conditions, « un contrôle de la société par des avocats inscrits au registre à une hauteur proche de 100 % s'impose, afin de garantir la protection du public » (GURTNER, *Réglementation*, op. cit., p. 373 s.).

5.3.2 Ce dernier courant de doctrine doit être suivi compte tenu du droit actuel. L'art. 8 al. 1 let. d LLCA pose clairement le principe selon lequel, pour être inscrit au registre, l'avocat ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal.

Il découle ainsi de l'art. 8 LLCA que, hormis le cas particulier des avocats employés par des organisations reconnues d'utilité publique (art. 8 al. 2 LLCA), l'indépendance indispensable à l'exercice d'une activité d'avocat est exclue si l'avocat exerce sa profession pour une personne qui n'est pas inscrite au registre des avocats (ATF 138 II 440 consid. 6 p. 446). Le Tribunal fédéral a certes retenu qu'une interprétation littérale de la règle d'indépendance posée à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA était, dans certaines situations, trop restrictive. Il n'est, en particulier, pas compatible avec la liberté économique d'interdire toute activité indépendante d'avocat, au motif que la personne exerce parallèlement une autre activité salariée pour des employeurs non inscrits à un registre cantonal. L'indépendance requise à l'art. 8 al. 1 let. d

LLCA n'exclut donc pas qu'à côté d'un emploi pour un non-avocat une personne puisse exercer en qualité d'avocat. Le Tribunal fédéral a ainsi notamment retenu que l'inscription au registre cantonal ne pouvait pas être refusée à un avocat employé à plein temps dans une entreprise industrielle, assumant des mandats privés pendant son temps libre et avec l'accord explicite de son employeur (arrêt 2A.111/2003 du 29 janvier 2004 consid. 7; cf. aussi les exemples cités au consid. 6 de l'ATF 138 II 440). La présente situation n'entre pas dans ce cas de figure: la relation d'emploi porte sur l'activité d'avocat elle-même. En pareil cas, il y a lieu de s'en tenir aux principes dégagés de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA. Comme exposé supra (consid. 5.2), cette disposition ne s'oppose pas à ce que des avocats s'associent pour la pratique du barreau en constituant une personne morale dont ils sont les employés (ATF 138 II 440). Le choix de la société anonyme n'empêche pas les avocats de se faire inscrire dans un registre cantonal pour autant que leur indépendance soit garantie de la même manière que s'ils étaient engagés par des avocats inscrits. En exigeant que l'employeur de l'avocat requérant son inscription soit lui-même inscrit dans un registre cantonal, la règle de l'art. 8 al. 1 let. d, 2e phrase, LLCA garantit que le premier étant soumis à la LLCA et à la surveillance disciplinaire, il ne mésuse pas de sa position hiérarchique pour influencer son collaborateur dans un sens contraire aux intérêts du client. C'est ainsi le statut de son employeur qui garantit l'indépendance de l'avocat employé (ATF 140 II 102 consid. 4.1.2 p. 105). Or, à la différence de l'avocat, le tiers non inscrit à un registre cantonal n'est soumis ni aux règles professionnelles, ni à la surveillance disciplinaire. C'est pour cette raison que le Tribunal fédéral considère que, dans le cadre d'une société anonyme d'avocats, l'indépendance est assurée pour autant que celle-ci soit conçue de manière que seuls des avocats inscrits puissent influencer la relation d'emploi (cf. supra consid. 5.2). Or, tel n'est pas le cas de la société recourante. Il ressort tant du contrat d'associés que des statuts que les avocats non inscrits peuvent représenter jusqu'à un quart des associés; cette proportion est valable non seulement pour les voix attribuées aux actions mais également pour les voix dans la société (art. 21 du contrat; art. 8 des statuts). L'associé non inscrit peut également participer à la prise de décision au sein du conseil d'administration, étant précisé que la majorité de ses membres enregistrés comme avocats en Suisse doivent être présents (ch. 12, point 3.4 du règlement d'organisation) et que les décisions ne sont valables que lorsqu'elles ont été adoptées par une majorité de membres inscrits dans un registre d'avocat en Suisse (ch. 14 du règlement d'organisation). Ainsi conçu, le système mis en place par la société anonyme ne permet pas d'exclure tout risque concret d'influence, au sein de l'actionariat et du conseil d'administration, par les associés qui ne sont pas inscrits au registre. En résumé, seule une étude d'avocats organisée en personne morale dont l'actionariat et le conseil d'administration sont composés exclusivement d'avocats inscrits dans un registre cantonal permet d'assurer que l'employeur offre lui-même les garanties nécessaires. Partant, la condition dont l'art. 8 al. 1 let. d, 2e phrase, LLCA fait dépendre l'inscription à un registre cantonal n'est pas remplie dans le cas de la société recourante.

5.3.3 Le fait que des personnes autres que des avocats inscrits détiennent des droits de participation dans une étude d'avocats met également en péril la garantie du secret professionnel de l'avocat. Le Tribunal fédéral a certes précisé que le respect absolu du secret professionnel n'était pas exigé (ATF 138 II 440 consid. 21 p. 461). Le secret professionnel de l'avocat jouit cependant d'une protection particulière dans l'ordre juridique, parce qu'il est indispensable à la profession et, partant, à une administration saine de la justice (ATF 138 II 440 consid. 21 p. 461). L'importance de cette institution pour la profession d'avocat ressort du reste des débats parlementaires qui ont conduit à l'adoption du Code de procédure pénale (CPP; RS 312.0). Alors que le Conseil fédéral proposait de soumettre les avocats déliés du secret professionnel à l'obligation de témoigner (FF 2006 1057 1184), la portée absolue du secret professionnel a fini par l'emporter (cf. art. 171 al. 4 CPP cum 13 al. 1 in fine LLCA). Le Conseil national avait notamment fait valoir que le secret professionnel de l'avocat était une institution nécessaire à l'Etat de droit et que la profession d'avocat ne pouvait être exercée correctement qu'à partir du moment où le client pouvait placer dans son avocat une confiance absolue (BO 2007 CN 962). Les avocats apparaissent ainsi comme des professionnels privilégiés par rapport aux autres détenteurs du secret (STÉPHANE WERLY, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 43 ad art. 171 IV CPP). Dans le cadre d'études d'avocats organisées en sociétés anonymes, on peut certes conférer la qualité d'auxiliaire de l'avocat au sens des art. 321 ch. 1 CP et 13 al. 2 LLCA au tiers non inscrit à un registre cantonal qui collabore avec l'avocat et concourt à l'exécution de prestations juridiques (cf. CHAPPUIS/MERKT, op. cit., p. 297; TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar, 2e éd. 2013, n° 13 ad art. 321 CP; BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 179). Les éléments dont le tiers aurait connaissance dans le cadre de cette collaboration pourraient, de la sorte, bénéficier de la protection conférée par le secret professionnel. En revanche, sa présence au conseil d'administration de la société met en péril le secret professionnel de l'avocat (GURTNER, Réglementation, op. cit., p. 380; MAURER/GROSS, in Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2010, nos 108 et 111 ad art. 13 LLCA; BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 2390 p. 974 et n. 2410 p. 984 s.). La qualité de membre du conseil d'administration confère en effet le droit de demander des renseignements sur toutes les affaires concernant la société (cf. art. 717 CO). Cette fonction suppose ainsi l'accès à des faits et documents couverts par le secret professionnel de l'avocat et dont le tiers n'a pas connaissance en qualité d'auxiliaire. Or l'avocat ne peut divulguer de telles informations sans violer son secret professionnel. Ainsi, force est de constater qu'accorder l'agrément à une société d'avocats dont l'un des membres, qui n'est pas inscrit à un registre cantonal d'avocats, siège au conseil d'administration de la société met en péril le secret professionnel de l'avocat.

5.4 En conclusion, l'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral en confirmant le refus d'accorder l'agrément en vue de l'exercice de la profession d'avocat par les employés de la succursale genevoise de A. SA.

6. La société se plaint d'une violation de l'art. 3 LMI.

6.1 D'après cette disposition, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (let. a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (let. b) et répondent au principe de la proportionnalité (let. c). Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance (let. a); les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants (let. b); le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative (let. c); une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (let. d).

6.2 Il convient au préalable de déterminer si cette disposition trouve application. Dans l'arrêt attaqué, la Cour de justice a examiné les conditions de l'art. 3 LMI, sans se prononcer sur son application dans le cas concret. La présente situation a cependant ceci de particulier que le fondement de la restriction trouve sa source non pas dans le droit cantonal, mais dans le droit fédéral. Or, dans la mesure où le droit fédéral s'applique de manière uniforme dans toute la Suisse et où il appartient aux autorités cantonales du lieu de destination d'en contrôler le respect dans le cadre de l'art. 2 al. 4 LMI (cf. supra consid. 4.4), il ne se justifie pas de procéder à l'examen des conditions de l'art. 3 LMI. Le grief tiré de la violation de l'art. 3 LMI formé par la recourante doit partant être rejeté.

7. La recourante soutient que le refus d'accorder l'agrément porte une atteinte disproportionnée à sa liberté économique telle que garantie par l'art. 27 Cst.

7.1 A titre de conditions pour l'agrément d'une société de capitaux, les garanties de l'indépendance de l'avocat et du secret professionnel restreignent la liberté économique de toute collectivité d'avocats souhaitant s'organi-

ser sous la forme d'une société anonyme et ouvrir des succursales (art. 27 al. 1 Cst.; cf. ATF 138 II 440 consid. 4 p. 444 s.; arrêt 2C_433/2013 du 6 décembre 2013 consid. 3, non publié en ATF 140 II 102). Comme tout droit fondamental, la liberté économique peut être restreinte, pour autant qu'une telle restriction soit fondée sur une base légale (art. 36 al. 1 Cst.), repose sur un intérêt public ou sur la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et soit proportionnée au but visé (al. 3), sans violer l'essence du droit en question (al. 4).

7.2 En l'occurrence, le refus d'accorder l'agrément en vue de l'exercice de la profession d'avocat par les employés de la succursale genevoise de A. SA repose sur le système mis en place par le droit fédéral, qui impose aux avocats de pratiquer en toute indépendance (cf. art. 8 al. 1 let. d et 12 let. b LLCA) et de respecter le secret professionnel (art. 13 LLCA). Le fondement de la restriction trouve donc sa source dans le droit fédéral. L'art. 190 Cst. impose au Tribunal fédéral d'appliquer le droit fédéral. Même si cette disposition n'interdit pas à la Cour de céans, lorsqu'elle le juge opportun, de vérifier la conformité du droit fédéral à la Constitution et, au besoin, de donner une impulsion au législateur (cf. ATF 141 II 280 consid. 9.2 p. 295), il ne se justifie pas de procéder à cet examen détaillé en l'espèce ni d'examiner plus avant les autres conditions de l'art. 36 Cst. En effet, il suffit de renvoyer à la jurisprudence selon laquelle l'art. 8 al. 1 let. d LLCA doit être interprété de manière que des avocats brevetés ne soient exclus de la représentation en justice que dans la mesure nécessaire à la réalisation du but de la restriction (ATF 138 II 440 consid. 4 p. 444 s.). Or, comme exposé supra (cf. consid. 5.3.2), la seule mise en place de dispositions visant à limiter l'influence décisionnelle des tiers non inscrits au sein des organes sociaux d'une société anonyme d'avocats ne permet pas de préserver l'intérêt public en cause, à savoir l'indépendance des avocats et la sauvegarde du secret professionnel. Le fait d'exiger que la profession d'avocat soit exercée sous le couvert d'une personne morale contrôlée entièrement par un ou plusieurs avocats inscrits constitue ainsi une restriction admissible sous l'angle de l'intérêt public et de la proportionnalité. Le grief tiré de la violation de l'art. 27 Cst. formé par la société doit ainsi être rejeté.

B 4	5. Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juni 2019 – Publication der Sanktionsverfügung vom 29. Juni 2015, Beschwerde gegen das Urteil des BGer vom 24. Oktober 2017
-----	---

Urteil 2C_994/2017 des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 26. Juni 2019 in Sachen Bringhen AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission – Gegenstand: Publikation der Sanktionsverfügung vom 29. Juni 2015, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 24. Oktober 2017 (B-149/2017).

Sachverhalt:

A.

Mit Verfügung vom 29. Juni 2015 (nachfolgend: Sanktionsverfügung) hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Bringhen AG gestützt auf Art. 49a Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) wegen Absprachen nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG sanktioniert. Die Bringhen AG hat dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht; das Verfahren ist hängig.

Die WEKO lud in der Folge die Bringhen AG ein, Textstellen der Sanktionsverfügung, die nach derer Ansicht Geschäftsgeheimnisse enthalten würden, im Hinblick auf eine vorgesehene Publikation im Publikationsorgan der WEKO "Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)" zu bezeichnen. Die Bringhen AG beantragte, auf die Publikation zu verzichten, unterliess es aber, Schwärzungsanträge zum Schutz allfälliger Geschäftsgeheimnisse zu stellen.

B.

Am 21. November 2016 erliess die WEKO folgende Verfügung (nachfolgend: Publikationsverfügung):

"1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. Juni 2015 betreffend die Untersuchung 22-0420: Badezimmer wird nach Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung gegen die A. _____ AG vom 21. November 2016 in der Zeitschrift Recht und Politik des Wettbewerbs in der Version 1 veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.

2. Bis zum Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Publikationsverfügung wird die Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission vom 29. Juni 2015 betreffend die Untersuchung 22-0420 unter Berücksichtigung der Schwärzungsanträge der A. _____ AG in der Version 2, die sich im Anhang zur vorliegenden Verfügung befindet, auf der Internetseite der Wettbewerbskommission und seines Sekretariats veröffentlicht.

3. Einer allfälligen Beschwerde wird in Bezug auf die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs die aufschiebende Wirkung entzogen."

C.

Am 24. November 2016 hat die WEKO die Sanktionsverfügung auf ihrer Webseite publiziert. Mit Eingabe vom 25. November 2016 erhob die Bringhen AG gegen die Publikation Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Dieses ordnete superprovisorisch an, die Publikation

von der Webseite zu entfernen und eine weitere Publikation einstweilen zu unterlassen. Die WEKO kam dem nach, worauf das Verfahren abgeschlossen wurde.

D.

Die Bringhen AG erhob am 9. Januar 2017 Beschwerde gegen die Verfügung vom 21. November 2016 an das Bundesverwaltungsgericht mit dem Antrag, die Publikationsverfügung sei aufzuheben. Eventualiter seien die Ziffern 2 bis 4 der Publikationsverfügung aufzuheben. In prozessualer Hinsicht sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen; der WEKO sei vorsorglich zu verbieten, jegliche Veröffentlichungen, namentlich elektronische Veröffentlichungen, der nicht rechtskräftigen Sanktionsverfügung vorzunehmen. Schliesslich sei festzustellen, dass die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde mit der angefochtenen Verfügung willkürlich entzogen worden sei.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2017 untersagte das Bundesverwaltungsgericht der WEKO die Veröffentlichung der Sanktionsverfügung. Mit Zwischenverfügung vom 16. Februar 2017 stellte das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde vom 9. Januar 2017 wieder her. Mit Urteil vom 24. Oktober 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Bringhen AG vom 9. Januar 2017 ab, soweit es darauf eintrat.

E.

Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hat die Bringhen AG am 24. November 2017 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht erhoben. Sie beantragt, die Publikationsverfügung der WEKO sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts seien aufzuheben. Eventualiter sei die Sache im Sinne der Erwägungen an die WEKO zurückzuweisen. Subeventualiter sei die WEKO anzuweisen, vor der Publikation der Sanktionsverfügung eine Frist zur Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen und Abdeckungsanträgen anzusetzen. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Verfügung vom 15. Dezember 2017 erkannte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu.

Die WEKO beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung. Die Bringhen AG repliziert.

Erwägungen:

1.

1.1. Die amtliche Publikation einer (Sanktions-) Verfügung ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über die Veröffentlichung müssen - sofern die Voraussetzungen zutreffen - verfügungsweise entschieden

werden (Art. 25a VwVG [SR 172.021]; Art. 25 DSG). Die WEKO hat mit Verfügung vom 21. November 2016 festgehalten, dass die Sanktionsverfügung zu publizieren sei. Diese Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht und dessen Entscheid hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden. Die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde (Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG) richtet sich gegen einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG), der sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt (Art. 82 lit. a BGG), wozu keine Ausnahmen bestehen (Art. 83 BGG). Die Beschwerdeführerin ist direkte Adressatin des angefochtenen Entscheides; sie wird materiellrechtlich durch die vorgesehene Veröffentlichung der Sanktionsverfügung beschwert und insofern hat sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Entscheids. Sie ist deshalb zur Beschwerdeerhebung berechtigt (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG).

1.2. Anfechtbar ist allerdings nur das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (sog. Devolutiveffekt); auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung auch der Verfügung der WEKO kann daher von vornherein nicht eingetreten werden. Immerhin gelten Entscheide unterer Instanzen als inhaltlich mitangefochten (vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144; 129 II 438 E. 1 S. 441).

1.3. Mit der Beschwerde an das Bundesgericht kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft die bei ihm angefochtenen Entscheide aber grundsätzlich nur auf Rechtsverletzungen hin, die von den Beschwerdeführern geltend gemacht und begründet werden (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG).

1.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG).

1.5. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK (Unschuldsvermutung), des Verfassungs- (Verletzung des Persönlichkeitsrechts, der Unschuldsvermutung, des Verhältnismässigkeitsprinzips und der Begründungspflicht) und des Bundesgesetzesrechts.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt habe, indem sie die von ihr vorgebrachte Rüge der Verletzung der Begründungspflicht nicht geprüft habe. Indem die Vorinstanz von einer Verletzung eines anderen Teilgehalts des rechtlichen Gehörs ausgegangen sei, in casu dem Recht auf Anhörung und Mitwirkung, habe sie zu Unrecht darauf geschlossen, die Beschwerdeführerin habe ihre Rüge nicht substantiiert.

2.2. Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der betroffenen Person hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei kann sie sich auf

die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 138 IV 81 E. 2.2 S. 84; 136 I 229 E. 5.2 S. 236 m.H.). Es genügt dabei, wenn die Begründung implizit erfolgt (BGE 141 V 557 E. 3.2.1 S. 565).

2.3. Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, als die Vorinstanz davon ausgegangen zu sein scheint, dass die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Rechts auf Anhörung und Mitwirkungsrechts gerügt habe (E. 4.1 des angefochtenen Urteils). Die Vorinstanz hat aber dennoch, wenn nicht explizit, so jedoch implizit die Rüge der mangelhaften Begründung der Publikationsverfügung geprüft. So stellt sie fest (E. 6.1.2 des angefochtenen Urteils), dass die WEKO ihren Entscheid in Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Zweck unter Nennung der Gründe angemessen begründet habe. Die Beschwerdeführerin dringt insofern mit ihrer Rüge nicht durch.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass kein öffentliches Interesse an einer Publikation der Sanktionsverfügung bestehe, insbesondere auch nicht vor ihrer Rechtskraft bzw. vor der Rechtskraft der Publikationsverfügung. Die Publikation diene dem "naming and shaming" und verstärke damit die Sanktion mit einer „Reputationsstrafe“.

3.2. Das Bundesgericht hat im Nikon-Urteil die die Ziele der durch die Veröffentlichung von Verfügungen der WEKO wie folgt zusammengefasst (BGE 142 II 268 E. 4.2.5 S. 273 f.) :

3.2.1 Erstens haben Entscheide im Rahmen des Kartellgesetzes einen Einfluss auf das Wirtschaften der Unternehmer; es ist deshalb naheliegend, dass die Verfügungen der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden, damit diese ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten können. Dies ist zum einen wegen der geringen Anzahl von höchstrichterlichen Entscheiden und angesichts der - aufgrund von zu beantwortenden komplexen Fragen - langen Verfahrensdauer und zum anderen wegen der Tatsache, dass nicht jede ursprünglich strittige Frage bis vor das Bundesgericht getragen wird, besonders angezeigt. Insofern dient die Veröffentlichung zunächst der Prävention und der Rechtssicherheit.

3.2.2 Die Veröffentlichung von Verfügungen der WEKO dient zweitens auch der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbes. über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung. Das KG hat deshalb teilweise die mit dem Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ; SR 152.3) in der Bundesverwaltung implementierte Politik des "open government", um Informationsbedürfnisse zu befriedigen und zur aktiven Verwaltungskontrolle und zu einem Wandel der Verwaltungskultur beizutragen, vorweggenommen.

3.2.3 Drittens sollen mit der Veröffentlichung der Verfügungen die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen und Bundesbehörden über die Praxis der Spezialisten informiert werden. Es geht mit anderen Worten nicht nur darum, dass die WEKO für sich und die Unternehmen ihre Praxis publiziert, sondern zum einen auch für kantonale Behörden für zivilrechtliche Verfahren (vgl. Art. 12 KG) oder für Verwaltungsverfahren (z.B. BGBM [SR 943.02]) und zum anderen für andere Bundesbehörden (z.B. BGBM).

3.3 Die WEKO hat das öffentliche Interesse an der Publikation der Sanktionsverfügung mit dem Hinweis gerechtfertigt, dass damit eine Grundsatzfrage zu den Bruttopreisen entschieden worden sei und es zu diesem Thema keine höchstrichterliche Rechtsprechung gebe. Sie habe schnellstmöglich die Allgemeinheit sowie die Gerichte und Behörden über ihre Praxis informieren wollen. Diese Zielsetzungen stimmen mit den vom Bundesgericht im Nikon-Urteil erfolgten Erwägungen zum Zweck der Veröffentlichungen der Verfügungen der WEKO überein. Die Vorinstanz hat insofern zu Recht das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung der Sanktionsverfügung bejaht.

Das öffentliche Interesse wird auch nicht dadurch hinfällig, dass die Publikation vor der Rechtskraft der Sanktionsverfügung bzw. der Rechtskraft der Publikationsverfügung erfolgt. Wie das Bundesgericht im Nikon-Urteil feststellt (BGE 142 II 268 E.4.2.5.4 S. 274), hält der Gesetzgeber eine Publikation von (nicht rechtskräftigen) Entscheiden der WEKO als notwendig, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und somit wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können und nimmt dabei in Kauf, dass publizierte Verfügungen der WEKO in einem späteren Verfahrensstadium auch aufgehoben oder korrigiert werden können.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Die Publikation der Sanktionsverfügung sei nicht geeignet, ihre Ziele zu erreichen. Insbesondere sei die Publikation nicht der Rechtssicherheit dienlich. Weiter sei die Publikation der über 700 Seiten langen Sanktionsverfügung kaum geeignet, einem fachkundigen Publikum zu vermitteln, welche Verhaltensweisen die WEKO als unzulässig erachte. Zudem sei es nicht erforderlich, die Namen der betroffenen Firmen zu publizieren. Schliesslich sei eine Publikation erst zumutbar, wenn die angeblich falsche Darstellung des Sachverhalts in der Sanktionsverfügung korrigiert worden sei.

4.2. Bei der Beurteilung der Verletzung der Verhältnismässigkeit gilt es kurz das zugrundeliegende Verwaltungsrechtsverhältnis sowie die einschlägige gesetzliche Grundlage zu bestimmen:

4.2.1. Gegen die Beschwerdeführerin ist eine Untersuchung (Art. 27 KG) wegen Preis- und Mengenabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG eröffnet worden, welche mit der Verfügung vom 29. Juni 2015 abgeschlossen wurde. Die Beschwerdeführerin wurde in diesem Rahmen zu einer finanziellen Sanktion verurteilt.

4.2.2. Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden, d.h. u.a. die WEKO und ihr Sekretariat (vgl. etwa PIERRE TERCIER/VINCENT MARTENET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 13 ad Art. 48 LCart), ihre Entscheide veröffentlichen; sofern ein genügendes Interesse besteht, sind diese zu veröffentlichen (TERCIER/MARTENET, a.a.O., N. 22 f. ad Art. 48 LCart). Entscheide sind - wie der französische Wortlaut auch nahelegt - u.a. Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG, also auch Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG (BGE 142 II 268 E. 4.2.2 S. 271 f.).

4.2.3. Wie das Wort "können" ausdrückt, steht den Wettbewerbsbehörden ein Ermessen zu (vgl. etwa Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif, volume 1, 2012, S. 740); die Handhabung dieses Ermessens ist eine Frage der Angemessenheit. Angemessenheit ist die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum (BGE 118 Ib 317 E. 3c S. 324) oder Zweckmässigkeit bzw. Opportunität (BGE 129 II 193 E. 5.1 S. 208). Die Frage der Angemessenheit kann sich dementsprechend nur dort stellen, wo das Recht - selbst der Verhältnismässigkeitsgrundsatz - als Regulativ nicht mehr hinkommt (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 26 Rz. 4 petit). Hält sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übt ihr Ermessen unzweckmässig aus, handelt sie unangemessen, aber nicht rechtswidrig. Übt sie dagegen ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspricht, liegt Ermessensmissbrauch vor. Dazu gehört u.a. die unverhältnismässige Handhabung des Ermessens (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3 S. 272; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, a.a.O., S. 743; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 26 Rz. 14 und 18).

4.2.4. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Veröffentlichung der Sanktionsverfügung zur Zweckerreichung geeignet sei, weil die WEKO damit im Sinne einer Warnpraxis das Wettbewerbsverhalten beeinflusst, das Verwaltungshandeln öffentlich macht sowie die Behörden über die Entscheidung informiert. Die Veröffentlichung sei sodann erforderlich, da insbesondere das fachkundige Publikum darauf angewiesen sei, die Verfügung als Ganzes zur Kenntnis nehmen zu können. Schliesslich sei die Veröffentlichung zumutbar, da das öffentliche Interesse das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Vermeidung eines allfälligen Reputationsschaden überwiege. Dem Privatinteresse werde ausreichend Rechnung getragen dadurch, dass für jedermann ersichtlich ist, dass die Sanktionsverfügung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

4.2.5. Diesen Ausführungen ist grundsätzlich nichts entgegenzusetzen. Wenn auch eine gekürzte Fassung der Verfügung zur Erreichung der Zielsetzungen ausgereicht hätte, so kann der WEKO mangels eines solchen Antrags nicht vorgeworfen werden, dies nicht von Amtes wegen getan zu haben. Was die Veröffentlichung des Namens der Parteien anbelangt, ist Art. 28 KG zu berücksichtigen. Danach wird die Eröffnung der Untersuchung u.a. mit den Namen der Adressaten der Untersuchung publiziert. Diese Vorgabe hat verbindlichen Charakter (Art. 190 BV). Der Name ist insofern dem Publi-

kum bekannt. Die Sanktionsverfügung liesse sich zudem wohl kaum mehr so anonymisieren, dass keine Rückschlüsse auf die Namen möglich ist. Des Weiteren gilt zu beachten, dass auch im Strafgerichtsverfahren Urteile grundsätzlich samt Namen verkündet werden; für eine Anonymisierung müssen besondere Voraussetzungen gegeben sein (vgl. Art. 149 Abs. 2 und 150 StPO).

4.2.6. Der Name ist also bereits früher - und zwar zu Recht - bekannt. Die gesetzlich vorgesehene Namensnennung ist dabei Folge einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Abwägung zwischen dem Interesse der Beschwerdeführerin und anderer Wirtschaftsteilnehmer (vgl. BGE 142 II 268 nicht publizierte E. 8.4.1). Auch die Rüge der Unzumutbarkeit der Veröffentlichung der Publikationsverfügung vor Eintritt der Rechtskraft der Sanktionsverfügung geht fehl. Diese Rechtsfolge wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich in Kauf genommen (vgl. BGE 142 II 268 nicht publizierte E. 8.4.1).

5.

5.1. Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass die Vorinstanz zu Unrecht festgestellt habe, dass die Publikation der Sanktionsverfügung in Anbetracht der in ihr enthaltenen ruf- und geschäftsschädigenden Ausführungen keinen Verstoß gegen die durch Art. 6 Ziff. 2 EMRK garantierte Unschuldsvermutung darstelle. Sie macht insbesondere geltend, dass die im Nikon-Urteil erfolgten Erwägungen nicht relevant seien, da dort nicht wie vorliegend die Frage strittig gewesen sei, ob der Entscheid überhaupt veröffentlicht werden dürfe.

5.2. Dieses Argument verfängt nicht. Das Bundesgericht hat im Nikon-Urteil festgehalten, dass die Publikation der Sanktionsverfügung vor Rechtskraft die Unschuldsvermutung nicht verletze, da Art. 6 Abs. 2 EMRK den staatlichen Behörden nicht verbiete, die Öffentlichkeit über laufende strafrechtliche Untersuchungen und Verfahren zu informieren. (BGE 142 II 268, nicht publizierte E. 8.3 und 8.4.1). Diese Rechtsprechung ist auch im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, weshalb auch diese Rüge unbegründet ist.

6.

6.1. Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass die Vorinstanz ihre Wirtschaftsfreiheit, ihre Persönlichkeitsrechte sowie ihr rechtliches Gehör verletze, wenn sie davon ausgehe, dass sie darauf verzichtet habe, Geschäftsgeheimnisse in der Sanktionsverfügung zu bezeichnen. Sie macht geltend, sie habe mehrfach darauf hingewiesen, dass die Sanktionsverfügung noch Geschäftsgeheimnisse enthalte, sei jedoch der Auffassung gewesen, dass zunächst über die Frage der Publikation an sich entschieden werden müssen. Sie habe zudem nicht ihre Rechtslage schwächen wollen durch die Stellung von Schwärzungsanträgen.

6.2. Den Argumenten der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen. Soweit sie die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten rügt, kann darauf mangels ausreichender Substantiierung nicht eingegangen werden. Das Argument, sie habe ihre Rechtslage nicht durch die Stellung von Schwärzungsanträgen schwächen wollen, ist nicht nachvollziehbar. Es wäre vielmehr ihre prozessökonomische Pflicht gewesen, alle Anträge sofort zu stellen. Indem sie auch auf die zweite Aufforderung der

WEKO, Schwärzungsanträge zu stellen, nicht eingegangen ist, durfte die Vorinstanz annehmen, sie habe auf weitere rechtserhebliche Vorbringen verzichten wollen. Die Beschwerdeführerin dringt insofern auch mit dieser Rüge, soweit sie genügend substantiiert worden ist, nicht durch.

7.

7.1. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Vorinstanz, indem sie auf das Begehren, es sei festzustellen, dass die WEKO die aufschiebende Wirkung in der Publikationsverfügung willkürlich entzogen habe, nicht eingetreten sei, gegen Art. 25 VwVG verstossen habe.

7.2. Feststellungsbegehren sind subsidiär zu Leistungsbegehren und nur zulässig, wenn daran ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht. Zudem kann ein Feststellungsantrag nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen zum Gegenstand haben, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5 S. 218; 126 II 300 E. 2c S. 303).

7.3. Soweit die Beschwerdeführerin durch das Vorgehen der WEKO ein Schaden erwachsen wäre, steht ihr die Möglichkeit offen, dies im Rahmen eines Leistungsbegehrens gemäss Art. 55 Abs. 4 VwVG beurteilen zu lassen. Sie hat insofern kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse, weshalb auf ihr Feststellungsbegehren nicht eingetreten werden kann.

8.

8.1. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz eine rechtswidrige Kostenverlegung vorgenommen habe. In Ziff. 4 des Dispositivs habe sie festgehalten, über die Kosten des Zwischenentscheids werde mit dem Entscheid in der Sache befunden, im Endentscheid dies aber offensichtlich vergessen.

8.2. Die Vorinstanz hat in ihrem Endentscheid festgehalten, dass der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen sei, auch nicht für prozessuale Zwischenschritte, da sie vollständig unterlegen sei. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, gegen welche Rechtsnorm dieser Kostenentscheid verstossen sollte, weshalb auf diese Rüge mangels ausreichender Substantiierung nicht einzutreten ist.

9.

Demnach sind keine Gründe gegen eine Publikation der Sanktionsverfügung ersichtlich; insofern erweist sich die Beschwerde als unbegründet und die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Wettbewerbskommission und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

B 4	6. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Dezember 2019 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL, Beschwerde gegen das Urteil des BGer vom 14. September 2015
-----	---

Urteil 2C_985/2015 des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 9. Dezember 2019 in Sachen

1. Swisscom AG,
2. Swisscom (Schweiz) AG,
Beschwerdeführerinnen,
beide vertreten durch [...],

gegen

Wettbewerbskommission, in Bern.

Gegenstand: Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 14. September 2015 (B-7633/2009).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die Swisscom-Gruppe ist im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen für die Sprach- und Datenkommunikation tätig. Ihre Kerngeschäfte bilden die netzgebundene, die mobile und die Internetprotokollbasierte Kommunikation. Zusätzlich ist die Swisscom-Gruppe im Bereich Outsourcing von IT-Infrastruktur sowie im Management von Kommunikationsinfrastrukturen tätig. Die Swisscom-Gruppe erwirtschaftete in den Jahren 2005 bis 2007 einen jährlichen Gesamtumsatz in der Höhe von jeweils rund 9,6 Mrd. CHF.

Die Swisscom-Gruppe ging aus einer auf den 1. Januar 1998 gemäss dem Telekommunikationsunternehmensgesetz vom 30. April 1997 (TUG, SR 784.11) durchgeführten Ausgliederung des Telekommunikationsbereichs der früheren PTT hervor. Die Swisscom AG wurde im Juli 1998 als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen und am 5. Oktober 1998 an der Börse in Zürich kotiert; sie ist die Rechtsnachfolgerin des früheren staatlichen Monopolunternehmens im Telekommunikationsbereich. Gemäss Art. 6 Abs. 1 TUG steht der Eidgenossenschaft als Aktionärin auch weiterhin die Mehrheit am Gesellschaftskapital und an den Stimmrechten der Swisscom AG zu.

Die Swisscom AG betrieb die Kerngeschäfte der netzbaasierten Kommunikation, der mobilen Kommunikation und der Gesamtsysteme bis zum Jahr 2002 selbst. Im Jahr 2002 erfolgte eine Ausgliederung dieser Bereiche in 100%-ige Tochtergesellschaften. Dabei übernahm die Swisscom (Schweiz) AG unter dem Namen Swisscom Fixnet AG den Bereich der Festnetztelefonie, die Swisscom Mobile AG den Bereich der mobilen Kommunikation und die Swisscom Solutions AG den Bereich der Gesamtsysteme.

Die Swisscom (Schweiz) AG wurde im Dezember 1997 unter dem Namen Swisscom Network Services Rechte AG gegründet. Im Jahr 2002 wurde die Gesellschaft in Swisscom Fixnet AG umfirmiert und ihr Gesellschaftszweck auf die Erbringung von Fernmelde- und Informa-

tiondienstleistungen ausgerichtet. Ihre Geschäftstätigkeit war im Wesentlichen auf das Festnetz ausgerichtet. Im Rahmen der Fusion mit der Swisscom Mobile AG und der Swisscom Solutions AG im Jahr 2008 wurde die Gesellschaft in Swisscom (Schweiz) AG umfirmiert.

A.b. Im Jahr 1996 wurde von der PTT der Geschäftsbe- reich "Blue Window" lanciert. Dabei handelte es sich um ein Internetportal, über das Kunden eine Einwahl zum Ortstarif in das Internet vornehmen konnten. Im Jahr 1998 wurde dieser Geschäftsbereich in die Swisscom- Gruppe integriert. Im Juni 2000 wurde die Bluewin AG ("Bluewin") durch die Swisscom AG und ein Drittunter- nehmen gegründet. Dabei wurde der Geschäftsbereich mit dem Namen "Blue Window" als Kapitaleinlage durch Swisscom AG eingebracht. Auf den 1. Januar 2002 hin wurde die Beteiligung an der Bluewin AG von der Swisscom AG auf 100 % erhöht. Die Bluewin AG wurde ab diesem Zeitpunkt als Profitcenter der Swisscom (Schweiz) AG geführt. Am 18. März 2005 wurde die Bluewin AG durch Fusion in die Swisscom (Schweiz) AG eingebracht. Über das Internetportal der Bluewin AG wurden die Onlinegeschäfte der Swisscom abgewickelt. Gleichzeitig wurde das Portal als Nachrichtenplattform ausgestaltet. Nach der Auflösung der Gesellschaft wur- de die Bezeichnung "Bluewin" als Markenname für das Internetgeschäft gegenüber Endkunden weitergeführt.

B.

Die WEKO erhielt - auch bereits im Rahmen von frühe- ren Untersuchungen (siehe dazu RPW 2002/3, 440 ff.; RPW 2007/3, 410 ff.) - Hinweise von Internet Service Providern, wonach die Swisscom hohe Preise für ADSL- Vorleistungen verlangte, welche diesen im Vergleich zu den von Swisscom praktizierten Endkundenpreisen kei- ne genügende Marge belassen. Diese Internet Service Provider machten geltend, dass es sich bei der Preisset- zung von Swisscom um eine sog. Kosten-Preis-Schere (sog. Margin- oder Price Squeeze) handle.

Gestützt auf diese Hinweise eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) durch Publikation im Bundesblatt am 27. Dezember 2005 (BBI 2005 7521) eine Untersuchung im Einver- nehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommissi- on (nachfolgend: WEKO) gemäss Art. 27 des Kartell- gesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gegen die Swisscom AG und die Swisscom (Schweiz) AG. Unter- sucht wurde, ob sich die Preispolitik der Swisscom, wo- nach die Vorleistungsangebote im Vergleich zu den Endkundenpreisen so hoch seien, dass Internet Service Providern keine zureichende Gewinnmarge verbliebe (sog. Preis-Kosten-Schere), als einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Artikel 7 KG dar- stellen könnte.

C.

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 30 Abs. 2 KG) zum Antrag des Sekretariats erliess die WEKO am 19. Oktober 2009 eine Verfügung (RPW 2010/1 S. 116 ff.) mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG im Wholesale-Markt für Breitbanddienste bis am 31. Dezember 2007 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügten.

2. Es wird festgestellt, dass die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziffer 1 im Sinne von Art. 7 KG bis am 31. Dezember 2007 missbrauchten, indem sie eine Preispolitik praktizierten, durch welche ein Missverhältnis zwischen den Vorleistungspreisen des Broadband Connectivity Service (BBCS) und den Endkundenpreisen begründet wurde.

3. Die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG werden für das unter Ziffer 2 vorstehend beschriebene Verhalten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von 219'861'720 Franken belastet.

4. Die Verfahrenskosten von insgesamt 349'321.-- Franken, (bestehend aus einer Gebühr von 346'631.-- Franken und Auslagen von 2'690.-- Franken), werden der Swisscom (Schweiz) AG und der Swisscom AG unter solidarischer Haftung auferlegt.

5. [Rechtsmittelbelehrung.
Eröffnung und Mitteilung]."

D.

Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG haben am 7. Dezember 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben mit dem Begehren, die angefochtene Verfügung aufzuheben.

E.

Das Bundesverwaltungsgericht erliess am 14. September 2015 seinen Entscheid mit folgendem Dispositiv:

"1. Die Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2009 in Sachen Preispolitik Swisscom ADSL (32-0198) wird teilweise gutgeheissen.

2. Ziff. 1 des Dispositivs der in Ziff. 1 genannten Verfügung wird aufgehoben.

3. Ziff. 2 des Dispositivs der in Ziff. 1 genannten Verfügung wird aufgehoben.

4. Ziff. 3 des Dispositivs der in Ziff. 1 genannten Verfügung wird abgeändert und wie folgt neu formuliert:

"Die Swisscom AG und die Swisscom (Schweiz) AG werden zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung mit einem Betrag in der Höhe von 186'036'840.- CHF belastet.

5. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

6. Von den Kosten des vorliegenden Verfahrens wird der Swisscom AG und der Swisscom (Schweiz) AG

zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung ein Betrag in der Höhe von 42'500.- CHF auferlegt, welcher nach Rechtskraft dieses Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von insgesamt 50'000.- CHF verrechnet wird. Der Swisscom AG und der Swisscom (Schweiz) AG ist der Differenzbetrag in der Höhe von 7'500.- CHF innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils auf das von ihnen anzugebende Konto zu überweisen.

7. Der Swisscom AG und der Swisscom (Schweiz) AG werden für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht keine Parteientschädigung zugesprochen.

(Zustellung)."

F.

Vor Bundesgericht beantragen Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG:

"zum Verfahren:

1. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

in der Sache:

2. Die Dispositiv-Ziffern 1,4,5 und 6 des Urteils der Vorinstanz B-7633/2009 vom 14. September 2015 sowie die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 19. Oktober 2009 in Sachen Preispolitik Swisscom ADSL (32-0198) seien aufzuheben.

3. Eventualiter: Die Dispositiv-Ziffern 4, 5 und 6 des Urteils der Vorinstanz B- 7633/2009 vom 14. September 2015 sowie die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 19. Oktober 2009 in Sachen Preispolitik Swisscom ADSL (32-0198) seien aufzuheben und

a. die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 seien zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung mit einem vom Bundesgericht - unter Berücksichtigung der nachfolgenden Begründung (Rz 409 ff.) - festzulegenden Betrag zu belasten, der im Vergleich zum Betrag gemäss Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils der Vorinstanz B-7633/2009 vom 14. September 2015 stark reduziert ist; und

b. von den Kosten des Verfahrens vor der Vorinstanz sei den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung ein vom Bundesgericht festzulegender Betrag aufzuerlegen, der im Vergleich zur Höhe der Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 6 des Urteils der Vorinstanz B-7633/2009 vom 14. September 2015 stark reduziert ist, und die Differenz zum Vorschuss (CHF 50'000.00), den die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 geleistet hatten, sei den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zu erstatten; und

c. die Sache sei im Sinne der Erwägungen zum neuen Entscheid über die Kosten des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission (WEKO) in Sachen Preispolitik Swisscom ADSL (32-0198) an die Wettbewerbskommission (WEKO) zurückzuweisen.

4. Subeventualiter: Die Ziffern 4, 5 und 6 des Dispositivs des Urteils der Vorinstanz B-7633/2009 vom

14. September 2015 seien aufzuheben, und die Sache sei zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. [...]”

Gerügt wird im Wesentlichen eine Verletzung von Bundesrecht und von Völkerrecht (Art. 7 EMRK).

Die WEKO hat sich innert Frist am 10. Dezember 2015 vernehmen lassen, währenddem das Bundesverwaltungsgericht auf eine Vernehmlassung verzichtet hat. Mit Stellungnahme vom 23. Dezember 2015 haben sich die Beschwerdeführerinnen zur Vernehmlassung der WEKO geäußert.

G.

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung am 8. Dezember 2015 abgewiesen.

Erwägungen:

1.

1.1. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der hierzu legitimierten Beschwerdeführerinnen ist einzutreten (Art. 82, Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 89 Abs. 1, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 2 BGG; Urteil 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 1, nicht publ. in: BGE 144 II 194; 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72). Nicht einzutreten ist dagegen auf das Begehren, das Dispositiv der Verfügung der WEKO zu ändern. Verfahrensgegenstand bildet nur das vorinstanzliche Urteil (Devolutiveffekt).

1.2. Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

2. Inhaltsübersicht

Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen nach Art. 49a KG zu sanktionieren sind, weil sie mit ihrer Preispolitik im Bereich der ADSL-Dienste (Asymmetric Digital Subscriber Line) Fernmeldediensteanbietern, die - wie die Beschwerdeführerinnen - ebenfalls Breitbanddienstangebote an Endkunden bereitstellen wollen, keine zureichende Marge lassen. Den Beschwerdeführerinnen wird diesbezüglich ein missbräuchliches Verhalten in Form einer Kosten-Preis-Schere vorgeworfen. Zunächst wird deshalb das Verhalten der Beschwerdeführerinnen dargestellt (E. 3). Danach wird geprüft, inwiefern es sich dabei um ein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG handelt (E. 4 - 6). Daran anschliessend wird die Frage diskutiert, ob die Kosten-Preis-Schere auch unter einen Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG fällt (E. 7). In E. 8 wird der Sachverhalt unter den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG subsumiert, und Art. 7 Abs. 1 KG mit Art. 7

EMRK abgeglichen. E. 9 handelt schliesslich von den Rechtsfolgen (Sanktionierung der Kosten-Preis-Schere).

3. Verhalten der Beschwerdeführerinnen

3.1. Den Beschwerdeführerinnen wird vorgeworfen, dass sie im Vergleich zu den Endkundenpreisen derart hohe Preise für die Vorleistungsangebote für ADSL-Dienste, also von Breitbandinternetdiensten, verlangen würden, dass anderen Fernmeldediensteanbietern, die ebenfalls Breitbanddienstangebote an Endkunden bereitstellen wollen (Internet Service Provider; ISP), keine zureichende Marge verbleibt. Zunächst soll deshalb das Verhalten der Beschwerdeführerinnen nachgezeichnet werden.

3.2.

3.2.1. Die Begriffe "Breitband", "Breitbandanschluss", "Breitbanddienste", "Breitbanddienstleistungen", "Breitbandinternet", "Breitbandzugang" etc. beziehen sich auf einen besonderen elektronischen Zugang zum Internet mit entsprechend schnellen Nutzungskapazitäten, d.h. mit einer im Vergleich zum Telefonmodem oder ISDN-Modem viel höheren Datenübertragungsrate. Breitbandinternet lässt sich durch verschiedene Technologien realisieren. Eine davon bildet der digitale Teilnehmeranschluss (digital subscriber line; DSL), der als drahtgebundenes Breitband das vorhandene Telefonnetz mit seiner Doppelader-Metalleitung (auch als Kupferkabel bezeichnet) verwendet. Dabei werden durch einen sog. Splitter die vorhandenen Frequenzbänder aufgeteilt, wobei die niederen Frequenzbereiche für die Sprachtelefonie genutzt werden, während die höheren Frequenzbereiche dem Datentransfer zugeführt werden. DSL ermöglicht Endkunden einen Breitbandinternetzugang, der typischerweise durch, im Vergleich zu schmalbandigen Verbindungen, relativ hohe Datenübertragungsraten und eine zeitlich unbegrenzte Verfügbarkeit zu einem Pauschalpreis charakterisiert ist. ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) ist eine DSL Variante, bei der die Download-Geschwindigkeit höher ist als die Upload-Geschwindigkeit.

3.2.2. ADSL-Dienstleistungen können von mehreren Fernmeldediensteanbietern (Internet Service Provider) angeboten werden. Diese müssen jedoch faktisch alle das Netzwerk des ehemaligen Monopolisten benutzen, um ihre Kunden erreichen und diese ans Internet anschliessen zu können. Damit andere Internet Service Provider ADSL-Dienstleistungen an Endkunden anbieten können, müssen die Beschwerdeführerinnen den Zugang zu ihrem vorhandenen Telefonnetz anderen Fernmeldediensteanbietern durch Breitbandprodukte zur Verfügung stellen: Die Beschwerdeführerinnen bieten drei Produkte an: Broadband Connectivity Service (nachfolgend: BBCS), schneller Bitstrom oder entbündelte Teilnehmeranschlussleitung (nachfolgend: TAL). Grundlage für das Angebot der beiden letzten Produkte bildet das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10). Bei den beiden letzten Produkten haben die Fernmeldediensteanbieter zudem mehr oder weniger eigene Verbindungsnetze aufzubauen. Beim BBCS handelt es sich dagegen nicht um ein durch das Fernmelderecht des Bundes reguliertes, sondern um ein freiwilliges, privatrechtliches Angebot der Beschwerdeführerinnen gegenüber anderen Fernmeldediensteanbietern. Insofern unterstehen weder die Preise des Vorleistungsangebots von

Swisscom (BBCS) noch die Endkundenpreise einer Regulierung durch das Fernmeldegesetz. Mit dem BBCS stellt die Swisscom-Gruppe einem anderen Fernmeldediensteanbieter ihre gesamte Netzstruktur zur Erbringung der Breitbanddienstleistungen zur Verfügung, d.h. die Swisscom-Gruppe erbringt sämtliche Übermittlungsleistungen im Anschluss- und Verbindungsnetz zwischen dem Hausanschluss des Endkunden und der Plattform eines anderen Fernmeldediensteanbieters, über welche dieser die eigenen Internet-, TV/ Video- und VoIP-Telefonieanbindungen seiner Kunden abwickelt. Die anderen Fernmeldediensteanbieter haben keinen Einfluss auf die technische Ausgestaltung des Angebotes (z.B. bezüglich Upload/ Download-Geschwindigkeiten), sondern sind lediglich Wiederverkäufer des Angebotes der Beschwerdeführerinnen. Insofern ist das genannte Bereitstellungsprodukt BBCS ein Breitbandprodukt der Beschwerdeführerinnen auf Grosshandelsstufe, das anderen Fernmeldediensteanbietern als Vorprodukt für deren Breitbandprodukte im Einzelhandelsgeschäft dient.

3.3. Das Grosshandelsprodukt BBCS wurde von der Swisscom-Gruppe zwischen den Jahren 2001 und 2008 in unterschiedlichen Konfigurationen an Bandbreiten anderen Fernmeldediensteanbietern angeboten.

Die Swisscom-Gruppe offerierte ihr xDSL-Angebot ihren Endkunden ebenfalls in unterschiedlichen Konfigurationen an Bandbreiten, wobei unterschiedliche xDSL-Produkte gegenüber Endverbrauchern und Geschäftskunden angeboten wurden.

Die Anforderungen des xDSL-Einzelhandelsmarkts geben die Konfiguration des Grosshandelsprodukts BBCS massgeblich vor.

Ende 2006 wurde den Internetdiensteanbietern von der Swisscom-Gruppe ein sog. Wachstumsrabatt für das Jahr 2007 angeboten, der zu einem Nachlass auf den Preis für das BBCS in Abhängigkeit davon führen sollte, in welchem Ausmass der jeweilige Internetdiensteanbieter den Absatz seiner xDSL-Produkte auf der Einzelhandelsstufe steigern konnte. Aufgrund von dessen besonderer Ausgestaltung konnten nur sechs von zwanzig Internetdiensteanbietern diesen Wachstumsrabatt in Anspruch nehmen, wobei die Swisscom-Gruppe mit ihrem Einzelhandelsgeschäft der grösste Nutzniesser dieser Massnahme war. Der Wachstumsrabatt wurde von der Swisscom-Gruppe daraufhin wieder abgeschafft.

Auf den 1. Januar 2008 hin senkte die Swisscom-Gruppe bei den BBCS-Produkten auf Grosshandelsstufe die Access-Gebühr für einen BBCS-Anschluss jeweils um 10% und die Connectivity-Gebühr für das Datenvolumen um 40%. Damit lagen die Connectivity-Gebühren deutlich unter dem Preisniveau der Vorjahre.

4. Unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG

4.1. Nach Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wett-

bewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 S. 101 mit zahlreichen Hinweisen). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn - wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält - als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 mit zahlreichen Hinweisen; siehe auch für die EU z.B. Urteil des EuGH vom 6. September 2017 C-413/14 P Intel, Rn. 135 ["besondere Verantwortung"]). Solche Verhaltensweisen setzen 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 andere Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens). Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen:

Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potentielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt allerdings auch andere Marktteilnehmer [vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 S. 101 mit weiteren Hinweisen]) in der Aufnahme (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungsmissbrauch); unter den Begriff der Behinderung der Ausübung des Wettbewerbs lässt 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 der Aufnahme als auch der Ausübung des Wettbewerbs spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 S. 101 f. mit zahlreichen Hinweisen).

Durch den Missbrauch wird sodann andererseits die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem dieser ausbeuterischen Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 S. 102 mit zahlreichen Hinweisen). 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 (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken (zum Ganzen BGE 139 I 72 E. 10.1.1 S. 102 mit zahlreichen Hinweisen).

Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benach-

teiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise den Begriffen Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch zugewiesen werden kann, welchen ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird.

4.2. Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 S. 103 mit zahlreichen Hinweisen; MANI REINERT, § 4 Preisgestaltung, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX [nachfolgend: HAP IX], 2005, S. 91 ff., Rz. 4.110). Insofern indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die 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 (zu weiteren Gründen siehe BGE 139 I 72 E. 10.1.2 S. 103 f.). Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb (zum Ganzen BGE 139 I 72 E. 10.1.2 S. 104 mit zahlreichen Hinweisen). Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmisbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden. Eine pauschale Aussage genügt nicht (BGE 139 I 72 E. 10.4.2 i.f. S. 109).

4.3. Für die Auslegung von Art. 7 KG kann auf die Literatur und Praxis zu Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABI. C 115/47 vom 9. Mai 2008) gegriffen werden, wie das Bundesgericht in BGE 139 I 72 (siehe auch BGE 143 II 297) bereits festgehalten hat: Da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt sind, kann für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 89 mit zahlreichen Hinweisen). Liegen also gleiche Sachlagen vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 89 f.). Davon geht implizit auch das Abkommen vom 17. Mai 2013 zwi-

schen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1) im dritten Erwägungsgrund aus, da "die Systeme der Schweiz und der [Europäischen] Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten".

5. Kosten-Preis-Schere

Den Beschwerdeführerinnen wird ein missbräuchliches Verhalten in Form einer Kosten-Preis-Schere vorgeworfen. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

5.1. Als Kosten-Preis-Schere (Preis-Kosten-Schere; *compression des marges*; *margin squeeze*; *price squeeze*) wird in der Literatur und in der Rechtsprechung namentlich der EU-Gerichte eine besondere Form der missbräuchlichen Preispolitik bezeichnet. Dabei handelt es sich um eine Strategie, die dadurch gekennzeichnet ist, dass ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen die möglichen Gewinnmargen seiner Wettbewerber im nachgelagerten Markt so beschneidet oder ganz beseitigt, dass diese nicht mehr konkurrenzfähig sind, sondern letzten Endes aus dem Markt ausscheiden müssen und dadurch der Wettbewerb insgesamt im nachgelagerten Markt beeinträchtigt wird. Dabei kann das vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen in zweifacher Weise auf die Gewinnmarge von Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt einwirken. Es kann entweder hohe Vorleistungs- oder niedrige Preise für das Endprodukt setzen. Insofern geht vom marktbeherrschenden Unternehmen ein zweifacher Preisdruck auf die Margen der Wettbewerber aus (vgl. zum Ganzen Urteile des EuG vom 10. April 2008 T-271/03 Deutsche Telekom AG [nachfolgend: EuG Deutsche Telekom], Rn. 166 f.; vom 29. März 2012 T-336/07 Telefónica SA & Telefónica de España SA [nachfolgend: EuG Telefonica], Rn. 187; bestätigt durch Urteile des EuGH vom 14. Oktober 2010 C-280/08 P Deutsche Telekom AG [nachfolgend: EuGH Deutsche Telekom], Rn. 167, 183, 197; vom 17. Februar 2011 C-52/09 TeliaSonera Sverige AB [nachfolgend: EuGH TeliaSonera], Rn. 31 f., 42; implizit auch im Urteil vom 10. Juli 2014 C-295/12 P Telefónica SA & Telefónica de España SAU [nachfolgend: EuGH Telefonica], Rn. 75, 96, 104; EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence* [nachfolgend: *Commentaire romand*], Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 135 ff. zu Art. 7 II LCart; JAN HENNING, *Misbrauch von Marktmacht durch Kosten-Preis-Scheren im europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht*, 2015, S. 26 ff.).

5.2. Damit eine Kosten-Preis-Schere überhaupt durchgeführt werden kann, müssen drei strukturelle Voraussetzungen (vertikale Integration, Abhängigkeit von der Vorleistung, marktbeherrschende Stellung) erfüllt sein (statt aller DANIEL PETZOLD, *Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht*, 2012, S. 23 ff.):

5.2.1. Ein Unternehmen muss entlang der Lieferkette vertikal integriert sein. Dies bedeutet, dass es auf zwei aufeinander folgenden getrennten Produktionsstufen tätig ist. Auf dem vorgelagerten Markt (sog. *upstream market*) bietet das vertikal integrierte Unternehmen eine Vorleistung an, die für die Erstellung einer Endleistung

genutzt wird. Diese stellt das vertikal integrierte Unternehmen ebenfalls her und bietet sie auf dem nachgelagerten Markt (sog. downstream market) an. Damit konkurrieren die Abnehmer der Vorleistung mit den Herstellern der Vorleistung um Nachfrager für die Endleistung (vgl. z.B. PETZOLD, a.a.O., S. 23 f.; THOMAS EILMANSBERGER/FLORIAN BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Kartellrecht. Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, N. 546 zu Art. 102 AEUV).

Mit der Liberalisierung ehemals monopolisierter Staatsbetriebe ist die vertikale Integration dieser Unternehmen vermehrt in den Fokus gelangt (drei Viertel aller Kosten-Preis-Fälle in der EU betreffen den Bereich der Telekommunikation: ILIAS TRIANTAFYLAKIS, Die Kosten-Preis-Schere im europäischen und deutschen Kartellrecht, HFR 7/2014, S. 1). Es handelt sich aber bei der nun im Streit liegenden wettbewerbsrechtlich problematischen Sachlage keineswegs um ein neues Phänomen (zu früheren Befunden: etwa Entscheid der Kommission vom 18. Juli 1988 Napier Brown/British Sugar, ABl. L 284 vom 19.10.1988 S. 41 ff. und vom 29. Oktober 1975 National Coal Board, die National Smokeless Fuels Limited und die National Carbonizing Company Limited, ABl. L 35 vom 10.2.1976 S. 6 ff.; ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, Der verwaltete Wettbewerb, 1984, S. 186; WALTER R. SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbots im Vertikalkonzern, in: Hugo Sieber/Egon Tuchtfeldt, Festgabe zum 80. Geburtstag von Fritz Marbach, Wettbewerbspolitik in der Schweiz, 1972, S. 103 ff.).

5.2.2. Das vertikal integrierte Unternehmen muss ferner eine Vorleistung anbieten, auf die die Wettbewerber im nachgelagerten Markt bei der Erstellung der Endleistung angewiesen sind. Nur so gelingt es ihm, für eine erfolgreiche Kosten-Preis-Schere die Gewinne der Wettbewerber zu steuern (z.B. PETZOLD, a.a.O., S. 40 f.; EILMANSBERGER/BIEN, a.a.O., N. 540 zu Art. 102 AEUV). Der Fokus liegt in neuerer Zeit - wie hier - auf dem Zugang zu Netzwerken der Kommunikationswirtschaft (vgl. z.B. MICHAEL KLING/STEFAN THOMAS, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 6 N. 160 i.f.; ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 19 N 24; die oben erwähnten Entscheide der EU: EuG Deutsche Telekom; EuG Telefonica; EuGH Deutsche Telekom; EuGH TeliaSonera; EuGH Telefonica). Denn die Vor- und Endleistungsmärkte werden oft von alteingesessenen Telekommunikationsanbietern dominiert, die regelmässig den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen oder Vorleistungen (i.d.R. nicht duplizierbare Netze) kontrollieren (z.B. ANDREAS FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. I EU, 6. Aufl., 2019, N. 375 zu Art. 102 AEUV).

5.2.3. Schliesslich muss das vertikal integrierte Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Wegen der engen vertikalen Verbundenheit der beiden Märkte genügt es aber, wenn das vertikal integrierte Unternehmen nur auf dem vorgelagerten Markt marktbeherrschend ist (vgl. FUCHS, a.a.O., N. 379 zu Art. 102 AEUV; EILMANSBERGER/BIEN, N. 546 zu Art. 102 AEUV; PETZOLD, a.a.O., S. 33; EuGH TeliaSonera, Rn. 89). Eine marktbeherrschende Stellung des vertikal integrier-

ten Unternehmens auf dem nachgelagerten Markt ist zwar nicht notwendig (z.B. HELMUTH SCHRÖTER/ULRICH BARTL, in: Europäisches Wettbewerbsrecht, Schröter/Jakob/Klotz/Mederer [Hrsg.], 2. Aufl., 2014, N. 309 zu Art. 102 AEUV [S. 923]; EuG Telefonica, Rn. 146; EuGH TeliaSonera, Rn. 89). Trotzdem wird das vertikal integrierte Unternehmen über eine gewisse dominante Stellung auf dem nachgelagerten Markt verfügen müssen, ansonsten es auf diesem keinen bestimmenden Einfluss auf die Preise der Endprodukte nehmen kann (vgl. etwa FUCHS, a.a.O., N. 379 i.f. zu Art. 102 AEUV; PETZOLD, a.a.O., S. 33; a.A. KATRIN HENK-MERTEN, Die Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, 2004, S. 27).

5.3. Das wettbewerbsrelevante Verhalten ist die Kosten-Preis-Schere selbst oder mit anderen Worten die unzureichende Preisspanne derjenigen, die mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf der Endkundenebene in Wettbewerb stehen (vgl. BERG, a.a.O., S. 30, 32, 39, 114, 124 f.; PETZOLD, a.a.O., S. 41, 45 f.; FUCHS, a.a.O., N. 380 zu Art. 102 AEUV; EILMANSBERGER/BIEN, a.a.O., N. 541 zu Art. 102 AEUV; HENNING LEUPOLD, Anmerkung zu EuGH TeliaSonera, EuZW 2011, S. 339 ff., 346; EuGH TeliaSonera, Rn. 31, 34). Eine Kosten-Preis-Schere stellt deshalb auch dann ein missbräuchliches Verhalten i.S.v. Art. 7 KG dar, wenn weder die Grosshandels- noch die Endkundenpreise des marktbeherrschenden Unternehmens für sich genommen missbräuchlich sind (vgl. EuGH TeliaSonera, Rn. 34, 98; EuGH Deutsche Telekom, Rn. 183; EuG Telefonica, Rn. 187; LEUPOLD, a.a.O., S. 346.). Insofern geht die diesbezügliche Argumentation der Beschwerdeführerinnen an der Sache vorbei.

5.4. Ob eine unzureichende Gewinnspanne der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens vorliegt, ist nach Rechtsprechung und Literatur mit einem Kosten-Preis-Vergleich beim marktbeherrschenden Unternehmen selbst zu eruieren. In der Sache stellt dies eine Anwendung (verkürzte: BERG, a.a.O., S. 135 ff., 138 ff., 184) des as efficient competitor-Tests (synonym: equally efficient competitor-Test) dar (vgl. dazu Urteile EuGH TeliaSonera, Rn. 41 ff.; EuGH Deutsche Telekom, Rn. 196 ff.; PETER BEHRENS, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, Rz. 1184 [zum Test als solchen Rz. 1124 ff.]; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 450 zu Art. 7; zu anderen Standards, um Verhaltensweisen in wettbewerbliche und leistungsfremde zu unterteilen, z.B. WOLFGANG WURMNEST, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2. Aufl. 2012, 343 ff.). Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht diesen Test angewendet. Nur ausnahmsweise sind die Preis- und Kostendaten der tatsächlichen Wettbewerber heranzuziehen (vgl. Urteil EuGH TeliaSonera, Rn. 45 f.).

5.5. Der Nachweis einer missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere ist grundsätzlich in folgenden zwei Fällen erbracht (knapp Urteil EuGH TeliaSonera, Rn. 32; ausführlich BERG, a.a.O., S. 124 ff.) :

5.5.1. Erstens: Ein Marktmachtmissbrauch liegt dann vor, wenn der Vorleistungspreis für die Wettbewerber über dem Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt liegt. Oder mit an-

deren Worten: Sind die vom Marktbeherrscher verlangten Vorleistungspreise höher als die von ihm im nachgelagerten Markt für das Endprodukt geforderten Preise (= negative Preisdifferenz), folgt schon daraus, dass ein ebenso effizienter Konkurrent im nachgelagerten Markt nicht wettbewerbsfähig sein kann, wenn er die dazugehörige Vorleistung in Anspruch nimmt. Insofern bedarf es keiner genauen Ermittlung der Kosten für das Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt (vgl. dazu etwa PER RUMMEL, *Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests*, 2015 [nachfolgend: *Rechtssicherheit*], S. 134; FUCHS, a.a.O., N. 377 zu Art. 102 AEUV; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 19 Rz. 27). Formal lautet dies:

Preis [vorgelagert] > Preis [nachgelagert]

5.5.2. Zweitenserscheint das Verhalten missbräuchlich, wenn die Marge zwischen Vorleistungspreis für Wettbewerber und Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des Wettbewerbers zu decken. Oder mit anderen Worten: Wenn der Preis der Vorleistung geringer ist als der Preis im nachgelagerten Markt (= positive Preisdifferenz), ist die Ermittlung der produktspezifischen Kosten des Marktbeherrschers im nachgelagerten Markt relevant. Eine Kosten-Preis-Schere, die geeignet ist, ebenso effiziente Wettbewerber zu verdrängen, liegt dann vor, wenn die Summe aus Vorleistungspreis und produktspezifischen Kosten im nachgelagerten Markt gleich hoch oder höher ist als der im nachgelagerten Markt verlangte (Endkunden-) Preis (vgl. dazu etwa RUMMEL, *Rechtssicherheit*, a.a.O., S. 134; FUCHS, a.a.O., N. 377 zu Art. 102 AEUV; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 19 Rz. 28). Formal lautet dies:

Preis [vorgelagert] + Kosten [nachgelagert] ³ Preis [nachgelagert]

5.5.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Kosten-Preis-Schere dann gegeben ist, wenn (vgl. BERG, a.a.O., S. 125):

Preis [nachgelagert] - Preis [vorgelagert] £ Kosten [nachgelagert] oder

Preis [nachgelagert] - Preis [vorgelagert] - Kosten [nachgelagert] £ 0

5.6. Die praktische Anwendung des as efficient competitor-Tests auf konkrete Sachverhalte besteht in einem Kosten-Preis-Vergleich (i.S. einer Kostendeckungsanalyse). Dabei ist auf die tatsächlichen Kosten und die tatsächlich praktizierte Preisgestaltung des marktbeherrschenden Unternehmens abzustellen. Für die Berechnung der Kosten gibt es unterschiedliche Kostenarten (z.B. DAVID ROTH, *Der "ebenso effiziente Wettbewerber"*. *Kosten-Preis-Vergleiche im Kartellrecht am Beispiel des Behinderungsmisbrauchs*, 2017, S. 32 ff., 177 ff.; RUMMEL, *Rechtssicherheit*, a.a.O., S. 66 ff.; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 351 ff., 355 ff. zu Art. 7; PETZOLD, a.a.O., S. 120 ff.). Die von der Europäischen Kommission in ihren Erläuterungen zu ihren Prioritäten bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (nachfolgend: *Prioritätenmitteilung*; ABI C 45 vom 24. Februar 2009 S. 7 ff.) vorgeschlagene folgende Kostenart wird in der Literatur über-

wiegend begrüßt und in der Rechtsprechung der EU-Gerichte auch verwendet (vgl. statt aller FUCHS, a.a.O., N. 211 zu Art. 102 AEUV; BERG, a.a.O., S. 173; EuG *Telefonica*, Rn. 94 ff., 236 ff.). Der Berechnung (Rz. 26 mit Fn. 2) sollen einerseits die produktspezifischen durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable cost, AAC) und andererseits die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (long-run average incremental cost, LRAIC) des marktbeherrschenden Unternehmens zugrunde gelegt werden. Die AAC entsprechen dem pro Einheit berechneten Durchschnitt der Kosten, die ein Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es auf die Produktion einer bestimmten zusätzlichen Menge verzichtet hätte. Die LRAIC entsprechen dem pro Einheit berechneten Durchschnitt aller variablen und fixen Kosten, die einem Unternehmen gerade wegen der Tätigkeit im konkret betroffenen Markt zusätzlich zu seinen sonstigen Kosten entstehen. Die Kostenart wird nicht bestritten, weshalb nicht näher darauf einzugehen ist.

5.7. Entscheidend ist sodann auch die zeitliche Dimension. Die Profitabilität des Unternehmens wird anhand der betriebswirtschaftlich üblichen historischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens ermittelt, die sich aus dessen Buchhaltungsergebnissen ergeben. Danach wird das Verhalten des Unternehmens in einzelnen Perioden analysiert (vgl. etwa ROTH, a.a.O., S. 313 ff.; RUMMEL, a.a.O., S. 90 ff.). Die Dauer dieser Perioden bestimmt sich nach den Realitäten am Markt (vgl. RUMMEL, *NZKart 2015*, a.a.O., S. 355, 357; ROTH, a.a.O., S. 316). Mit der Kurzzeitbetrachtung soll beantwortet werden, ob ein ebenso effizienter Wettbewerber in den einzelnen Perioden kostendeckend mit den Preisen des marktbeherrschenden Unternehmens konkurrieren könnte (vgl. z.B. PER RUMMEL, *Der Betrachtungszeitraum im equally efficient competitor-Test - Eine Analyse aus Anlass des Bahnstrombeschlusses der Kommission*, *NZKart 2014* [nachfolgend: *NZKart 2014*], S. 354 ff., S. 356; ROTH, a.a.O., S. 313, 317 f.). Insofern ist es Unternehmen nicht erlaubt, eine unrentable Preissetzung aus einem Zeitabschnitt durch eine rentable Preissetzung in einem anderen Zeitabschnitt auszugleichen und so das missbräuchliche Verhalten zu vertuschen (vgl. RUMMEL, *Rechtssicherheit*, a.a.O., z.B. S. 90, 92 f.; Urteile des EuGH vom 2. April 2009 C-202/07 P *France Télécom SA* [nachfolgend: *EuGH France Télécom*], Rn. 81; des EuG vom 30. Januar 2007 T-340/03 *France Télécom SA* [nachfolgend: *EuG France Télécom*], Rn. 152). Die Analyse erfolgt zudem aus einer ex post Perspektive (vgl. RUMMEL, *Rechtssicherheit*, a.a.O., S. 96; ROTH, a.a.O., S. 323 ff.). Eine ex ante Analyse würde lediglich die Missbräuchlichkeit der Unternehmensstrategie gestützt auf Prognosen beurteilen, was indes keine Aussage über die tatsächlichen Wirkungen des mutmasslich missbräuchlichen Verhaltens erlaubt (vgl. z.B. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 19 Rz. 29; RUMMEL, *NZKart 2014*, a.a.O., S. 357), die der as efficient competitor-Test aber gerade einfordert.

Die Ertragswertmethode, welche den Cashflow eines Unternehmens untersucht, auf Prognosedaten beruht und im Vergleich zu den historischen Kosten auf einem Gesamtzeitraum beruht (vgl. RUMMEL, *Rechtssicherheit*, a.a.O., S. 93, 94), ist - wie die Literatur und auch die

Rechtsprechung unmissverständlich klar machen - ungeeignet: "Da die Ertragswertmethode die Verrechnung anfänglicher Verluste mit künftigen Gewinnen zulässt, besteht [...] die Gefahr, dass die Ergebnisse dieser Methode entweder tatsächlich auf unangemessenen Prognosen des marktbeherrschenden Unternehmens in Bezug auf seine angestrebten zukünftigen Gewinne beruhen, die zu einem fehlerhaften Ergebnis führen können, oder langfristige Gewinne einschließen, die auf eine Verstärkung der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind" (EuG Telefonica, Rn. 218, 213; siehe auch RUMMEL, Rechtssicherheit, a.a.O., S. 98, 99; RUMMEL, NZKart 2014, a.a.O., S. 356; ROTH, a.a.O., S. 316, 319 f.). Die Ertragswertanalyse ist deshalb nicht weiter zu verfolgen.

5.8. Während bei der Ertragswertanalyse Investitionskosten und anfängliche Verluste rechnerisch umfasst sind, trifft dies bei der historischen Methode nicht zu (vgl. ROTH, a.a.O. S. 317; EuG Telefonica, Rz. 212 ff.). Allerdings sind auch bei dieser nachträglich die markteintrittsbedingten Anfangsinvestitionen, die ein neu am Markt tätiges Unternehmen erst nach und nach mit einer steigenden Anzahl von Kundenbeziehungen und den daraus gezogenen Einnahmen amortisiert, zu berücksichtigen (BERG, a.a.O., S. 146; siehe auch EuGH TeliaSonera, Rn. 110 i.f.; PRIES, a.a.O., S. 59 ff.) - einerseits mit der periodischen Abschreibungsmethode, andererseits mit der Barwertmethode (BERG, a.a.O., S. 146). Dabei ist allerdings zu beachten, dass damit die Gesamtdauer des möglichen wettbewerbsmissbräuchlichen Verhaltens beeinflusst werden kann und damit die relevanten Kosten verfälscht werden können (z.B. ROTH, a.a.O., 314; BERG, a.a.O., 145 f.). Vor allem ist aber in Rechnung zu stellen, dass das auf dem vorgelagerten Markt agierende marktbeherrschende Unternehmen durch seine Preisstrategie seine Machtstellung im nachgelagerten Zielmarkt ausdehnen und dort die Marktstruktur zum eigenen Vorteil und zulasten anderer Marktteilnehmer verändern kann (zur leveraging-Theorie BERG, a.a.O., S. 122 f.). Insofern ist notwendig, zum Schutz der vom marktbeherrschenden Unternehmen abhängigen Abnehmer (d.h. Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt) solche Anfangsinvestitionen nicht zu lange zuzulassen. Es ist so früh wie möglich einzugreifen, um zu verhindern, dass sich auf dem nachgelagerten Markt eine verzerrte Struktur bildet und verfestigt (vgl. EuGH TeliaSonera, Rn. 108 i.f.).

5.9. Rechtfertigung des Verhaltens ist aufgrund sachlicher Gründe, worunter beispielsweise kaufmännische Gründe fallen, zulässig, auch wenn im Gegensatz zu Art. 5 KG Art. 7 KG keine ausdrückliche textliche Regelung kennt. Sachliche Gründe sind objektive Gründe (BGE 129 II 497 E. 6.5.4 S. 540). Dies bedeutet, dass es sich beim Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens um ein solches handeln muss, das sich als fairer Leistungswettbewerb beschreiben lässt (vgl. z.B. OLIVER BRAND, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. II, Wolfgang Jaeger/Petra Pohlmann/Dirk Schroeder [Hrsg.], Lfg. 75 ff., 2011, N. 164 zu Art. 102 AEUV; FRIEDRICH WENZEL BULST, in: Kartellrecht Kommentar, Langen/Bunte [Hrsg.], Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, N. 137 zu Art. 102 AEUV). Insofern lassen sich leistungsfremde Mittel nicht als sachli-

che Gründe anführen, ansonsten die Anstrengungen des Kartellgesetzes, wettbewerbliches Verhalten zu schützen, unterlaufen würden. Abgesehen davon, müssen die sachlichen Gründe objektiv vorliegen. Notwendig ist ein Verhalten nur dann, wenn sich der bezweckte Erfolg nicht auch auf anderem, weniger wettbewerbsfeindlichen Weg erzielen lässt (vgl. BULST, a.a.O., N. 137 zu Art. 102 AEUV; BRAND, a.a.O., N. 165 zu Art. 102 AEUV).

Unabhängig davon, ob im Rahmen von Art. 7 KG Effizienzgründe geltend gemacht und berücksichtigt werden können (bejahend, soweit sie Verbrauchern zukommen, EuGH TeliaSonera, Rn. 76), gilt auch im Rahmen von Art. 7 KG, dass durch möglicherweise rechtfertigendes Verhalten wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt werden darf (vgl. BERG, a.a.O., 160 f.; PETZOLD, a.a.O., S. 115 m.H.).

6. Rechtsanwendung

6.1. Die Beschwerdeführerin ist vertikal integriert. Sie ist Verkäuferin des ADSL-Vorleistungsangebots BBCS und gleichzeitig als Internet Service Provider im nachgelagerten Markt tätig. Mit dem auf dem Anschlussnetz beruhenden BBCS verfügt sie über eine Vorleistung, auf die die anderen Internetanbieter notwendigerweise angewiesen sind, um Breitband-Internet an Endkunden anbieten zu können. Unbestritten ist auch, dass sie als alleinige Anbieterin des ADSL-Vorleistungsangebots BBCS auf dem Vorleistungsmarkt eine marktbeherrschende Stellung innehat. Insofern sind die strukturellen Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere erfüllt. Strittig ist, ob eine solche vorliegt.

6.2.

6.2.1. Die WEKO hat aufgrund der gesamten Kosten und Einnahmen der Beschwerdeführerinnen zwischen Januar 2003 bis Dezember 2006 pro Kunde festgehalten, dass die Kosten über den Einnahmen gelegen hätten und die Marge negativ geblieben sei, somit aufgrund der von diesen praktizierten Preise DSL-Breitbandinternet in den letzten Jahren nicht profitabel habe angeboten werden können, weshalb bis Ende 2007 eine Kosten-Preis-Schere bestanden habe. Das Bundesverwaltungsgericht ist gestützt auf die historische Methode zum gleichen Schluss gekommen: Aufgrund der massgeblichen und insoweit unstrittigen Wirtschaftlichkeitsberechnung ergebe sich ohne Weiteres, dass das Einzelhandelsgeschäft der Beschwerdeführerin in den Jahren 2001 bis 2007 über einen Zeitraum von sieben Jahren ausnahmslos zu meist ganz erheblichen jährlichen Verlusten geführt habe. Es stehe daher fest, dass das Einzelhandelsgeschäft mit Breitbandprodukten der Swisscom-Gruppe zu den von ihr für die BBCS-Produkte angesetzten Grosshandelspreisen während dieses Zeitraums nicht profitabel habe betrieben werden können. Insofern lag auch aus Sicht der Vorinstanz eine Kosten-Preis-Schere vor.

6.2.2. Formal lässt sich die Situation wie folgt ausdrücken:

Preis [vorgelagert] + Kosten [nachgelagert] > Preis [nachgelagert]

was sich auf die oben dargestellte Grundformel (E. 5.5.3) zurückführen lässt:

Preis [nachgelagert] - Preis [vorgelagert] - Kosten [nachgelagert] < 0

6.2.3. Eine unterschiedliche Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts zwischen den Beschwerdeführerinnen und den Vorinstanzen ergab sich im Wesentlichen daraus, dass die Beschwerdeführerinnen und die Vorinstanzen differierende Auffassungen über die Berücksichtigung von Abschreibungen von Akquisitionskosten, deren Amortisationsdauer, der Wachstumsrabatte im Jahr 2007 sowie der Quersubventionierung durch Bündelangebote hatten. Beide Vorinstanzen setzten sich damit auseinander. Anpassungen an die Wirtschaftlichkeitsberechnung resultierten daraus nicht.

6.3. Gestützt auf die von der WEKO erhobenen und auch vor Vorinstanz unbestritten gebliebenen Daten ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass eine Kosten-Preis-Schere vorliegt. Die Beschwerdeführerinnen wiederholen vor Bundesgericht im Wesentlichen die nämlichen Argumente wie vor Vorinstanz:

6.3.1. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass - wie bereits oben erwähnt - für das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere weder die Preise noch die Kosten auf dem Endkundenmarkt allein massgebend sind. Entscheidend ist die Marge (E. 5.3). Daher spielt es auch keine Rolle, dass nach Aussage der Beschwerdeführerinnen der Endkundenmarkt nicht strukturell dauerhaft defizitär gewesen ist.

6.3.2. Die Beschwerdeführerinnen fordern sodann in grundsätzlicher Hinsicht implizit die Anwendung der Ertragswertmethode und damit gleichzeitig eine Ausdehnung des Analysezeitraums: So würde die Vorinstanz in willkürlicher Weise den Sachverhalt nur auf die Jahre 2001 - 2007 beschränken. Es sei zwingend notwendig, dass neben den verlustreichen Jahren auch die ertragsreichen (2008-2012, allenfalls 2014) zu berücksichtigen seien. Ab dem Jahre 2008 hätten die Beschwerdeführerinnen nachhaltige Gewinne erzielt, sie seien damit nur in den Anfangsjahren defizitär gewesen. Es sei eine betriebswirtschaftliche "Binsenwahrheit", dass neu lancierte Produkte in den ersten Jahren verlustbringend und erst nach einer gewissen Zeit erfolgreich seien. Der Hinweis der Vorinstanz auf den spanischen Telekommunikationsmarkt sei nicht zielführend, da in der Schweiz andere Verhältnisse bestünden.

Die Vorinstanz hat sich für ihren Entscheid auf die historischen Kosten der Beschwerdeführerinnen, die sich aus deren Buchhaltung ergeben (so ausdrücklich Urteil EuG France Telecom, Rn. 134), gestützt - zu Recht. Nur damit gelingt es zu beurteilen, ob ein ebenso effizienter Wettbewerber in den einzelnen buchhalterisch ausgewiesenen Perioden kostendeckend mit den Preisen des marktbeherrschenden Unternehmens konkurrieren könnte. Da bei der Ertragswertmethode die Verrechnung anfänglicher Verluste mit künftigen Gewinnen zulässig ist, sind marktbeherrschende Unternehmen gegenüber ihren Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt vielfach im Vorteil. Dies haben auch die bisherige Rechtsprechung und Literatur so erkannt (z.B. EuG Telefonica, Rn. 218; ROTH, a.a.O., S. 317 f.; RUMMEL, Rechtssicherheit, a.a.O., S. 95, 98 ff.), wenn sie darauf hingewiesen haben, dass mit der Ertragswertmethode die Gefahr besteht, dass die Ergebnisse dieser Methode entweder

tatsächlich auf unangemessenen Prognosen des marktbeherrschenden Unternehmens in Bezug auf seine angestrebten zukünftigen Gewinne beruhen, die zu einem fehlerhaften Ergebnis führen können, oder langfristige Gewinne einschliessen, die auf eine Verstärkung der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind. Ein positiver Kapitalwert kann demzufolge nicht als Beleg dafür verstanden werden, dass kein wettbewerbswidriger Preisdruck ausgeübt wurde (vgl. EuG Telefonica, Rn. 218). Gegen eine Anwendung der Ertragswertmethode spricht auch, dass diese nicht die tatsächlichen Kosten der missbräuchlichen Verhaltensweise abbildet, sondern lediglich die Entwicklung des Kapitalwerts berücksichtigt (vgl. RUMMEL, NZKart 2014, S. 356; ähnlich bereits die WEKO). Sie beruht auf Prognosedaten, welche auf eine Absicht hindeuten, aber nicht die missbräuchliche Wirkung manifestieren (vgl. ROTH, a.a.O., S. 317 f.). Die Beschwerdeführerinnen bringen nichts vor, was diesen Befund widerlegen könnte. Auch die Vorinstanz hat aufgrund der erwähnten Probleme keine Veranlassung gesehen, eine Kostenanalyse anhand der Ertragswertmethode vorzunehmen. Die Beschwerdeführer bringen nun aufgrund der diesbezüglichen vorinstanzlichen Ausführungen, welche an das Urteil EuG Telefonica anknüpfen, Argumente vor, warum der hiesige Markt anders geartet sei als der spanische Telekommunikationsmarkt. Ist aber die Ertragswertmethode ungeeignet, um eine den Leistungswettbewerb berücksichtigende adäquate Kostenanalyse vorzunehmen, ist es müssig, darauf basierende Argumente zu behandeln.

Liegen der Kostenanalyse also zu Recht die historischen Kosten zugrunde, so ist eine periodenweise Untersuchung vorzunehmen, welche sich an den Realitäten am Markt zu orientieren hat (RUMMEL, NZKart 2015, a.a.O., S. 355, 357; ROTH, a.a.O., S. 316). Bei deren Bestimmung wird in aller Regel auf die Vertragslaufzeit abgestellt (RUMMEL, NZKart 2015, a.a.O., S. 355, 357; ROTH, a.a.O., S. 316). Mit ihren Endkunden haben die Beschwerdeführerinnen einen jährlichen Vertrag abgeschlossen. Insofern ist mit der Vorinstanz zu Recht von jährlichen Perioden auszugehen.

Mit der Kostenanalyse nach Perioden wird das Verhalten des Unternehmens in den einzelnen Perioden analysiert. Ist in einer Periode der nachgelagerte Preis minus der vorgelagerte Preis kleiner oder gleich den nachgelagerten Kosten, liegt in dieser Periode eine Kosten-Preis-Schere vor. Vorbehalten bleibt die Rechtfertigung des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens. Angesichts der unbestritten gebliebenen Daten liegt deshalb in den Jahren 2001-2007 eine Kosten-Preis-Schere vor. Ab 2008 beruht das Verhalten der Beschwerdeführerin auf effizienter Leistung, es liegt also keine Kosten-Preis-Schere vor (siehe E. 5.5). Deshalb sind die ab diesem Zeitraum erwirtschafteten Gewinne für die Rentabilitätsrechnung nicht zu berücksichtigen.

6.3.3. Die Beschwerdeführerinnen beantragen ferner, dass die Akquisitionskosten (Initialkosten) zu berücksichtigen und auf mehrere Jahre zu verteilen seien, da sie über einen grösseren Zeitraum Nutzen brächten. Dass die Gewinnschwelle sich nach hinten verlagert habe, erfolge wegen der hohen Initialkosten bzw. Akquisitionskosten, welche Neukunden zu Beginn verursa-

chen, und wegen des starken Neukundenwachstums. Vor allem letzterer Umstand sei dafür verantwortlich, dass die Gewinnschwelle nicht bereits früher erreicht worden sei. Sodann sei nicht die Verweildauer von drei Jahren, welche die Vorinstanz gestützt auf den Entscheid der EU-Kommission im Fall Telefonica getroffen habe, massgebend, sondern ob und wann der Kunde tatsächlich gewechselt habe. Vor Vorinstanzen hätten die Beschwerdeführerinnen darauf hingewiesen, dass nur ein geringer Kundenverlust (sog. Churnrate von 9 %) absehbar gewesen sei, was einer durchschnittlichen Verweildauer von rund 10 Jahren entspreche.

Die Vorinstanz hat als Eventualbegründung gestützt auf den bisher einzigen, die Argumente des Entscheids der Europäischen Kommission vom 16. Juli 2003 Wanadoo Interactive (COMP/38.233 - Wanadoo Interactive) rezipierenden Kommissionsentscheid Telefonica festgehalten, dass eine angemessene Periode für eine Abschreibung der Akquisitionskosten drei Jahre sei.

Wie bereits ausgeführt (E. 5.8), sind die Anfangsinvestitionskosten in Rechnung zu stellen. Die Möglichkeit, diese Kosten zu berücksichtigen, bildet quasi einen Rechtfertigungsgrund des margenbeschneidenden Verhaltens der Beschwerdeführerinnen. Da sich die Berücksichtigung direkt auf die Kostenanalyse auswirkt, erfolgt sie im Rahmen des *equally efficient competitor*-Tests. Die Dauer für eine Abschreibung ist kurz zu halten und es ist so früh wie möglich einzugreifen, um zu verhindern, dass sich auf dem nachgelagerten Markt eine verzerrte Struktur bildet und gar verfestigt, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat: Denn marktbeherrschende Unternehmen können - wie im vorliegenden Fall - aufgrund ihrer Preisstrategie ihre Machtstellung auf den nachgelagerten Markt ausdehnen und damit dort die Marktstruktur zum eigenen Vorteil und zulasten anderer Marktteilnehmer verändern. Die Möglichkeit einer Abschreibung der Akquisitionskosten auf der Einzelhandelsstufe führt nämlich - wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat - zu einer Verstärkung der Zwangswirkung einer Kosten-Preis-Schere. Je länger die Anfangsinvestitionskosten berücksichtigt werden können, desto mehr gleicht sich ein solches Vorgehen zudem der unerwünschten und ungeeigneten Ertragswertmethode an und desto länger werden Konkurrenten potentiell verdrängt oder nicht zum Markt zugelassen. Dabei verdanken die marktbeherrschenden Unternehmen ihren Vorteil auf dem nachgelagerten Markt nur ihrer vertikalen Integration und der Unentbehrlichkeit der Vorleistung. Im vorliegenden Fall ist zudem zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsstruktur beider aufeinander folgender getrennter Produktionsmärkte "noch immer stark von der ehemaligen Monopolstruktur bestimmt" wird (vgl. EuGH *TeliaSonera*, Rn. 109). Gerade auch die besondere Verantwortung, welche marktbeherrschenden Unternehmen zukommt, den verbleibenden Wettbewerb auf dem Markt zu schützen (BGE 139 I 72 E. 10.1.1 S. 101, mit zahlreichen Hinweisen; EuGH *France Telecom*, Rn. 105; RUMMEL, NZKart 2014, a.a.O., S. 356), erheischt, dass die Dauer für eine Abschreibung kurz bemessen wird. Denn Kartellrecht soll sicherstellen, dass ebenso effiziente Wettbewerber wie das marktbeherrschende Unternehmen auf dem Endkundenmarkt in den Wettbewerb treten können (vgl. EuGH *Telefonica*, Rn. 204). Das zweckmäs-

sige Vorgehen beim Umgang mit Investitionskosten ist indes nicht abstrakt, sondern einzelfallweise festzulegen (vgl. ROTH, a.a.O., S. 316), wobei - wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat - u.a. Vertragslaufzeiten der Kundenverträge oder Regulierungsvorgaben zu berücksichtigen sind. Angesichts dieser aufgeführten Kriterien hat die Vorinstanz im vorliegenden Fall nicht bundesrechtswidrig gehandelt, wenn sie die von den Beschwerdeführerinnen geforderte Berücksichtigungsdauer von mehreren Jahren nicht akzeptiert hat. Daneben sprechen im vorliegenden Fall die bereits vor Vorinstanz geäußerten Aspekte, wie die Möglichkeit des kurzfristigen Wechsels zu einem Konkurrenzprodukt, oder die Gewährung von Gratismonaten, auch nicht für eine lange Berücksichtigungsdauer der Kosten für Anfangsinvestitionen.

6.3.4. Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass die Vorinstanz unzulässigerweise einen Nachlass im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsrechnung des Einzelhandelsgeschäfts für das Geschäftsjahr 2007, der Bluewin aufgrund eines sogenannten Wachstumsrabatts für die Geschäftserfolge bei der Vermarktung der BBCS-Produkte im Dezember 2007 durch eine interne Verrechnung gutgeschrieben worden sei, nicht berücksichtigte.

Die Gewährung des Rabatts war zwar - wie die Vorinstanz und die Beschwerdeführerinnen übereinstimmend ausführen - so ausgestaltet, dass theoretisch alle Internetdiensteanbieter in einer gewissen Art und Weise profitieren konnten. Angesichts der besonderen Ausgestaltung handelt es sich - wie die Vorinstanz überzeugend dargelegt hat - nicht um einen einfachen Mengenrabatt, weil der tatsächlich erzielte Nachlass nicht von der tatsächlich abgenommenen Mehr- oder Mindermenge, sondern vom Verhältnis der tatsächlich abgenommenen Mehr- oder Mindermenge zum Wachstum des Gesamtmarkts abhängig war. Dies war für die sonstigen Internetdiensteanbieter im Voraus nicht absehbar und auch nicht vom Umfang ihrer tatsächlich vorgenommenen zusätzlichen Anstrengungen zur Geschäftsausdehnung abhängig. Diese konnten ihre Preisstrategien zur Steigerung ihres Umsatzes daher nur sehr eingeschränkt auf eventuell zu erwartende Nachlässe aus dem Wachstumsrabatt abstützen. Umgekehrt war es dagegen für die Beschwerdeführerinnen sehr wohl absehbar, dass das Umsatzwachstum aufgrund ihrer Strategie und ihrer marktbeherrschenden Stellung zu einem mindestens 10%-igen Rabatt führen würde. Zudem erlaubten die sehr hohen Gewinne auf Grosshandelsstufe eine riskantere Strategie auf der Endproduktstufe, weshalb die Beschwerdeführerinnen am meisten von den Rabatten profitieren konnte.

In der Folge blieben die Wachstumsrabatte bei 70 % der anderen Internetdiensteanbieter unter dem Wachstum des Gesamtmarktes, weshalb diese nur minimal von den Rabatten profitieren konnten, während die Beschwerdeführerinnen den vollen Rabatt ausschöpfen konnten. Wie die Vorinstanz überzeugend dargelegt hat, war dieses Resultat offensichtlich absehbar, weshalb davon auszugehen ist, dass der wahre Grund für die Gewährung des Wachstumsrabatts darin lag, die verlustreiche Endprodukteebene verschleiert querzufinanzieren und sie buchhalterisch auszugleichen, um damit die Preisspan-

ne zu minimieren und allenfalls so einer Kosten-Preis-Schere zu entgehen. Dies ist umso eher nachvollziehbar, als die Beschwerdeführerinnen den Rabatt nach einem Jahr einstellten. Insofern hat die Vorinstanz zu Recht die im Dezember 2007 von den Beschwerdeführerinnen vorgenommene Verrechnung des Nachlasses nicht berücksichtigt.

Selbst wenn die Rabatte berücksichtigt würden, ist damit - wie die Vorinstanzen zutreffend festgehalten haben - eine Kosten-Preis-Schere nicht ausgeschlossen. Eine solche liegt erstens dann vor, wenn der Vorleistungspreis für die Wettbewerber über dem Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt liegt oder die Marge zwischen Vorleistungspreis für Wettbewerber und Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des Wettbewerbers zu decken (siehe oben E. 5.5). Die Beschwerdeführerinnen führen vor Bundesgericht mit keinem Wort aus, inwiefern die beiden Konstellationen nicht zutreffen würden.

6.3.5. Die Beschwerdeführerinnen machen sodann eine sachliche Rechtfertigung für ihr Verhalten geltend und beziehen sich dabei auf kaufmännische Gründe. Aus kaufmännischer Sicht sei es unbedenklich, das Geschäft so weiterzuführen und es während sechs bis sieben Jahren rote Zahlen schreiben zu lassen, da "Gewissheit [bestehe], dass die Gewinnschwelle nachhaltig erreicht [werde], sobald das Kundenwachstum abflach[e]." Die von den Beschwerdeführerinnen geforderte Rechtfertigung ihres Verhaltens ist zum einen bereits beim equally efficient competitor-Test zu ihren Gunsten berücksichtigt worden - allerdings nicht in dem Ausmass wie sie es sich erwünscht hatten (oben E. 6.3.3). Eine doppelte Berücksichtigung ist nicht opportun. Zum anderen ist das zu rechtfertigende Verhalten die Kosten-Preis-Schere selbst (PETZOLD, a.a.O., S. 114), also das Verhalten, das eine Verbindung zwischen den Preisen der vor- und nachgelagerten Produkte und damit zwischen zwei Marktebenen schafft.

6.3.6. Zusammenfassend ergibt sich: Die strukturellen Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere (Marktbeherrschung, vertikale Integration und Unentbehrlichkeit der Vorleistung) sind gegeben und die Beschwerdeführerinnen erfüllen den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere: Die Vorinstanz hat sich zu Recht auf die historischen Daten und dabei auf Perioden von einem Jahr gestützt. Danach liegt in den Jahren 2001-2007 eine Kosten-Preis-Schere vor. Eine Abschreibung der Initialkosten ist zu berücksichtigen - allerdings nur kurz. Dabei hat die Vorinstanz im vorliegenden Fall nicht bundesrechtswidrig entschieden, wenn sie die von den Beschwerdeführerinnen geforderte lange Berücksichtigung nicht akzeptiert hat. Sie hat sodann zu Recht die tatsächlich gewählten Rabatte für die Rentabilitätsberechnung ausgeschlossen. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Rechtfertigungsgründe sind bereits beim equally efficient competitor-Test berücksichtigt worden. Weitere sind nicht erkennbar. Insofern bilden die Beschwerdeführerinnen ein marktbeherrschendes vertikal integriertes Unternehmen, das seine Marktmacht mit einer nicht rechtfertigbaren Kosten-Preis-Schere missbräuchlich ausgenutzt hat. Eine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung der Kosten-Preis-

Schere liegt ebenfalls vor, da sich diese auf der vorgelagerten Marktstufe auf ein unentbehrliches Einsatzgut bezieht (vgl. EuGH TeliaSonera, Rn. 70; EuGH Deutsche Telekom, Rn. 234 f. 255; BERG, a.a.O., S. 153). Art. 7 Abs. 1 KG ist damit erfüllt.

7. Alternative gesetzliche Grundlage der Kosten-Preis-Schere ?

7.1. Das dargestellte missbräuchliche Verhalten der Beschwerdeführerinnen ist im Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG abgebildet. Allerdings ist die rechtliche Zuordnung der Kosten-Preis-Schere sowohl in der EU als auch in der Schweiz insgesamt noch nicht gefestigt. Zudem ist unbestritten, dass Handlungen, welche eine Kosten-Preis-Schere darstellen können, neben der Margenbeschneidung der Kosten-Preis-Schere auch die in Art. 7 Abs. 2 KG speziell hervorgehobenen Tatbestände erfüllen können (für die EU vgl. z.B. FUCHS, a.a.O., N. 382 zu Art. 102 AEUV). Angesichts dessen ist zu prüfen, ob die Kosten-Preis-Schere auch unter einen Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG fällt.

7.2. Die EU-Gerichte haben die Kosten-Preis-Schere nunmehr als eine eigenständige Fallgruppe des Behinderungsmisbrauchs (FUCHS, a.a.O., N. 383 zu Art. 102 AEUV; BERG, a.a.O., S. 188) innerhalb des Regelbeispiels des Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV (bzw. zuvor den identischen Art. 82 Abs. 2 lit. a EG) anerkannt (vgl. ausdrücklich EuGH TeliaSonera, Rn. 25 [zuvor bereits im Fall Deutsche Telekom implizit und über die Anerkennung des Kommissionsentscheidungs; EuGH Deutsche Telekom, Rn. 182]; LEUPOLD, a.a.O., S. 346 I k.Sp.; KLING/THOMAS, a.a.O., § 6 N. 161; BRAND, a.a.O., N. 333 zu Art. 102 AEUV). In der Literatur werden allerdings wegen unzähliger Berührungspunkte zu anderen Fällen des Behinderungsmisbrauchs auch andere Zuweisungen vertreten (dazu die Hinweise bei FUCHS, a.a.O., N. 374, 382 zu Art. 102 AEUV; BERG, a.a.O., S. 165 ff., PETZOLD, a.a.O., S. 117 ff.).

Auch in der Schweiz finden sich angesichts unzähliger Berührungspunkte zu den in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Beispielen verschiedene Auffassungen: Diskriminierung nach Art. 7 Abs. 2 lit. b KG (z.B. CLERC/KÉLLEZI, a.a.O., N. 135 ff. i.V.m. 86 ff. zu Art. 7 II LCart; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rn. 2.651); Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung nach Art. 7 Abs. 2 lit. e KG (AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 452 zu Art. 7); Geschäftsverweigerung nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (RAMIN SILVAN GOHARI, Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, 2017, S. 147). Zudem wird auch die Auffassung vertreten, dass die Generalklausel nach Art. 7 Abs. 1 KG die korrekte gesetzliche Grundlage darstelle (LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar [nachfolgend: DIKE-KG], Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], 2018, N. 180 zu Art. 7; wohl auch ROTH, a.a.O., S. 388).

7.3. Die Vorinstanz hat sich der EU-Rechtsprechung angeschlossen und die Kosten-Preis-Schere als eigenständige Fallgruppe bezeichnet. Gesetzliche Grundlage bildet Art. 7 Abs. 1 KG. Entscheidend sei der zweidimensionale (vertikale und horizontale) Preisdruck von

Seiten des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens, während bei den in Art. 7 Abs. 2 KG aufgezählten Beispielen lediglich ein eindimensionaler Preisdruck herrsche.

Wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, vermögen die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG den zweidimensionalen (vertikalen und horizontalen) Preisdruck von Seiten des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens nicht adäquat zu erfassen (siehe neben den von der Vorinstanz aufgeführten Autoren auch BRAND, a.a.O., N. 333 ff. zu Art. 102 AEUV). Bei der Kosten-Preis-Schere handelt es sich sodann um einen zweistufigen Behinderungsmissbrauch, bei den anderen, in Art. 7 Abs. 2 KG geregelten Behinderungsmissbräuchen lediglich um einen einstufigen (vgl. BERG, a.a.O., S. 183). Der Missbrauch besteht nicht allein in einer bestimmten Preis- oder Geschäftspolitik auf einem bestimmten Markt, sondern zum einen darin, dass das marktbeherrschende Unternehmen durch seine Preisstrategie seine Machtstellung im nachgelagerten Zielmarkt ausdehnen sowie dort die Marktstruktur zum eigenen Vorteil und zulasten anderer Marktteilnehmer verändern kann (sog. leveraging-Verstösse [BERG, a.a.O., S. 122 f., 183]), z um anderen darin, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine vertikale Integration und damit verbundenen Vorteile der Möglichkeit zur Quersubvention dazu ausnutzt, Wettbewerb auszuschalten (vgl. BRAND, a.a.O., N. 335 zu Art. 102 AEUV). Insofern weist der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere - wie die Vorinstanz zu Recht hervorgehoben hat - einen eigenständigen Unrechtsgehalt auf. Entscheidend ist eine verknüpfte Marktanalyse, welche sowohl den vorgelagerten als auch den nachgelagerten Markt in einen gemeinsamen Blick nimmt. Die Kosten-Preis-Schere ist deshalb als eigenständige Form eines missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Wie dargelegt, erfüllt das Verhalten der Beschwerdeführerinnen die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG. Was sodann die konkreten Preise der Vorleistung betrifft, so sind diese im Lichte der konkreten Kosten-Preis-Schere ebenfalls unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, was hier allerdings nicht weiter vertieft werden muss.

8. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG und Subsumtion

Zu prüfen ist, ob das Verhalten der Beschwerdeführerinnen einer Sanktion unterliegt.

8.1. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das sich u.a. nach Artikel 7 unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Massnahme nach Art. 49a KG verfügt über einen strafrechtsähnlichen Charakter; Art. 7 EMRK (*nulla poena sine lege*) ist daher grundsätzlich anwendbar (vgl. BGE 144 II 194 E. 5.1 S. 201; 143 II 297 E. 9.1 S. 337). Die Beschwerdeführerinnen vertreten die Auffassung, dass Art. 7 Abs. 1 KG zu unbestimmt für eine Sanktionierung sei.

8.2. Anforderungen nach Art. 7 EMRK

Nach Art. 7 EMRK und Art. 15 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNOPakt II; SR 0.103.2) darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war ("*Nulla poena sine lege*") [Art. 1 StGB]; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 BV). Die Straftat muss im Gesetz klar umrissen sein (vgl. BGE 144 II 297 E. 9.3 S. 338), so dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit vorhersehen kann. So ist etwa der Grundsatz verletzt, wenn jemand wegen eines Verhaltens strafrechtlich verfolgt wird, das im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet wird, wenn das Gericht ein Verhalten unter eine Strafnorm subsumiert, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung der Bestimmung nach den massgebenden Grundsätzen nicht subsumiert werden kann, oder wenn jemand in Anwendung einer Strafbestimmung verfolgt wird, die rechtlich keinen Bestand hat. Art. 7 EMRK und Art. 15 UNO-Pakt II enthalten neben dem Rückwirkungsverbot vor allem ein Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für gesetzliche Straftatbestände. Nur ein hinreichend klar und bestimmt formuliertes Gesetz darf einen Straftatbestand bilden und eine Strafe androhen. Allerdings bedürfen auch Strafgesetze der Auslegung, und die beiden genannten Vorschriften - wie auch Art. 1 StGB und Art. 5 Abs. 1 BV - enthalten kein Verbot der schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften durch richterliche Auslegung. Es ist gerade die Aufgabe der Gerichte, verbleibende Auslegungszweifel zu beheben. Seit jeher behandelt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das geschriebene Gesetzesrecht und die richterliche Rechtsanwendung als Einheit. Ohnehin betont er in nahezu jeder Entscheidung, dass kein Gesetzestext absolute Klarheit vermitteln könne und dass mehr oder weniger offene Formulierungen notwendig seien, um eine übermässige Starrheit des Gesetzes zu vermeiden und das Recht den gesellschaftlichen Entwicklungen anpassen zu können (vgl. JOACHIM RENZIKOWSKI, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Pabel/Schmahel [Hrsg.], 21. Lieferung 2017, N. 53 zu Art. 7 EMRK; WILLIAM A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, 2017, S. 336, 338 f.). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (zum Ganzen BGE 144 II 297 E. 9.3 S. 338 f.; 139 I 72 E. 8.2.1 S. 85 ff. mit umfassenden Hinweisen). So können etwa technische oder relativ unbestimmte Begriffe, die im Allgemeinen zu unbestimmt sein mögen, als Bestandteile von Straftatbeständen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht noch die Bestimmtheitsanforderungen erfüllen (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.1 S. 86 mit zahlreichen Hinweisen).

8.3. Abgleich zwischen Art. 7 EMRK und Art. 7 Abs. 1 KG

Zu prüfen bleibt, ob Art. 7 Abs. 1 KG den Anforderungen des Grundsatzes "keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 7 EMRK und Art. 5 Abs. 1 BV i.Vm. Art. 1 StGB) genügt.

8.3.1. Ob ein Verhalten wettbewerbskonform oder wettbewerbswidrig ist, kann in aller Regel nur einzelfallweise eruiert werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 88 mit Hinweisen; siehe schon Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG] [nachfolgend: Botschaft KG I], BBl 1995 I 468, 519). Die Problemstellungen sind vielfältig und die Sachverhalte komplex. Angesichts dieses Umstands müssen im Kartellrecht wie auch im Straf- und Wirtschaftsstrafrecht offene Normen verwendet werden. Allerdings schadet das nicht: Hier wie dort ist eine Auslegung der Norm und sind Konkretisierungen der Gerichte und der Behörden zulässig (siehe die Beispiele in BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 88).

8.3.2. Nach 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. Als solche Verhaltensweisen fallen nach Art. 7 Abs. 2 KG insbesondere die in den lit. a bis f aufgeführten in Betracht.

8.3.3. Ausgangspunkt jeder Überprüfung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen bildet Art. 7 Abs. 1 KG (BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 87 f.; REINERT, a.a.O., Rz. 4.110). Ein Sachverhalt, der eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens sein könnte, ist nach Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Dabei ist zu prüfen, ob die Unternehmen mit ihrem Verhalten, das in einem Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung besteht, andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (REINERT, a.a.O., Rz. 4.110). Dies gilt selbst für Fälle nach Art. 7 Abs. 2 KG, denn dieser führt nur beispielhaft Verhaltensweisen auf, welche in Betracht fallen können. Die Kriterien von Art. 7 Abs. 1 KG sind in den in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Verhaltensweisen nicht enthalten, weshalb diese nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise indizieren (BGE 139 I 72 E. 10.1.1 S. 103 mit zahlreichen Hinweisen). Für die Frage, ob ein Sachverhalt unter Art. 7 KG fällt, ist somit die Kombination von missbräulichem Verhalten und dessen Wirkung relevant und nicht die Aufzählung in einem Verhaltenskanon. Angesichts dessen verhalten sich Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 KG auch nicht wie Allgemeines zu Speziellem, sondern Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt eine Hilfsfunktion für Art. 7 Abs. 1 KG.

8.3.4. Die Beantwortung der Frage, wann eine Verhaltensweise im Einzelfall missbräulich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ist, ist nicht einfach, da die meisten Verhaltensweisen doppelgesichtig sind (vgl. REINERT, a.a.O., Rz. 4.111; Botschaft KG I, BBl 1995 I 519). Nicht anders verhält es sich auch im vorliegenden Fall mit der Preisstrategie der Beschwerdeführerinnen. Im vorliegenden Fall kommen dem Rechtsanwender bzw. den

Beschwerdeführerinnen allerdings zum einen die in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten möglichen missbräuchlichen Verhaltensweisen, zum anderen die bisherige Fallpraxis und die Literatur zusätzlich zu Hilfe: Art. 7 Abs. 2 KG enthält u.a. Verhaltensweisen preisbezogener Behinderungsmisbräuche. Zur Abklärung, ob der strittige Sachverhalt tatsächlich eine missbräuchliche Verhaltensweise darstellt, mit welcher andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, wird mit einem Kosten-Preis-Vergleich operiert, der in aller Regel auf dem seit längerer Zeit bekannten *as efficient competitor-Test* basiert. Da die Kriterien für die Beantwortung der Frage, ob das Verhalten missbräuchlich ist, allerdings nicht in Art. 7 Abs. 2 KG enthalten sind, sondern in Art. 7 Abs. 1 KG, muss der Kosten-Preis-Vergleich logischerweise ein Instrument sein, das seine Grundlage in Art. 7 Abs. 1 KG hat. Ist der Vergleich aber ein Instrument, das seine Grundlage in Art. 7 Abs. 1 KG hat, können damit grundsätzlich - mit allfälligen Anpassungen - auch andere, nicht in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführte preisbezogene Verhaltensweisen auf ihre Missbräuchlichkeit analysiert werden. Zusätzlich wird Art. 7 Abs. 1 KG im Hinblick auf Kosten-Preis-Scheren dadurch konkretisiert, dass - worauf bereits hingewiesen wurde (E. 7.1 und 7.3 in fine) - Kosten-Preis-Scheren Elemente aufweisen, die auch Elemente der in Art. 7 Abs. 2 aufgeführten Verhaltensweisen sind (vgl. z.B. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 376 zu Art. 7). Auch hier lässt sich aus den bereits genannten Gründen folgern, dass diese ebenfalls in der Missbrauchsanalyse nach Art. 7 Abs. 1 KG berücksichtigt werden müssen. Insofern gewinnt Art. 7 Abs. 1 KG in Bezug auf Kosten-Preis-Scheren dadurch bereits Klarheit.

Verfestigt wird diese Klarheit im vorliegenden Fall zunächst durch die juristische (EU-rechtliche: zur Zulässigkeit der Übernahme oben E. 4.3) Praxis: 1979 im Entscheid *National Carbonising* und 1984 im Entscheid *Napier Brown/British Sugar* hat die Europäische Kommission eine Kosten-Preis-Schere konstatiert und diese als unzulässige Verhaltensweise deklariert. Bereits damals war die ungenügende Marge das Argument für eine unzulässige Verhaltensweise (vgl. ABI. L 35 vom 10.2.1976 S. 6 ff.; ABI. L 284 vom 19.10.1988 S. 41 ff., Rz. 66). Abgesehen davon bildet der US-amerikanische Entscheid *Alcoa* 1945 den historischen Ausgangspunkt für die europäische Regulierung der Kosten-Preis-Schere (BERG, a.a.O., S. 52 ff.). 2003 hat die Kommission in der Sache *Deutsche Telekom* (vgl. ABI. L 263 vom 14.10.2003 S. 9 ff.) ebenfalls auf eine Kosten-Preis-Schere Bezug genommen. Im Jahre 1998 hat sie sodann in der Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich (ABI. C 265 vom 22.8.1998 S. 2 ff.) in Rz. 117 ff. auf die Problematik des doppelten Preisdrecks hingewiesen und dabei ausdrücklich die beiden oben erwähnten Entscheide *Napier Brown/British Sugar* und *National Carbonising* referiert. Parallel dazu hat die juristische Literatur die Problematik der Kosten-Preis-Schere behandelt: SCHLUEP 1972 (a.a.O.) und MESTMÄCKER 1984 (a.a.O.). Nach der Liberalisierung der ehemals monopolisierten Staatsbetriebe nach 1990 haben die juristischen Publikationen in Europa rasant zugenommen (siehe die Hinweise bei HENK-MERTEN, a.a.O., passim; PETZOLD, a.a.O., passim; siehe auch ULRICH

SCHWALBE/DANIEL ZIMMER, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl. 2011, S. 475 ff.; JÖRN KRUSE, Vertikale Integration als Wettbewerbsproblem, in: Kruse/Stockmann/Vollmer [Hrsg.], Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, 1997, S. 247 ff.; INGO SCHMIDT/JUSTUS HAUCAP, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Aufl. 2010, S. 181 ff.).

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerinnen bereits im Schlussbericht vom 12. Februar 2004 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Produktebündel "Talk & Surf" (RPW 2004/2 S. 357 ff., 369 ff.) mit der Kosten-Preis-Schere als allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG konfrontiert wurden. Dabei hat das Sekretariat der WEKO auch auf die Praxis der europäischen Behörden hingewiesen.

8.3.5. Insgesamt lässt sich dadurch der Begriff des Missbrauchs in Art. 7 Abs. 1 KG in Bezug auf Kosten-Preis-Scheren so konkretisieren, dass er im Sinne von Art. 7 EMRK genügend bestimmt ist. Dass im vorliegenden Fall auch Art. 7 Abs. 2 lit. c KG erfüllt ist (vgl. oben E. 7.3), muss angesichts der dargelegten, genügenden Bestimmtheit von Art. 7 Abs. 1 KG nicht weiter vertieft werden.

8.3.6. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, vermag nicht zu überzeugen:

Unbeachtlich ist, ob eine Kosten-Preis-Schere zum ersten Mal in der Schweiz angewendet bzw. durch die Justiz beurteilt wurde oder ob Art. 7 Abs. 1 KG Hinweise dazu enthält. Entscheidend ist, ob ein Verhalten die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt. Würde die Argumentation der Beschwerdeführerinnen stimmen, könnte bei einer Einführung eines neuen Straftatbestandes nie eine Verurteilung erwirkt werden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen erfolgte und erfolgt die Auslegung von Art. 7 Abs. 1 KG eigenständig. Dabei ist es nicht verboten, die ausländische Rechtsprechung und Literatur rechtsvergleichend, was im Übrigen der gesetzgeberischen Intention entsprach (siehe oben E. 4.3 und z.B. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., durchgehend zu Art. 7; CLERC/KÉLLEZI, a.a.O., durchgehend zu Art. 7 II LCart), zu berücksichtigen. Sind in diesem Zusammenhang zudem Normen materiell identisch, so ist in aller Regel auch der Normsinn der Normen identisch, was eine Berücksichtigung der ausländischen Literatur und Rechtsprechung zur Auslegung nahelegt. Im Übrigen sind die Beschwerdeführerinnen ein marktbeherrschendes Unternehmen. Ihnen kommt deshalb eine besondere Verantwortung zu, weshalb sie verpflichtet gewesen wären, sich über die notwendigen rechtlichen Grundlagen zu informieren (siehe auch BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 90). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen sind ferner die Verstösse gegen Art. 7 Abs. 1 KG von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst. Ihre Argumentation in Bezug auf Art. 5 KG ist durch BGE 143 II 297 E. 9.4 und 9.5 S. 339 ff. und BGE 144 II 194 E. 5 S. 201 f. überholt. Abgesehen davon trifft die Differenzierung in Art. 5 KG nicht auf Art. 7 KG zu (so auch ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARION STREBEL, Aufbau und Nutzung von Marktpositionen, in: Schweizerisches

und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, 2005, S. 267 ff, Rz. 8.117).

8.4. Vertrauensschutz

Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen verstösse die verfügte direkte Sanktion gegen den Vertrauensgrundsatz, da die WEKO die hier eingereichten Businesspläne sowie Preis- und Rabattstrukturen des Grosshandels- und Einzelhandelsgeschäfts bereits in der Untersuchung Swisscom ADSL (Verfügung vom 15. Dezember 2003; RPW 2004 407 ff.) als kartellrechtskonform beurteilt habe. Dies trifft nicht zu: Wie die Vorinstanz zu Recht hervorgehoben hat, handelt es sich hier sachlich um eine unterschiedliche wettbewerbsrechtliche Handlung. Abgesehen davon ist die von den Beschwerdeführerinnen angesprochene Verfügung nie rechtskräftig geworden (siehe Vorinstanz K.b). Eine Vertrauensgrundlage liegt insofern gar nicht vor. Ferner hat die WEKO in der damaligen Verfügung eine Verwahrung angebracht, welche die Entstehung einer Vertrauensgrundlage von vorneherein verhindert (vgl. dazu BEATRICE WEBER/DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 81 f.). Zu Recht, denn bei Kosten-Preis-Vergleichen sind die historischen Kosten, welche sich aus der Buchhaltung ergeben, ex post zu analysieren.

8.5. Subsumtion unter den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

8.5.1. Nach den bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass die Beschwerdeführerinnen Unternehmen i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG) sind (vgl. ANDREAS HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung. Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], S. 49 ff., 61), diese - als marktbeherrschend - sich nach Art. 7 KG unzulässig verhalten haben und Art. 7 Abs. 1 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Fraglich ist noch, ob auch das Verschulden gegeben ist (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.6.1 m.w.H. S. 344).

8.5.2. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist ihr Kartellrechtsverstoss ihnen auch subjektiv zurechenbar. Erforderlich ist dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens (vgl. BGE 143 II 344 E. 9.6.2 m.w.H. S. 344 f.; siehe auch YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003 [nachfolgend: Verwaltungsverfahren], in: Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch [Hrsg.], 2004, S. 251 ff., 277 f.). Danach wird ein Unternehmen dann strafbar, wenn ihm Organisationsmängel angelastet werden können, auch ohne dass sich die Straftat einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lässt (vgl. ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, Rz. 260; HANGARTNER, Verwaltungsverfahren, a.a.O., S. 275). Die Sorgfaltspflichten ergeben sich dabei im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG; die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten: So haben marktbeherrschende Unternehmen missbräuchliches Verhalten nach Art. 7 KG zu unterlassen (vgl. BGE 143 II 297

E. 9.6.2 S. 344 f.; siehe auch DOSS, a.a.O., Rz. 261; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 72, 73). Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345; vgl. PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis [nachfolgend: Das revidierte KG], Zäch [Hrsg.], 2006, S. 147 ff., 151; im Ergebnis auch HANGARTNER, Verwaltungsverfahren, a.a.O., S. 277), denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG, über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345; DOSS, a.a.O., Rz. 261; TAGMANN, a.a.O., S. 73).

Wie oben ausgeführt, hätte den Beschwerdeführerinnen bereits aufgrund eines Kosten-Preis-Vergleiches, aber auch aufgrund der juristischen wettbewerblichen Praxis und Literatur bewusst sein müssen, dass ihr Verhalten unter dem Gesichtspunkt von Art. 7 KG problematisch sein könnte, und sie sich deshalb dementsprechend zu informieren gehabt hätten. Dies wäre umso naheliegender gewesen, als die WEKO ca. ab dem Jahre 2001 Vorabklärungen (Art. 26 KG) und Untersuchungen (Art. 27 KG) gegen die Beschwerdeführerinnen eröffnet hat. Dabei hat das Sekretariat bereits im Schlussbericht vom 12. Februar 2004 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Produktebündel "Talk & Surf" (RPW 2004/2 S. 357 ff.) auf die Kosten-Preis-Schere mit den relevanten Kriterien, auf den Kommissionsentscheid Deutsche Telekom und auf die parallele Auslegung von Art. 7 KG und Art. 82 EGV hingewiesen. Aufgrund des damals strittigen Sachverhalts hat es aber eine solche verneint. Insofern waren die Beschwerdeführerinnen also bereits früh in den Stand gesetzt worden, ihr Verhalten im Hinblick auf eine Kosten-Preis-Schere zu prüfen. Offensichtlich haben die Beschwerdeführerinnen dies nicht für notwendig erachtet. Es wäre, worauf bereits die Vorinstanz hingewiesen hat, ein Leichtes gewesen, dem Tatbestand der Kosten-Preis-Schere auszuweichen, indem lediglich die Preise auf dem Vorleistungsmarkt gesenkt worden wären. Die Beschwerdeführerinnen haben trotz aller Anzeichen, dass ihr Verhalten kartellrechtswidrig ist, während Jahren weiterhin bewusst an ihrer Strategie festgehalten, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat.

8.5.3. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, vermag nicht zu überzeugen: Das Verfahren, in welchem der Tatbestand des Art. 49a Abs. 1 KG geprüft und die daraus folgenden Rechtsfolgen ausgesprochen werden, ist ein Verwaltungsverfahren (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.4.2 S. 200; Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.2; siehe auch BGE 140 II 384 E. 3.3.1 S. 390), welches zwar gestützt auf Art. 6 EMRK gewisse Anpassungen erfährt (dazu BGE 139 I 72; 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8; siehe auch HANGARTNER, Verwaltungsverfahren, a.a.O., S. 277 f.). Art. 49a Abs. 1 KG verweist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen weder auf das Strafgesetzbuch noch auf das Verwaltungsstrafverfahren noch die Strafprozessordnung (so auch HANGARTNER, Verwaltungsverfahren, a.a.O., S. 277; siehe auch BGE 140 II 384 E. 3.3.1 S. 389 f.). Die Beschwerdeführerinnen führen an, dass

keine Möglichkeit bestanden habe, das potentielle Verwirklichen einer Kosten-Preis-Schere zu erkennen. Die Entwicklung des Breitbandmarkts sei ab dem Jahre 2000/2001 höchst unsicher gewesen. Das mag zu diesem Zeitpunkt zutreffend gewesen sein. Sanktioniert wird indes nicht der Unternehmer, dessen Prognose nicht eingetroffen ist, sondern derjenige, der über einen bestimmten Zeitraum - wie im vorliegenden Fall - sich nicht wettbewerbskonform verhält. Die Beschwerdeführerinnen sind ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen, das ab einem gewissen Zeitpunkt auf der Grosshandelsebene einen Gewinn erwirtschaftete sowie gleichzeitig und nur wegen der Querfinanzierung Verluste auf der Endproduktebene generieren konnte. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hatte, war der Umstand, dass auf Grosshandelsebene Gewinne und auf der Endprodukteebene Verluste generiert wurden, den Beschwerdeführerinnen bekannt. Abgesehen davon wäre ihnen bis zum Inkrafttreten der Sanktionenregelung (vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.2, nicht publ. in BGE 139 I 72) genügend Zeit verblieben, ihre Strategie anzupassen, was sie unterlassen haben. Die Beschwerdeführerinnen wiederholen weiters Argumente, welche sie bereits im Rahmen der genügenden Bestimmtheit von Art. 7 Abs. 1 KG und beim Vertrauensschutz vorgebracht haben. Diese sind in diesem Zusammenhang ausführlich behandelt und widerlegt worden. Angesichts der gesamten Umstände kann das Handeln der Beschwerdeführerinnen - wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat - wenigstens als fahrlässig bezeichnet werden.

9. Rechtsfolge von Art. 49a Abs. 1 KG: Sanktionierung

9.1. Rechtliche Grundlage

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren (BGE 143 II 297 E. 9.7.1 S. 346). Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien in drei Schritten konkret bestimmt (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG; BGE 144 II 194 E. 6.2 S. 203; 143 II 297 E. 9.7.1 S. 346 m.H.): Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG; nachfolgend E. 9.2) - Anpassung an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG; nachfolgend E. 9.3) - Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG; nachfolgend E. 9.4). Nach Art. 3 SVKG bildet der Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt (nachfolgend E. 9.2): Feststellung der relevanten Märkte (nachfolgend E. 9.2.1) - Umsatz auf diesen (nachfolgend E. 9.2.2) - Anpassung der Sanktionshöhe

an die objektive Schwere des Verstosses (nachfolgend E. 9.2.3). Die ersten beiden Schritte sind tatsächlicher Art, während der dritte wertend ist (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.2 S. 203).

Die Sanktion ist begrenzt; sie kann in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG; Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist entsprechend Art. 5 Abs. 2 BV das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG). Zumutbar ist dabei eine Sanktion grundsätzlich nur dann, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird; logischerweise ist dabei auch dessen Existenz miteingeschlossen. Die Sanktionen sollen schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient. Insofern soll der Bussenbetrag in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Allerdings muss der finanzielle Nachteil so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nicht lohnt (vgl. zum Ganzen BGE 143 II 297 E. 9.7.2 S. 346 f.).

9.2. Ermittlung des Basisbetrags

9.2.1. Relevante Märkte nach Art. 3 SVKG bestimmen sich nach Art. 11 Abs. 3 lit. a und b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4; nachfolgend: VKU; z.B. Doss, a.a.O., Rz. 280). Der sachliche Markt umfasst nach Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

Das konkrete Marktverhalten von Unternehmen hängt unmittelbar davon ab, ob es andere Unternehmen gibt, die vergleichbare Güter oder Leistungen anbieten (oder nachfragen), die mit ihnen im Wettbewerb um die Gunst der Nachfrager (oder Anbieter) nach solchen Gütern oder Leistungen stehen. Dieser Wettbewerb entfaltet eine disziplinierende Wirkung auf die Unternehmen. Dieser Wirkung versuchen sich die Unternehmen durch Wettbewerbsbeschränkungen zu entziehen. Für die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall ist daher die Abgrenzung des jeweils relevanten Marktes im Sinne der Feststellung der relevanten Wettbewerbsbeziehungen unerlässlich (vgl. zum Ganzen BEHRENS, a.a.O., Rz. 814). Ist ein Unternehmen auf verschiedenen Märkten tätig, so liegen auch mehrere relevante Märkte vor (vgl. BERG, a.a.O., S. 148). Sind die Beschwerdeführerinnen auf dem Endkundenmarkt tätig, muss auch für diesen ein relevanter Markt abgegrenzt werden, ansonsten sich nicht beurteilen lässt, ob die anderen Internet Service Provider mit demselben Produkt bzw. Leistung im Wettbewerb mit den Beschwerdeführerinnen stehen (vgl. EuG Telefonica, Rn. 112, siehe auch 8, 19). Dies hat die Vorinstanz mit der WEKO und entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen richtig erkannt, wenn sie für die Sanktionsbemessung sowohl den Grosshandelsmarkt als auch den Einzelhandelsmarkt berücksichtigt hat.

9.2.2.

9.2.2.1. Der Umsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG wird aufgrund der Jahresrechnung der Unternehmen festgestellt (vgl. MANI REINERT, in: BSK KG, a.a.O., N. 104, 120 ff. zu Art. 9 KG; BGE 127 III 219 E. 4a S. 225). Bei Konzernsachverhalten ist der jeweilige Konzernumsatz massgebend, der sich grundsätzlich aus der Konzernrechnung ergibt (vgl. DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, in: SIWR Bd. I/2, 3. Aufl. 2011, Rz. 1328; LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, S. 175).

9.2.2.2. Die Beschwerdeführerinnen machen im Wesentlichen geltend, dass die Vorinstanz entgegen Art. 5 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4; nachfolgend: VKU) konzerninterne Umsätze bei der Bestimmung des Basisbetrags nach Art. 3 SVKG einbezogen hätte. Im Übrigen verletze dies auch Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 8 und 9 BV.

9.2.2.3. Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG spricht vom Umsatz, definiert diesen Begriff indessen nicht. Auch die Art. 49a KG konkretisierende Sanktionsverordnung, insbesondere Art. 3 SVKG, ist nicht hilfreich. Aus diesem Grund nimmt die Literatur und Rechtsprechung Bezug auf die Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Das Bundesgericht hat bei der Berechnung des Umsatzes bislang nur auf Art. 4 VKU verwiesen (vgl. BGE 143 II E. 9.7.2 S. 347; so bereits Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.2, nicht publ. in BGE 139 I 72; so auch Doss, a.a.O., Rz. 282). Art. 49a Abs. 1 KG - ebenso Art. 50 und Art. 51 Abs. 2 KG - nimmt nur Bezug auf Art. 9 Abs. 3 KG und nicht auf den gesamten Art. 9 KG (in diesem Sinne auch JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Kartellgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N. 14 i.f. zu Art. 49a KG). Die Literatur geht jedenfalls zu Recht davon aus, dass bei der Anwendung der Bestimmungen der VKU diese nur soweit anwendbar sind, als sie überhaupt passen (vgl. z.B. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK KG, a.a.O., N. 45 zu Art. 49a KG; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire romand, N. 26 zu Art. 49a LCart), was auch das Wort "sinngemäss" nahelegt.

9.2.2.4. Nach Art. 5 Abs. 2 VKU sind bei der Berechnung des Gesamtumsatzes eines beteiligten Unternehmens die Umsätze aus Geschäften zwischen den in Absatz 1 genannten Unternehmen nicht zu berücksichtigen. Art. 5 Abs. 2 VKU passt aus mehreren Gründen und entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht auf den vorliegenden Sachverhalt:

Zusammenschlussvorhaben werden kartellrechtlich relevant, wenn sie einen Grenzbetrag erfüllen (Art. 9 KG; Aufgreifkriterium). Für die Berechnung der Grenzbeträge nach Art. 9 Abs. 1-3 KG sind die Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen massgebend (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VKU). Die Art. 4 ff. VKU regeln die Berechnung. Dabei schliesst Art. 5 Abs. 2 VKU für die Berechnung des Gesamtumsatzes eines beteiligten Unternehmens die Geschäfte zwischen den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen aus. Der Grund hierfür ist, dass die Umsätze die wirkliche Stärke des

beteiligten Unternehmens im Markt widerspiegeln sollen (vgl. MANI REINERT, in: BSK KG, a.a.O., N. 115 zu Art. 9 KG; siehe auch Berichtigung der konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10 ff., Rz. 167), denn nur die wirkliche Stärke der beteiligten Unternehmen bildet den Anlass für die kartellrechtliche Relevanz des Zusammenschlussvorhabens. Insofern ist Art. 5 Abs. 2 VKU gar nicht Ausfluss des Konzernprivilegs, wie die Beschwerdeführerinnen suggerieren. Dies bestätigt im Übrigen auch Art. 5 Abs. 1 VKU. Danach umfasst der Umsatz eines beteiligten Unternehmens neben denjenigen aus eigener Geschäftstätigkeit auch die Umsätze der mit ihm in einer wirtschaftlichen Einheit bzw. in einem Konzern "verbundenen Unternehmen" (vgl. DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, 2. Lieferung 1997, N. 47 zu Art. 9 KG).

Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um ein Zusammenschlussvorhaben. Diese Ausgangslage passt auch nicht analog auf den hier strittigen Sachverhalt. Denn im vorliegenden Fall besteht - wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat - die unzulässige Verhaltensweise gerade im Verbund der beiden Unternehmen. Damit eine Kosten-Preis-Schere überhaupt funktioniert, muss - wie bereits dargelegt - notwendigerweise eine vertikale Integration vorliegen. Die kartellrechtswidrige Verhaltensweise macht sich hier insofern die Konzernstruktur zu Nutze; sie profitiert von der Doppelstellung, mit welcher sie einen zweifachen Preisdruck aufbauen kann. Vertikal integrierte Unternehmen können damit die Preise der vor- und nachgelagerten Produkte und damit gleichzeitig zwei Marktebenen verbinden. Im vertikal integrierten Unternehmen fallen die horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeziehungen ineins.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen kommen Art. 5 und 7 KG in casu auch nicht konzernintern zur Anwendung; relevant ist das unzulässige, kartellrechtswidrige Verhalten gegenüber Dritten, das sich die Konzernstruktur zu Nutze gemacht hat. Die Beschwerdeführerinnen sind vor Vorinstanzen solidarisch behaftet worden. Dies ist nur möglich, wenn beiden Beschwerdeführerinnen kartellrechtswidriges Verhalten vorgeworfen werden kann (vgl. z.B. PHILIPP CANDREAIA, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, 2007, Rz. 370). Insofern haben beide Beschwerdeführerinnen kartellrechtswidrig gehandelt und von der Konzernstruktur profitiert. Würde Art. 5 Abs. 2 VKU in einem solchen Fall Anwendung finden, würden die Beschwerdeführerinnen wegen ihrer Verhaltensweise zudem noch begünstigt, was nicht der Intention des Gesetzgebers bei Einführung der Sanktionen entsprechen hat.

9.2.2.5. Die Beschwerdeführerinnen monieren sodann vergebens, dass das Vorgehen der Vorinstanz der konstanten Praxis der WEKO widerspreche und darum ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot vorliege. Die Beschwerdeführerinnen verkennen, dass weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht bei der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen an die Praxis der Verwaltungsbehörden gebunden sind, andernfalls der

verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Abgesehen davon, trifft der Vorwurf auch nicht zu, da die bisherige Praxis keinen Fall einer Kosten-Preis-Schere betrifft.

9.2.2.6. Für die Bestimmung der Sanktionsgrundlage ist auf das wettbewerbswidrige Verhalten vom 1. April 2004 - 31. Dezember 2007 abzustellen. Massgebend ist somit der Umsatz, den die Beschwerdeführerinnen auf den relevanten Märkten jeweils in den Jahren 2005, 2006 und 2007 erzielt haben. Als Sanktionsgrundlage resultiert entsprechend den korrekten vorinstanzlichen Ausführungen ein Gesamtumsatz in der Höhe von 1'691'244'000.-- CHF (= 1'691,244 Mio. CHF).

9.2.3.

9.2.3.1. Schliesslich ist die Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses anzupassen. Während die WEKO die Sanktion mit 10% des massgeblichen Umsatzes angesetzt hat, ist die Vorinstanz gestützt auf ihre Ausführungen von einer Sanktion mit 8% des massgeblichen Umsatzes ausgegangen. Die Beschwerdeführerinnen vertreten indes die Auffassung, dass mangels schwerwiegenden Verstosses "der Basisbetrag [...] bei maximal 2 % des relevanten Umsatzes festzulegen" sei. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass es sich nur bei Tatbeständen nach Art. 7 Abs. 2 KG um schwerwiegende Missbrauchstatbestände handle, die Praxis der WEKO von geringeren Basisbeträgen ausgehe, der zu beurteilende Fall besonders sei und nur ein geringer Schuldvorwurf bestehe.

9.2.3.2. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird der Sanktionsbetrag u.a. nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens bestimmt. Art. 3 SVKG hält konkretisierend fest, dass der Basisbetrag nach Schwere und Art des Verstosses gebildet wird. Unter Schwere ist die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4 S. 204). Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential, und zu berücksichtigen ist zudem u.a. der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4 S. 204).

9.2.3.3. Ausgangspunkt für die Bestimmung des Basisbetrags bildet der Verstoss, d.h. die Kosten-Preis-Schere. Wie bereits dargelegt, hat im vorliegenden Fall die Kosten-Preis-Schere aufgrund des unentbehrlichen Einsatzgutes auf der vorgelagerten Marktstufe wettbewerbsbehindernde Auswirkungen. Insofern haben die Beschwerdeführerinnen die möglichen Gewinnmargen ihrer Wettbewerber im nachgelagerten Markt so beschnitten, dass diese nicht mehr konkurrenzfähig waren und langfristig aus dem Markt ausgeschieden wären, weshalb dadurch der Wettbewerb insgesamt im nachgelagerten Markt beeinträchtigt wurde. Es handelt sich somit um eine missbräuchliche Marktverschliessung, welche einen echten Wettbewerb unter den Endproduktanbietern wirksam unterband. Dass Kosten-Preis-Scheren als solche wettbewerbsrechtlich besonders problematisch sind, zeigt auch der Umstand, dass die EU-Kommission diese in ihre Prioritätenmitteilung (a.a.O.) aufgenommen hat (Rz. 2 i.V.m. Rz. 80). Mit der Prioritätenmitteilung hat die Kommission ihre Prioritäten in Bezug auf Wettbewerbsbeeinträchtigung kundgetan.

Insofern ist das abstrakte Gefährdungspotential und auch der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung (siehe auch MATTI MEYER, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, 2014, S. 25; PETZOLD, a.a.O., S. 96) sehr gross. Insgesamt wurden alle Konkurrenten der Beschwerdeführerinnen auf dem Endproduktmarkt während den Jahren 2001-2007 behindert.

Die Beschwerdeführerinnen machen allerdings geltend, dass es sich nur bei Tatbeständen nach Art. 7 Abs. 2 KG um schwerwiegende Missbrauchstatbestände handle. Diese Auffassung ist falsch: Wie bereits oben ausgeführt, ist primär zu prüfen, ob eine Verhaltensweise unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ist. Trifft dies zu, kann sie allenfalls einem Regelbeispiel von Art. 7 Abs. 2 KG zugeordnet werden. Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 KG unterscheiden sich nicht qualitativ. Die aufgeführten Beispiele bilden Entlastungen für den Rechtsanwender bei der Rechtsauslegung von Art. 7 Abs. 1 KG. Auch trifft es nicht zu, dass im Parlament die in Art. 7 Abs. 2 KG genannten Beispiele als schwerwiegendere Missbrauchstatbestände bezeichnet worden sind. Die von den Beschwerdeführerinnen angeführte Wortmeldung bezieht sich auf Art. 7 KG insgesamt und macht keinen qualitativen Unterschied zwischen Art. 7 Abs. 1 und 2 KG (AB 1995 S 858). Auch der Vergleich mit Art. 5 KG ist im Übrigen unpräzis: Denn auch bei Art. 5 KG ist das Verhalten (d.h. die Abreden) das entscheidende Kriterium und nicht die Verortung der Abreden in Art. 5 Abs. 1 oder Abs. 3 bzw. 4 KG (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.4 und 5.2.5 S. 317 f.; 144 II 194 E. 6.4 S. 205). Art. 49a Abs. 1 KG macht ferner keinen qualitativen Unterschied zwischen einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 und einer unzulässigen Verhaltensweise nach Art. 7 KG.

Nicht zu beanstanden ist deshalb, dass die Vorinstanz von einem mittelschweren bis schweren Verstoss ausgegangen ist und den Basisbetrag auf 8 % festgesetzt hat. Es ist nicht ersichtlich, dass sie ihr Ermessen pflichtwidrig ausgeübt hätte.

9.3. Erhöhung des Basisbetrags

Nach Art. 4 Satz 1 SVKG wird der Basisbetrag um bis zu 50 Prozent erhöht, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren dauerte. Unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus und des Verhältnismässigkeitsprinzips ist es nicht bundesrechtswidrig, den Basisbetrag um jeweils 10 Prozent pro angefangenes Jahr für die Dauer von einem bis fünf Jahren stufenweise zu erhöhen (vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.4, nicht publ. in BGE 139 I 72).

Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass bei einem Wettbewerbsverstoss mit Dauercharakter von Anfang an über die jeweilige Zeitdauer im Wesentlichen die gleichen Wirkungen zuzusprechen seien, weshalb unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bereits während der ersten fünf Jahre eine stufenweise Erhöhung um 0,8333 % je angefangenem Monat, seit dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, vorzunehmen sei. Dies wird von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten. Bestritten wird indes die von der Vorinstanz vom 1. April 2004 bis mindestens 31. Dezember 2007 festgelegte Dauer. Sie vertreten die

Auffassung, dass die Rabattgewährleistung im Jahre 2007 kein unzulässiges Verhalten mehr darstelle. Dass diese Auffassung unzutreffend ist, wurde bereits weiter oben festgehalten (siehe oben E. 6.3.4). Insofern dauerte das wettbewerbswidrige Verhalten vom 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2007, was eine Dauer von 45 Monaten ergibt. Dementsprechend hat die Vorinstanz nicht gegen Bundesrecht verstossen, wenn sie den Basisbetrag um 37,5% ($45 \times 0,8333 = 37,4985$) erhöht hat.

9.4. Mildernde Umstände

Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26-30 KG beendet, wird nach Art. 6 Abs. 1 SVKG der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 vermindert. Es ist zwar zutreffend, dass Art. 6 Abs. 1 Satz 1 SVKG nicht abschliessend ist. Allerdings müssen - wie der erste Satz selber nahelegt - die eigenen Massnahmen derart sein, dass die wettbewerbswidrigen Handlungen aus eigenem Antrieb eingestellt werden. In jedem Fall stellen die Argumente der Beschwerdeführerinnen (Erstmaligkeit einer Kosten-Preis-Schere, vermeintliche andere Praxis und Vertrauensgrundlage durch Wettbewerbsbehörden, geringfügiges Verschulden, kein schwerwiegender Missbrauchstatbestand, keine schwerwiegende Kosten-Preis-Schwere) keine mildernde Umstände dar.

9.5. Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips

Schliesslich vertreten die Beschwerdeführerinnen die Auffassung, dass angesichts ihrer bei den mildernden Umständen vorgetragenen Argumente, der geringen Schwere des Normverstosses, des ausserordentlich geringen Verschuldens und des ersten Falles einer Kosten-Preis-Schere das Verhältnismässigkeitsprinzip krass verletzt würde. Dies trifft nicht zu: Wie bereits festgehalten, sind der Normverstoss und das Verschulden keineswegs gering. Nachdem die Beschwerdeführerinnen zudem bereits früh auf ihre mögliche problematische Verhaltensweise unter Hinweis auf die Praxis und Rechtsprechung aufmerksam gemacht wurden, kann auch keine Rede davon sein, dass bei ihnen eine Kosten-Preis-Schere überraschend diagnostiziert wurde. Insgesamt ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips vorliegt.

10. Kosten und Parteientschädigung

Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 100'000.-- werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Beschluss des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 8. Juli 2019 in Sachen A. AG, gegen B. betreffend Abschluss Werkstattvertrag
-----	---

Beschluss vom Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 8. Juli 2019 in Sachen A. ___ AG, vertreten durch [...], Klägerin gegen B. ___, vertreten durch [...], Beklagte betreffend Abschluss Werkstattvertrag (Art. 5 und Art. 7 KG)

zieht die Zivilkammer des Obergerichts in Erwägung:

I.

1.1 Die A. ___ AG mit Sitz in [...], Kanton Solothurn, bezweckt dem Handelsregisterauszug zufolge die Führung von Garagebetrieben, insbesondere umfassend Handel, Vermietung, Reparatur und Wartung von Motorfahrzeugen beziehungsweise Ersatzteilen (Urk. 3a). Die in [...], Italien, domizilierte B. ___ befasst sich unter anderem mit der Konstruktion von Kraftfahrzeugen, dem Einzelhandel mit Produkten der Marke «[...]», dem Grosshandel mit Komponenten und Zubehör für Kraftfahrzeuge und Marketingaktivitäten zur Unterstützung der Markenentwicklung (Urk. 4b). Die beiden Firmen hatten am 21. Oktober 2016 einen Letter of Intent (Urk. 2) vereinbart. Sie hielten darin unter anderem fest, «dass die A. ___ AG Interesse an einem exklusiven Vertrieb von Fahrzeugen der Marke [...] im Verkaufsgebiet [...] bekundet; sich bereit erklärt, alle organisatorischen und kommerziellen Anforderungen zu erfüllen, die von [...] für die Entwicklung und den Verkauf der Fahrzeuge und der anderen [...] Markenprodukte auf dem Territorium verlangt werden sowie die Parteien beabsichtigen, die Möglichkeit zu prüfen, eine Vereinbarung über die Ernennung zum Vertragshändler und zur Vertragswerkstatt zu treffen» (Umschreibung gemäss der Zusammenfassung in der Stellungnahme der Klägerin vom 10. Januar 2019, RZ 29).

1.2 Am 29. August 2018 reichte die A. ___ AG beim Obergericht gegen die B. ___ eine Klage ein, betreffend «Abschluss Werkstattvertrag [...] mit marktmächtiger [...] (Art. 7 / Art. 5 KG)». Konkret beruft sie sich auf einen ihr zustehenden kartellrechtlichen Anspruch auf Erhaltung der Geschäftsbeziehung beziehungsweise die unzulässige Verweigerung der Geschäftsbeziehung. Die Klägerin stellte dabei folgende Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, mit der Klägerin einen Service- und Ersatzteilvertrag für die Marke «[...]» zu marktüblichen Konditionen abzuschliessen oder durch ihre Tochtergesellschaft, [...]

(Schweiz) AG, abschliessen zu lassen. Die Beklagte sei vertraglich namentlich zu verpflichten,

- a) der Klägerin den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlich sind.
 - b) die Klägerin mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marke als zugelassene Werkstatt erforderlichen Originalersatzteilen zu nichtdiskriminierenden Konditionen zu beliefern.
 - c) der Klägerin sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marke als zugelassene Werkstatt erforderlichen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen.
 - d) der Klägerin auch weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen «[...]» Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren.
 - e) der Klägerin die Durchführung von und Entschädigung für Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) für Personenfahrzeuge der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt zu gewähren.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin Schadenersatzansprüche, insbesondere infolge des Kartellrechtsverstosses der Beklagten vorbehält.
 3. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.

Gestützt auf den gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlass vorsorglicher und superprovisorischer Massnahmen verfügte der Präsident der Zivilkammer am 3. September 2018 unter anderem Folgendes (Ziffer 3 der Verfügung):

Die B. ___ wird superprovisorisch verpflichtet:

- a) der Klägerin den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen

technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke «[...]» als zugelassene Werkstatt erforderlich sind.

- b) die Klägerin mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke «[...]» als zugelassene Werkstatt erforderlichen Originalersatzteilen zu nichtdiskriminierenden Konditionen zu beliefern.
- c) der Klägerin sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke «[...]» als zugelassene Werkstatt erforderlichen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen.
- d) der Klägerin auch weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen «[...]»-Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren.
- e) der Klägerin die Durchführung von und Entschädigung für Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) für Personenfahrzeuge der Marke «[...]» als zugelassene Werkstatt zu gewähren.

Mit Verfügung vom 28. September 2018 wurde in Ergänzung dazu für den Fall der Widerhandlung gegen die Verpflichtung gemäss Ziffer 3 der Verfügung vom 3. September 2018 den verantwortlichen Organen und geschäftsführenden Organen der B.____ die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB mit Busse angedroht (Ziffer 3 der Verfügung). Der Beklagten wurde zudem Gelegenheit eingeräumt, zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen Stellung zu nehmen. Diese Stellungnahme erfolgte am 21. November 2018, verbunden mit den Anträgen, die mit Verfügung vom 3. September 2018 angeordneten superprovisorischen Massnahmen sofort aufzuheben und auf den Antrag betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht einzutreten, eventualiter den Antrag betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen. Die Beklagte machte insbesondere geltend, das angerufene Obergericht des Kantons Solothurn sei zur Beurteilung der Streitsache örtlich unzuständig. Am 17. Dezember 2018 reichte die Beklagte sodann die Klageantwort ein. Sie stellt das Rechtsbegehren, auf die Klage vom 29. August 2018 nicht einzutreten, eventualiter die Klage abzuweisen.

Der Präsident der Zivilkammer hatte der Klägerin am 26. November 2018 Frist gesetzt, eine Stellungnahme zur örtlichen Zuständigkeit einzureichen. Die Klägerin reichte diese Stellungnahme am 10. Januar 2019 ein. Die Beklagte replizierte auf diese Stellungnahme mit einer unaufgeforderten Eingabe vom 23. Januar 2019. Zusätzlich reichten beide Parteien unaufgefordert weitere, kürzere Eingaben ein.

2.1 Am 4. Februar 2019 verfügte der Präsident der Zivilkammer unter Hinweis auf Art. 125 lit. a Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272), das Hauptverfahren werde auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkt. Er nahm dabei in Aussicht, betreffend die Frage der örtlichen Zuständigkeit auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten und setzte den Parteien Frist, um sich

zu dieser Frage zu äussern. Zudem hielt er fest, der Entscheid über den Erlass von vorsorglichen Massnahmen werde gleichzeitig mit dem Entscheid über die Frage der Zuständigkeit im Hauptverfahren gefällt, wobei die superprovisorischen Massnahmen gemäss den Verfügungen vom 3. und 28. September 2018 einstweilen aufrechterhalten würden. Die Beklagte erklärte am 8. Februar 2019, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung betreffend die Frage der örtlichen Zuständigkeit zu verzichten. Die Klägerin teilte am 25. Februar 2019 mit, sie verzichte nicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung.

2.2 Die Hauptverhandlung zur Frage der örtlichen Zuständigkeit fand am 2. Mai 2019 statt. Die Parteien vereinbarten an dieser Verhandlung, das Verfahren bis 31. Mai 2019 zwecks Vergleichsverhandlungen zu sistieren. Für den Fall eines Scheiterns der Vergleichsverhandlungen ersuchten sie das Gericht, ohne weitere Verhandlung das Urteil über die örtliche Zuständigkeit zu fällen. Das Obergericht beschloss hierauf, ohne Mitteilung der Parteien bis 31. Mai 2019 werde das Urteil über die örtliche Zuständigkeit ohne weitere Verhandlung gefällt (Ziffer 2 des Beschlusses).

2.3 Mit Verfügung vom 5. Juni 2019 wurde festgestellt, dass bis 31. Mai 2019 von keiner Partei eine Mitteilung im Sinne von Ziffer 2 des Beschlusses vom 2. Mai 2019 eingegangen sei. Einen Tag zuvor (4. Juni 2019) hatte die Klägerin mit einer unaufgeforderten Stellungnahme darum ersucht, eine Mediation im Sinne von Art. 213 ff. ZPO anzuordnen. Weiter stellte sie die Anträge, es sei ihr zu genehmigen, die in einer neu eingereichten Beilage genannten Fahrzeuge umgehend zu verkaufen und den Verkaufserlös auf einem Gerichtskonto zu hinterlegen. Die Beklagte sei zu verpflichten, ihr die für den Verkauf erforderlichen Dokumente auszuhändigen. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, vor einer Rückgabe der Fahrzeuge den Gesamtpreis aller Fahrzeuge in Höhe von CHF 493'008.30 auf einem Gerichtskonto zu hinterlegen. Die Beklagte stellte in ihrer Stellungnahme zu dieser Eingabe fest, dass die Sache spruchreif sei. Eine Mediation erachte sie als nicht zielführend, weshalb dieser Antrag abzuweisen sei. Auch die weiteren Anträge der Klägerin entbehrten jeglicher rechtlichen Grundlage, weshalb sie abzuweisen seien, soweit überhaupt darauf eingetreten werden könne. Am 14. beziehungsweise 17. Juni 2019 reichten die Parteivertreter ihre Honorarnoten ein. Die Klägerin ersuchte am 21. Juni 2019 unter Hinweis auf das Replikrecht um Ansetzung einer Frist von 15 Tagen zur Einreichung einer Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten vom 14. Juni 2019. Der Präsident der Zivilkammer entsprach diesem Begehren am 24. Juni 2019 teilweise und bot der Klägerin die Gelegenheit, sich innerhalb einer unerstreckbaren Frist bis 4. Juli 2019 zur Stellungnahme der Beklagten vom 14. Juni 2019 zu äussern. Am 4. Juli 2019 reichte die Klägerin ihre angekündigte «unaufgeforderte Stellungnahme» zur Stellungnahme der Beklagten vom 14. Juni 2019 ein. Sie hält darin an ihren in der Klage vom 29. August 2018 und in der Eingabe vom 4. Juni 2019 gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich und unverändert fest.

3. Vorweg ist zu den Anträgen der Klägerin vom 4. Juni 2019 Stellung zu nehmen. Das Obergericht beschloss

am 2. Mai 2019, ohne Mitteilung der Parteien bis 31. Mai 2019 werde das Urteil über die örtliche Zuständigkeit ohne weitere Verhandlung gefällt. Bis 31. Mai 2019 ging von keiner Seite her eine Mitteilung ein. Gestützt auf den Beschluss vom 2. Mai 2019 ist damit festzuhalten, dass die Streitsache nach unbenutztem Ablauf der Frist spruchreif geworden ist. Ausstehend ist nur noch der Nichteintretens- oder der Zwischenentscheid (Art. 236 Abs. 1 oder Art. 237 Abs. 1 ZPO). Die Anträge der Klägerin vom 4. Juni 2019 sind deshalb verspätet. Zudem haben sie nichts mit dem auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkten Verfahrensgegenstand zu tun. Auf die Anträge ist folglich nicht einzutreten. Das gilt auch für das Begehren um Anordnung einer Mediation, da ein solcher Antrag von beiden Parteien erfolgen muss (Art. 214 Abs. 2 ZPO). Angesichts des bisherigen Verlaufs des Verfahrens macht es abgesehen davon auch keinen Sinn mehr, den Parteien eine Mediation zu empfehlen (Art. 214 Abs. 1 ZPO).

4. Die auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkte Streitsache ist wie erwähnt spruchreif. Gleichzeitig kann auch über die Anträge auf Erlass vorsorglicher Massnahmen befunden werden. Für die Parteienstandpunkte wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachstehend darauf einzugehen.

II.

1.1 Die Klägerin stützt ihre Klage auf das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251). Das Obergericht ist als einzige kantonale Instanz zur Beurteilung kartellrechtlicher Streitigkeiten sachlich zuständig (§ 30 Abs. 1 lit. b Gesetz über die Gerichtsorganisation [GO, BGS 125.12] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO). Umstritten und im vorliegenden Verfahren zu beurteilen ist die örtliche Zuständigkeit. Die örtliche Zuständigkeit ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Wenn eine Prozessvoraussetzung fehlt, tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

1.2 Die Klägerin erachtet das Obergericht des Kantons Solothurn als örtlich zuständig. Sie macht zusammenfassend geltend, der eingeklagte kartellrechtliche Anspruch auf Abschluss eines Vertrages beziehungsweise gegen die Verweigerung einer Geschäftsbeziehung sei als unerlaubte Handlung zu qualifizieren. Bei internationalen Sachverhalten sehe Art. 5 des Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ, SR 0.275.12) eine Zuständigkeit am Sitz der geschädigten Person vor. Die Gerichtsstandsklausel im Letter of Intent erfasse den geltend gemachten kartellrechtlichen Anspruch nicht. Der Anspruch aus Art. 7 KG sei von einer allfälligen Gerichtsstandsklausel nicht tangiert. Sie mache keine Ansprüche aus dem bisherigen Vertragsverhältnis geltend. Die Beklagte könne ihr gestützt auf den nota bene beendeten Letter of Intent keinen Gerichtsstand aufzwingen, da die Gerichtsstandsregelung nicht hinreichend bestimmt formuliert sei. Da die Wettbewerbskommission nicht tätig werden wolle und an die Zivilgerichte verweise, wende sie sich an das gemäss dem Schweizer Verfahrensrecht,

das heisst ZPO und LugÜ, örtlich zuständige Gericht, das Obergericht des Kantons Solothurn.

1.3 Die Beklagte wendet im Wesentlichen ein, es entbehre «jeder Logik, zu behaupten, dass bei einem LOI, der gerade auf den zukünftigen Abschluss eines Vertrages zielt und einen verbindlichen Anspruch auf einen Abschluss ausdrücklich ausschliesst (Art. 4.1 LOI), ein paralleler (angeblicher) Anspruch aus unerlaubter Handlung auf Abschluss eines zukünftigen Vertragsverhältnisses nicht ebenfalls vom sachlichen Anwendungsbereich der Gerichtsstandsvereinbarung erfasst wird» (Stellungnahme vom 23. Januar 2019, Ziff. 10.1). Eine Partei eines Letter of Intent werde selbstverständlich erst nach dem Scheitern von Vertragsanbahnungsbemühungen versucht sein, eine künftige Vertragsbeziehung gerichtlich durchzusetzen. Auf angebliche Ansprüche, die wie vorliegend noch während der Verhandlung der Parteien über die Einhaltung der Kriterien des Letter of Intent erhoben würden, müsse die Gerichtsstandsvereinbarung aufgrund des unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs anwendbar sein. Die Auslegung der fraglichen Gerichtsstandsklausel zeige zudem, dass es sich um eine weit gefasste Klausel handle und für die Parteien eines Vertragsanbahnungsverhältnisses voraussehbar gewesen sei, dass sämtliche Rechtsbehelfe, die auf die gerichtliche Durchsetzung eines Vertragsabschlusses gerichtet seien, dem gewählten Gerichtsstand unterständen. Für die vorliegende Rechtsstreitigkeit hätten die Parteien rechtsgültig die ausschliessliche Zuständigkeit der Gerichte in [...], Italien, vereinbart, weshalb das angerufene Obergericht des Kantons Solothurn örtlich unzuständig sei.

2.1 Die Klägerin hat ihren Sitz in der Schweiz, die Beklagte in Italien. Da die Parteien somit in unterschiedlichen Vertragsstaaten des LugÜ domiziliert sind, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Für die Beurteilung der Frage der Zuständigkeit sind daher einzig die Bestimmungen des LugÜ massgebend (Art. 1 Abs. 2 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht [IPRG, SR 291]).

2.2.1 Gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ kann eine Person dann, wenn eine unerlaubte Handlung Gegenstand des Verfahrens bildet, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, verklagt werden. Falls die Parteien vereinbart haben, dass ein Gericht eines durch das Übereinkommen gebundenen Staates über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden soll, ist der Bestimmung von Art. 23 Ziff. 1 LugÜ zufolge das Gericht dieses Staates zuständig. Das Gericht dieses Staates ist ausschliesslich zuständig, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

2.2.2 Der Deliktgerichtsstand von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ist nicht nur für unerlaubte Handlungen im engeren Sinne anwendbar, sondern auch für Ansprüche, die auf Widerhandlungen gegen das Kartellgesetz basieren (Dieter A. Hofmann/Oliver M. Kunz, in: Basler Kommentar Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. 2016, N 479 zu Art. 5 LugÜ, mit weiteren Hinweisen). Die Klägerin macht geltend, die Verweigerung von Lieferungen von Ersatzteilen sowie

die Nicht-Erbringung von Aftersales Dienstleistungen verstosse gegen das Kartellrecht. Dieses schädigende Ereignis wirke sich an ihrem Sitz in [...], Kanton Solothurn, aus. Gestützt auf diese Vorbringen ist davon auszugehen, dass die Zuständigkeit am Deliktgerichtsstand, das heisst im Kanton Solothurn, grundsätzlich gegeben ist.

2.3 Der Gerichtsstand von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ist dispositiv. Die Parteien können mittels einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ eine andere Zuständigkeit vereinbaren. Gerichtsstandsklauseln können nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich auch unerlaubte Handlungen, die auf behaupteten Verletzungen des Kartellrechts beruhen, umfassen. Die Frage, ob auch behauptete Ansprüche aus unerlaubter Handlung aus Kartellrechtsverletzungen von einer Gerichtsstandsvereinbarung erfasst werden, beurteilt sich nach dem Kriterium der Vorhersehbarkeit (EuGH, 21. Mai 2015, C-352/13, Cartel Damage Claims [CDC] Hydrogen Peroxide SA gegen Akzo Nobel NV u.a., Nr. 57 ff.). Der Rechtsprechung des EuGH ist bei der Auslegung des Lugano-Übereinkommens grundsätzlich zu folgen (BGE 135 III 185, E. 3.2).

2.4 Die Beklagte macht geltend, die in Ziffer 8.2 des Letter of Intent (Urk. 2) vereinbarte Gerichtsstandsklausel stehe der Zuständigkeit des angerufenen Obergerichts des Kantons Solothurn entgegen. Ziff. 8.2 des Letter of Intent lautet wie folgt: «Any dispute concerning this Letter of Intent or the rights and/or the obligations arising there from, which cannot be friendly settled by the Parties within 30 days following the transmission of the notice relating such dispute from one Party to the other Party, will be within the exclusive jurisdiction of the Courts of [...], with exclusion of any other alternative jurisdictions».

2.5.1.1 Die Klägerin brachte gegen die Anwendbarkeit der Gerichtsstandsvereinbarung anlässlich der von ihr beantragten Hauptverhandlung im Wesentlichen noch drei Einwände vor (vgl. schriftlicher erster Parteivortrag, S. 9 ff.). Zunächst beruft sie sich auf Art. 7 des am 21. Oktober 2016 unterzeichneten Letter of Intent. Dieser sei nach einem Jahr am 21. Oktober 2017 automatisch ausgelaufen. Er sei weder verlängert noch sei ein neuer Letter of Intent abgeschlossen worden. Ebenso wenig hätten die Parteien einen faktischen Händler- oder Servicevertrag formalisiert. Sie habe mehrfach vor Klageeinleitung einen Antrag auf förmlichen Abschluss eines Vertrages, namentlich eines Service- und Ersatzteilvertrages gestellt. Da somit keine formalisierte Vereinbarung über die Zusammenarbeit der Parteien existiere, bestehe auch keine Vereinbarung darüber, welches Gericht zuständig sein solle, wenn es um die Beurteilung kartellrechtlicher Ansprüche gehe. Der Letter of Intent sei nicht gültig, weil er abgelaufen sei und das faktische Vertragsverhältnis enthalte keine Regelung zur örtlichen Zuständigkeit zwischen den Parteien. Die Gerichtsstandsvereinbarung des abgelaufenen Letter of Intent sei für den formellen Neuabschluss des Vertrages nicht anwendbar. Anwendbar sei daher der Gerichtsstand, der sich aus dem Kartellrecht ergebe.

2.5.1.2 Die Parteien hatten in Art. 7 des Letter of Intent Folgendes vereinbart, «This Letter of Intent will automat-

ically become ineffective should one of the following events occur: a) signing of the Agreement; b) expiration of the term of October 21st 2017 or any other further term agreed in writing by the Parties». Wie die Klägerin vorbringt und auch unbestritten ist, war der Letter of Intent am 21. Oktober 2017 ausgelaufen und die Parteien haben seither weder einen neuen Letter of Intent abgeschlossen noch sind sie sonstwie eine förmliche vertragliche Beziehung eingegangen. Die angestrebte vertragliche Beziehung kam aus Gründen, die von den Parteien unterschiedlich dargestellt werden, nicht zustande. Damit ist aber nicht gesagt, dass die vorliegende Streitigkeit nicht in den Anwendungsbereich der Gerichtsstandsklausel von Art. 8.2 des Letter of Intent fällt.

2.5.1.3 Die Parteien regelten im Letter of Intent die zwischen ihnen geplante Vertragsanbahnung. Für allfällige Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesen Vertragsanbahnungsbemühungen erklärten sie gemäss Art. 8.2 die Gerichte in [...], Italien, als zuständig. Wie die Beklagte nun zu Recht bemerkt, liegt es in der Natur von Vertragsanbahnungsbemühungen, dass eine Partei versucht sein kann, gestützt auf einen Letter of Intent oder die im Rahmen der Vertragsanbahnung vorgenommenen Handlungen, den Abschluss eines Vertrages gerichtlich zu erzwingen. Die gerichtliche Durchsetzung einer zukünftigen Vertragsbeziehung stellt wohl in der Tat den Hauptanwendungsfall des Vertragsanbahnungsprozesses und damit den mittels einer Gerichtsstandsklausel in einem Letter of Intent zu regelnden Standardfall dar.

Die Parteien hatten den Anspruch auf Abschluss eines Vertrages in Art. 4.1 des Letter of Intent ausdrücklich ausgeschlossen («The Parties acknowledge that, except for the provision contained in the following article 5, this Letter of Intent does not constitute an agreement between the Parties and does not provide any obligations on the same Parties. Therefore, the Parties will be completely free to evaluate whether or not to enter into the Agreement assumed under the above articles»). Eine Gerichtsstandsklausel, wie sie die Parteien in Art. 8.2 Letter of Intent vereinbarten, macht somit nur dann Sinn, wenn davon sämtliche Rechtsbehelfe, die auf die gerichtliche Durchsetzung eines Vertragsabschlusses gerichtet sind, dem gewählten Gerichtsstand unterstellt sind. Andernfalls wäre die Umgehung der Gerichtsstandsvereinbarung ein Leichtes und eine solche Gerichtsstandsbestimmung bliebe weitgehend toter Buchstabe. Der Einwand der Klägerin, da die Parteien aktuell in keiner vertraglichen Beziehung stünden, bestehe auch keine Vereinbarung darüber, welches Gericht zuständig sein solle, wenn es um die Beurteilung kartellrechtlicher Ansprüche gehe, spricht daher nicht gegen die Anwendbarkeit der Gerichtsstandsklausel.

2.5.2 Zweitens macht die Klägerin geltend, selbst wenn man davon ausginge, die Gerichtsstandsklausel des Letter of Intent sei anwendbar, erfasse sie nicht konkurrierende deliktische Ansprüche. Dies wäre überraschend und würde gegen eine zurückhaltende Auslegung verstossen. Einzige Anspruchsgrundlage sei das Kartellrecht.

Auch dieses Argument überzeugt nicht. Wie erwähnt, schlossen die Parteien im Letter of Intent einen An-

spruch auf Abschluss eines künftigen Vertrages aus (Ziffer 4.1). Daraus folgt nicht, dass ein zum ausgeschlossenen vorvertraglichen Anspruch paralleler Anspruch aus unerlaubter Handlung nun nicht mehr von der Gerichtsstandsklausel erfasst werden kann. Die Regelung im Letter of Intent zeigt im Gegenteil auf, dass die Parteien die gerichtliche Durchsetzung eines zukünftigen Vertrages unabhängig von der Rechtsgrundlage durch den Letter of Intent regeln wollten. Der Wortlaut der Klausel ist weit gefasst, soll sie doch jegliche Streitigkeiten, die den Letter of Intent betreffen («... concerning this Letter of Intent ...») und eine unbeschränkte Art von Streitigkeiten («... any dispute ...») als auch Streitigkeiten die den Letter of Intent nur betreffen («... concerning ...») umfassen. Von einer derartigen Gerichtsstandsklausel sind auch vertragsnahe Ansprüche beziehungsweise allfällig konkurrierende Ansprüche aus unerlaubter Handlung miterfasst (Bernhard Berger, in: Basler Kommentar Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. 2016, N 36 f. zu Art. 23 LugÜ). Zutreffend weist die Beklagte vor diesem Hintergrund darauf hin, dass für die Klägerin im Zeitpunkt des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung hinreichend voraussehbar war, dass sämtliche Rechtsbehelfe, die auf die gerichtliche Durchsetzung eines Vertragsabschlusses gerichtet sind und in einem zeitlich relevanten Zusammenhang zur Anbahnung der Geschäftsbeziehungen auf der Basis des Letter of Intent stehen, von der Gerichtsstandsklausel erfasst werden.

2.5.3 Drittens vertritt die Klägerin die Meinung, der Wortlaut der Gerichtsstandsklausel sei zu unbestimmt formuliert, so dass diese zum Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei nicht extensiv ausgelegt werden dürfe. Auch damit spricht sie die Frage der Vorhersehbarkeit an. Die Frage ist zu bejahen. Ziel des Letter of Intent war der Abschluss eines künftigen Vertrages (vgl. insbesondere die Bestimmungen unter dem Titel «Whereas»). Die Durchsetzung dieses Vertrages wurde im Letter of Intent ausdrücklich thematisiert (Ziffer 4.1). Dazu kommt, dass die Klägerin selber – wie aus den von ihr eingereichten Urkunden 12 und 14 hervorgeht – in Bezug auf kartellrechtliche Streitigkeiten nicht unerfahren ist. Ein Streit in der Art des vorliegenden war für die Klägerin bei Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung deshalb durchaus vorhersehbar.

2.5.4 Entgegen der Behauptung der Klägerin bedeutet die Massgeblichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung trotz beendetem Letter of Intent nicht, dass diese damit «für alle Ewigkeit» (Stellungnahme der Klägerin vom 10. Januar 2019, RZ 12) anwendbar wird. Selbstredende Voraussetzung für die Anwendung der Gerichtsstandsvereinbarung ist nämlich, dass die vorliegend eingeklagten Ansprüche in einem zeitlichen Zusammenhang zum Letter of Intent stehen. Und dieser zeitliche Zusammenhang liegt offensichtlich vor: Die Klage erfolgte während der Zeit, als sich die Parteien um den Abschluss eines definitiven Vertrages bemühten, was dann aber aus Gründen, die von ihnen unterschiedlich dargelegt werden, scheiterte. Unbegründet ist schliesslich auch der Vorwurf der Klägerin, die Gerichtsstandsklausel sei ihr aufgezwungen worden. Es liegen keine Anhaltspunkte

vor, wonach sie den Letter of Intent nicht freiwillig unterzeichnet hätte.

2.5.5 Zusammenfassend steht damit fest, dass die in Ziffer 8.2 des Letter of Intent enthaltene Gerichtsstandsklausel den von der Klägerin eingeklagten Anspruch mitumfasst. In dieser Gerichtsstandsklausel haben die Parteien die Zuständigkeit der Gerichte in [...], Italien, vereinbart. Das Obergericht des Kantons Solothurn ist deshalb örtlich nicht zuständig. Da folglich eine Prozessvoraussetzung fehlt, ist auf die Klage nicht einzutreten.

3. Der Präsident der Zivilkammer verfügte am 3. beziehungsweise 28. September 2019 superprovisorische Massnahmen. Der Verfügung vom 4. Februar 2019 zufolge wird der Entscheid über den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gleichzeitig mit dem vorliegenden Entscheid über die Frage der Zuständigkeit im Hauptverfahren gefällt.

Mit der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids fallen die superprovisorischen Massnahmen von Gesetzes wegen dahin (Art. 268 Abs. 2 ZPO), weshalb sich ein formeller Entscheid an sich erübrigt. Abgesehen davon steht angesichts des Ausgangs des Verfahrens so oder so fest, dass auf das Gesuch nicht eingetreten werden könnte und die superprovisorisch verfügten Massnahmen auch aus diesem Grund aufzuheben wären. Der Klarheit und Vollständigkeit halber ist im Dispositiv festzustellen, dass die Ziffern 3 der Verfügungen vom 3. und 28. September 2018 aufgehoben sind (Thomas Sprecher, in: Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N 32 zu Art. 268 ZPO).

4. Die Prozesskosten des Verfahrens gehen dem Ausgang entsprechend zu Lasten der Klägerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für die von der Klägerin zu bezahlende Parteienschädigung kann grundsätzlich auf die Honorarnote der Rechtsvertretung der Beklagten abgestellt werden. Diese macht einen Aufwand von total 390.10 Stunden geltend und ersucht, die Entschädigung nach dem Höchstansatz gemäss § 160 Abs. 2 Gebührentarif (GT, BGS 615.11) von CHF 330.00 pro Stunde festzulegen. Dem Begehren ist zu entsprechen. Zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7 % resultiert damit eine Parteienschädigung von total CHF 138'645.45.

Demnach wird **beschlossen**:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Es wird festgestellt, dass die Ziffern 3 der Verfügungen vom 3. und 28. September 2018 aufgehoben sind.
3. Die Gerichtskosten von [...] auferliegen der A. ____ AG. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die A. ____ AG hat der B. ____ eine Parteienschädigung von [...] zu bezahlen.

[Rechtsmittel]

C 1	2. Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 29. Oktober 2019 in Sachen A. AG, gegen B. AG betreffend vorsorgliche Massnahmen
-----	---

Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 29. Oktober 2019 in Sachen A. ___ AG, vertreten durch [...], Klägerin und Gesuchstellerin gegen B. ___ AG, vertreten durch [...], Beklagte und Gesuchsgegnerin betreffend vorsorgliche Massnahmen (Abschluss von Service-Verträgen; Kartellrecht)

Erwägungen

1.

Die B. AG (nachfolgend: Beklagte) mit Sitz in C. ist Importeurin von Neufahrzeugen der Marken "X" und "Y" und vertreibt Ersatzteile für Fahrzeuge dieser Marken in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein. Sie hat dafür ein selektives Vertriebs- und Werkstattnetz eingerichtet.

Die A. AG (nachfolgend: Klägerin) mit Sitz in Luzern war seit 1937 für Fahrzeuge der Marke "X" und seit 1967 für Fahrzeuge der Marke "Y" als zugelassene Sales- und After-Sales-Vertragspartnerin tätig. Es bestanden zwei Händlerverträge für den Verkauf von Fahrzeugen der besagten Marken sowie zwei Serviceverträge für die besagten Marken. Die letzten Verträge zwischen den Parteien wurden unbefristet mit Gültigkeit ab 1. Januar 2005 abgeschlossen.

Am 2. Februar 2016 kündigte die Beklagte sowohl die beiden Händlerverträge als auch die beiden Serviceverträge per 28. Februar 2018. In der Folge ersuchte die Klägerin wiederholt um den Abschluss neuer Serviceverträge ab März 2018. Im Dezember 2017 kamen die Parteien überein, dass die Klägerin die Kundendienstaktivitäten für die beiden Marken für einen befristeten Zeitraum vom 1. März 2018 bis 28. Februar 2019 weiterführen konnte. Ersuchen der Klägerin auf Weiterführung der Geschäftsbeziehung über dieses Datum hinaus wurden von der Beklagten abgelehnt.

2.

Mit Klage vom 31. Januar 2019 (Postaufgabe; Eingang 5.2.2019) gelangte die Klägerin an das Kantonsgericht Luzern und stellte folgende Anträge (amtl.Bel. 1):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, mit der Klägerin jeweils einen Service-Vertrag für die Marken "X" und "Y" zu marktüblichen Konditionen mit Beginn 1. März 2019 abzuschliessen. Die Beklagte sei namentlich zu verpflichten,
 - a) den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlich sind;
 - b) die Klägerin mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlichen Ori-

ginalersatzteilen zu nichtdiskriminierenden Konditionen zu beliefern;

- c) der Klägerin sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlichen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen;
 - d) der Klägerin weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen "X" und "Y" -Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewährleisten;
 - e) der Klägerin die Durchführung von und Entschädigung für Free Service Arbeiten (Gratis-Service – vergütet von B. AG) und Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) für Personenfahrzeuge der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt zu gewähren.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.

Weiter stellte die Klägerin folgende prozessuale Anträge:

3. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1, eventualiter gemäss Ziff. 1 a) - e), seien für die Dauer des Verfahrens vorsorglich anzuordnen.
4. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 i.V.m. 3 seien bis zum Massnahmeentscheid superprovisorisch und ohne Anhörung der Beklagten anzuordnen.
5. Es sei nach Massgabe von Art. 15 Abs. 1 KG bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten über die kartellrechtlich relevanten Fragen einzuholen, namentlich (i) zur Bestimmung des relevanten Marktes, (ii) zur marktbeherrschenden Stellung der Beklagten auf dem relevanten Markt (Art. 4 Abs. 2 KG) sowie (iii) zum Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 Abs. 2 KG) infolge der Verweigerung einer Geschäftsbeziehung nach Ziff. 1.
6. Es seien nach Massgabe von Art. 156 ZPO die erforderlichen Massnahmen (i.S.v. Rz 263 ff.) zum Schutz der Gefährdung schutzwürdiger Interessen der Klägerin durch die Beweisabnahme der Beilage 55 "Unterlagen Struktur Fahrzeugalter" zu treffen.

3.

Das Massnahmegesuch wurde gleichzeitig mit der Klage im Hauptprozess eingereicht. Das Kantonsgericht führt die Hauptsache unter der Fallnummer 1A 19 1 und das Massnahmeverfahren unter der Fallnummer 1F 19 2.

4.

4.1.

Im Massnahmeverfahren wurde der Antrag der Klägerin auf superprovisorischen Erlass von Massnahmen mit Entscheid vom 6. Februar 2019 (amtl.Bel. 4) abgewiesen. Begründet wurde dies im Wesentlichen mit dem Umstand, dass Kontrahierungspflichten, wie sie vorliegend (vorsorglich) beantragt werden, einer sorgfältigen Interessenabwägung bedürfen und eine Stellungnahme der Gegenpartei grundsätzlich voraussetzen (vgl. amtl.Bel. 4 S. 5).

Der Beklagten wurde gleichentags Frist zur Stellungnahme zum Massnahmegesuch bis 20. Februar 2019 gesetzt (amtl.Bel. 2). Auf Ersuchen der von der Beklagten mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragten Rechtsvertreter vom 13. Februar 2019 (amtl.Bel. 7) wurde die Frist letztmalig bis 4. März 2019 erstreckt (amtl.Bel. 8).

4.2.

Mit Gesuch vom 23. Februar 2019 ergänzte die Klägerin ihre Klageanträge (kursiv) wie folgt (amtl.Bel. 9):

1^{bis} Es sei der Beklagten zu verbieten, Kundendaten der Klägerin an Dritte, insbesondere andere Garagisten, die weiterhin die Vertretung der betreffenden Marken innehaben weiterzuleiten.

3. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1, eventualiter gemäss Ziff. 1 a) - e), seien für die Dauer des Verfahrens vorsorglich anzuordnen. *Das gleiche gilt für die Massnahme gemäss 1^{bis}.*

4. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 i.V.m. 3 seien bis zum Massnahmeentscheid superprovisorisch und ohne Anhörung der Beklagten anzuordnen. *Das gleiche gilt für die Massnahme gemäss 1^{bis}.*

4^{bis} Aufgrund neuer erheblicher Tatsachen sei das in Ziff. 4 gestellte – und mit Entscheid vom 6. Februar 2019 abgelehnte – Gesuch um superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Ziff. 1 neu zu beurteilen.

4.3.

Am 26. Februar 2019 entschied das Kantonsgericht was folgt (amtl.Bel. 10):

1.1. Die Beklagte wird superprovisorisch und mit sofortiger Wirkung angewiesen,

a) der Klägerin einstweilen den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlich sind;

b) die Klägerin einstweilen mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlichen Originalersatzteilen zu nichtdiskriminierenden Konditionen zu beliefern;

c) der Klägerin einstweilen sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlichen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen;

d) der Klägerin einstweilen weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen "X" und "Y" -Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren;

e) der Klägerin einstweilen die Durchführung von und Entschädigung für Free Service Arbeiten (Gratis-Service – vergütet von B. AG) und Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) für Personenfahrzeuge der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt zu gewähren.

1.2. Der Beklagten wird superprovisorisch und mit sofortiger Wirkung verboten, Kundendaten der Klägerin an Dritte, insbesondere andere Garagisten, die weiterhin die Vertretung der betreffenden Marken innehaben, weiterzuleiten.

Begründet wurde dies im Wesentlichen mit dem Umstand, dass die Beklagte sich in den Tagen zuvor an die Kunden der Klägerin gewandt und ihnen (u.a.) mitgeteilt hatte, dass die Klägerin ab 1. März 2019 kein offizieller Service-Partner mehr sein werde und kein möglicher Ansprechpartner für Garantie- und Freeservice-Arbeiten sowie Rückruf- und Service-Aktionen mehr sein könne, und dass ohne Gegenbericht innert vier Wochen die Kundendaten automatisch dem nächstgelegenen Vertragspartner übermittelt würden. Damit rechtfertigte es sich, nur, aber immerhin jene Massnahmen superprovisorisch anzuordnen, welche der einstweiligen Erhaltung des status quo dienen (vgl. amtl.Bel. 10 S. 4 f.).

4.4.

In ihrer Stellungnahme vom 4. März 2019 zu den Massnahmegesuchen stellte die Beklagte folgende Anträge (amtl.Bel. 11):

1. Die mit Entscheid vom 26. Februar 2019 angeordneten superprovisorischen Massnahmen seien aufzuheben.

2.a Auf die Gesuche der Gesuchstellerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten.

2.b Eventualiter seien die Gesuche der Gesuchstellerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen vollumfänglich abzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchstellerin.

Weiter stellte die Beklagte folgende prozessuale Eventualanträge:

1. Soweit auf das Gesuch der Gesuchstellerin eingetreten wird, sei der Antrag der Gesuchstellerin auf Einholung eines Gutachtens der Wettbewerbskommission gemäss Art. 15 Abs. 1 KG abzuweisen.

2. Soweit auf das Gesuch der Gesuchstellerin eingetreten wird, sei der Antrag der Gesuchstellerin, Massnahmen nach Art. 156 ZPO in Bezug auf die klägerische Beilage 55 anzuordnen, abzuweisen und der Gesuchsgegnerin die klägerische Beilage 55 ungeschwärzt zuzustellen.

4.5.

Die Stellungnahme der Beklagten wurde der Klägerin zur Orientierung zugestellt; ein zweiter Schriftenwechsel wurde – entgegen der späteren Darstellung der Klägerin (vgl. amtl.Bel. 38 S. 6 und dazu amtl.Bel. 39) – nicht angeordnet (vgl. amtl.Bel. 12).

Am 12. März 2019 ersuchte die Klägerin unter Berufung auf das unbedingte Replikrecht um Ansetzung einer Frist, um sich zur Stellungnahme der Beklagten zu äussern (amtl.Bel. 13). Mit als "Replik" bezeichneter Eingabe vom 4. April 2019 hielt sie innert antragsgemäss erstreckter Frist an ihren bisherigen Rechtsbegehren fest und stellte einen zusätzlichen prozessualen Antrag auf Massnahmen nach Art. 156 ZPO betreffend kläg.Bel. 83a, 83b und 86 (amtl.Bel. 21). Innert antragsgemäss erstreckter Frist hielt die Beklagte mit Stellungnahme vom 13. Mai 2019 an ihren Rechtsbegehren fest und stellte einen neuen prozessualen Antrag, es seien neu aufgestellte Tatsachenbehauptungen und neu eingereichte Beweismittel der Klägerin für unzulässig zu erklären und aus dem Recht zu weisen, sowie einen prozessualen Eventualantrag, es sei im Eintretensfall der zusätzliche prozessuale Antrag der Klägerin abzuweisen und es seien ihr auch die besagten Belege ungeschwärzt zuzustellen (amtl.Bel. 25). Mit als "Triplik" bezeichneter Eingabe vom 7. Juni 2019 hielt die Klägerin innert antragsgemäss angesetzter und erstreckter Frist im Rahmen des unbedingten Replikrechts an ihren bisherigen Rechtsbegehren fest und beantragte die Abweisung des Antrags der Beklagten betreffend die Unzulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel (amtl.Bel. 29). In ihrer Stellungnahme vom 4. Juli 2019 hielt die Beklagte an ihren bisherigen Rechtsbegehren fest (amtl.Bel. 33).

Mit Gesuch um Ergänzung der provisorischen und superprovisorischen Massnahmen vom 31. Juli 2019 stellte die Klägerin folgenden neuen (kursiv) Antrag (amtl.Bel. 37):

- 1^{ter} Es sei der Beklagten zu verbieten, Kundendaten der Klägerin an Dritte, insbesondere andere Garagisten, die weiterhin die Vertretung der betreffenden Marken innehaben, zwecks Abschluss einer Anschlussgarantie für Fahrzeuge der Marken "X" und "Y" weiterzuleiten.*
3. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1, eventualiter gemäss Ziff. 1 a) - e), seien für die Dauer des Verfahrens vorsorglich anzuordnen. Das gleiche gilt für die Massnahme gemäss 1^{bis}. *Das gleiche gilt für die Massnahme gemäss 1^{ter}.*
4. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 i.V.m. 3 seien bis zum Massnahmeentscheid superprovisorisch und ohne Anhörung der Beklagten anzuordnen. Das gleiche gilt für die Massnahme

gemäss 1^{bis}. *Das gleiche gilt für die Massnahme gemäss 1^{ter}.*

- 4^{bis} Aufgrund neuer erheblicher Tatsachen sei das in Ziff. 4 gestellte – und mit Entscheid vom 6. Februar 2019 abgelehnte – Gesuch um superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Ziff. 1 neu zu beurteilen.

- 4^{ter} *Aufgrund neuer erheblicher Tatsachen sei das in Ziff. 4 gestellte Gesuch um superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Ziff. 1^{ter} zu ergänzen.*

Mit als "Quintuplik" bezeichneter Eingabe vom 5. August 2019 hielt die Klägerin innert antragsgemäss angesetzter und erstreckter Frist im Rahmen des unbedingten Replikrechts an ihren bisherigen Rechtsbegehren fest und stellte neu den prozessualen Antrag, es sei zur Hauptverhandlung über die vorsorglichen Massnahmen vorzuladen (amtl.Bel. 38). Mit Verfügung vom 9. August 2019 wurde das Gesuch auf superprovisorische Anordnung der Massnahme gemäss Antrag Ziff. 1^{ter} abgewiesen; den Parteien wurde mitgeteilt, dass ohne Weiterungen über die vorsorglichen Massnahmen entschieden werde, sobald eine der Parteien auf ihr Replikrecht verzichtet habe; der Beklagten wurde die Eingabe vom 5. August 2019 zur Orientierung und das Gesuch vom 31. Juli 2019 zur Stellungnahme zugestellt (amtl.Bel. 39). In ihrer Stellungnahme vom 2. September 2019 hielt die Beklagte innert antragsgemäss erstreckter Frist fest, dass an den bisher gestellten Rechtsbegehren und Anträgen festgehalten werde und dies auch für das neue Gesuch der Klägerin gelte, und dass auf eine Stellungnahme zur Eingabe vom 5. August 2019 verzichtet werde (amtl.Bel. 43). Mit Eingabe vom 23. September 2019 hielt die Klägerin innert antragsgemäss angesetzter Frist im Rahmen des unbedingten Replikrechts an ihren bisherigen Rechtsbegehren fest (amtl.Bel. 47). In ihrer Eingabe vom 27. September 2019 verzichtete die Beklagte auf eine Stellungnahme zur Eingabe vom 23. September 2019 (amtl.Bel. 49). Dem Ersuchen der Klägerin vom 2. Oktober 2019 auf neuerliche Fristansetzung für eine Stellungnahme (amtl.Bel. 52) wurde mit Verfügung vom 4. Oktober 2019 nicht entsprochen (amtl.Bel. 53). Mit "unaufgeforderter Eingabe" vom 7. Oktober 2019 hielt die Klägerin an ihren bisherigen Rechtsbegehren fest (amtl.Bel. 54). Sodann beantragte die Klägerin mit Eingabe vom 7. Oktober 2019 die Sistierung des Massnahmeverfahrens für vorerst 30 Tage (amtl.Bel. 56). In ihrer Stellungnahme vom 11. Oktober 2019 beantragte die Beklagte die Abweisung des Sistierungsgesuchs (amtl.Bel. 58). Mit Verfügung vom 14. Oktober 2019 wurde das Sistierungsgesuch abgewiesen (amtl.Bel. 59).

4.6.

Gesuche um vorsorgliche Massnahmen werden im summarischen Verfahren beurteilt (Art. 248 lit. d der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]), das vom Bemühen um Prozessbeschleunigung geprägt ist. Eine mündliche Verhandlung ist nur dort vorgeschrieben, wo es das Gesetz ausdrücklich verlangt (Art. 256 Abs. 1 ZPO). In allen anderen Fällen und damit auch vorliegend entscheidet das Gericht, ob das Summarverfahren als Aktenprozess oder mit mündlicher Verhandlung durchgeführt wird. Vorliegend wurde der

Beklagten Gelegenheit gegeben, zum Gesuch der Klägerin schriftlich Stellung zu nehmen (vgl. oben E. 4.1). Ein zweiter Schriftenwechsel ist in Art. 253 ZPO, der den Ablauf des Schriftenwechsels im Summarverfahren regelt, nicht vorgesehen, sodass sich angesichts der Natur des Summarverfahrens Zurückhaltung bei der Anordnung eines solchen aufdrängt (BGer-Urteil 5A_82/2015 vom 16.6.2015 E. 4.1). Vorliegend wurde der Klägerin die Stellungnahme der Beklagten vom 4. März 2019 zur Orientierung zugestellt (vgl. oben E. 4.5). Damit trat grundsätzlich der Aktenschluss ein. Die Beschränkung auf einen einfachen Schriftenwechsel ändert indes nichts daran, dass den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV das Recht zusteht, zu jeder Eingabe der Vorinstanz oder der Gegenpartei Stellung zu nehmen und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält. Dies gilt auch in Summarverfahren. Hat das Gericht, wie vorliegend, keinen zweiten Rechtsschriftenwechsel angeordnet, reicht jedoch eine Partei eine "Replik" ein, wobei sie von ihrem unbedingten verfassungsmässigen Recht Gebrauch macht, sind in diesem Fall keine Noven zulässig, jedoch ergibt sich aus den Anforderungen an das rechtliche Gehör, dass die Stellungnahme im Übrigen zu berücksichtigen ist (BGE 144 III 117 E. 2.1-2.3). Dies gilt vorliegend analog für die weiteren Eingaben der Parteien (vgl. oben E. 4.5).

Vor Ablauf von zehn Tagen durfte das Gericht jeweils nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen (BGer-Urteil 5D_112/2013 vom 15.8.2013 E. 2.2.3; LGVE 2015 I Nr. 3; vgl. auch amtl.Bel. 39).

5.

5.1.

Die örtliche Zuständigkeit für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist in Art. 13 ZPO geregelt: Zwingend zuständig das Gericht am Ort, an dem a) die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder b) die Massnahme vollstreckt werden soll.

Die Klägerin muss die Zuständigkeit der angerufenen Massnahmeinstanz glaubhaft machen (Ruggle, Basler Komm., 3. Aufl. 2017, Art. 13 ZPO N 13). Abzustellen ist auf den eingeklagten Anspruch und dessen Begründung (vgl. BGE 141 III 294 E. 5.2).

Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 ff. des Schweizerischen Kartellgesetzes (KG, SR 251) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat (u.a.) Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung (Art. 12 Abs. 1 lit. a KG). Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht auf Antrag des Klägers (u.a.) anordnen, dass der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen haben (Art. 13 lit. b KG).

Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage, die Beklagte sei zu verpflichten, mit ihr jeweils einen Service-Vertrag für die Marken "X" und "Y" zu marktüblichen Konditionen mit Beginn 1. März 2019 abzuschliessen. Sie macht einen Anspruch aus Kartellrecht geltend, welcher durch eine unerlaubte Handlung (Beschränkung des Wettbewerbs) begründet worden sei. Für Klagen aus unerlaubter

Handlung ist grundsätzlich das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig (Art. 36 ZPO). Da Art. 36 ZPO die Gerichtsstände für die unerlaubten Handlungen nicht für zwingend erklärt, können die Parteien vertraglich davon abweichen und eine andere Zuständigkeit vereinbaren (Art. 9 Abs. 1 ZPO und Art. 17 ZPO; Hempel, Basler Komm., 3. Aufl. 2017, Art. 36 ZPO N 29).

5.2.

Die Beklagte macht die örtliche Unzuständigkeit des Kantonsgerichts Luzern geltend und beantragt gestützt darauf Nichteintreten auf das Massnahmegesuch. Sie beruft sich dabei auf die in den Serviceverträgen vom 1. Januar 2005 (kläg.Bel. 5 und 6) enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarungen sowie insbesondere auf den Entscheid des Kantonsgerichtspräsidiums Obwalden vom 2. Mai 2018 (ausführlich amtl.Bel. 11 S. 8-26 und 71-75). Dieser Entscheid, mit dem auf das dortige Massnahmegesuch nicht eingetreten wurde, betraf eine im Wortlaut identische Gerichtsstandsvereinbarung in einem zwischen einem Obwaldner Garagisten und der Beklagten geschlossenen "Y"-Servicevertrag vom 1. Juni 2006; der Obwaldner Garagist beantragte, wie vorliegend die Klägerin, in der Hauptsache die Verpflichtung der Beklagten zum Abschluss eines neuen Servicevertrags, zeitlich im Anschluss an den von der Beklagten gekündigten bisherigen Vertrag (bekl.Bel. 3).

5.3.

Die beiden Serviceverträge vom 1. Januar 2005 (kläg.Bel. 5 und 6) – bei deren Abschluss die Klägerin ihren Sitz in Luzern und die Beklagten den ihren in Zürich hatte (gemäss Handelsregister erfolgte im August 2013 die Sitzverlegung von Zürich nach C.; vgl. auch amtl.Bel. 25 S. 14) – enthalten jeweils in Ziff. 7.4 folgende Klausel:

Gerichtsstand für beide Vertragspartner ist Zürich. Dieser Vertrag unterliegt schweizerischem Recht.

Leistungs- und Erfüllungsort ist Zürich.

Die Parteien vereinbaren für sämtliche Streitigkeiten die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich. Davon abweichend kann der Importeur Klagen aus diesem Vertragsverhältnis am Sitz oder Wohnort der jeweiligen Gegenpartei einklagen. Dieser Vertrag unterliegt dem schweizerischen materiellen Recht unter Ausschluss seiner Kollisionsnormen. Ferner schliessen die Parteien die Anwendung des UN-Übereinkommens über Verträge über den internationalen Warenkauf, soweit dieses überhaupt Anwendung findet, aus.

Die Parteien werden versuchen, jeden Streit, jede Auseinandersetzung oder jeden Anspruch, die aus oder in Verbindung mit diesem Servicevertrag entstehen, miteinander gütlich zu regeln. Kann innert eines Monats keine gütliche Regelung erreicht werden, können die Parteien den Streit einem gemeinsam bestimmten unabhängigen sachverständigen Dritten vorlegen. Der Importeur und der Servicepartner tragen die durch den Beizug eines sachverständigen Dritten je zur Hälfte. Der Entscheid des sachverständigen

digen Dritten ist verbindlich, wenn keine der Parteien innert 30 Tagen seit Eröffnung des Entscheids den Richter anruft.

5.4.

Die Gültigkeit dieser Gerichtsstandsklausel richtet sich nach dem damals geltenden Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG). Mit der Beklagten und dem Obergerichtspräsidium Obwalden ist festzuhalten, dass es nach Massgabe von Art. 9 GestG und Art. 25 GestG zulässig war, eine Gerichtsstandsvereinbarung über die örtliche Zuständigkeit zu treffen, da der Begriff der unerlaubten Handlung im Zusammenhang mit den Zuständigkeitsvorschriften bereits im Geltungsbereich des GestG weit auszulegen war und auch Wettbewerbsbehinderungen nach Kartellrecht umfasste und da die in Art. 25 GestG genannten alternativen Gerichtsstände nicht zwingend waren (vgl. Entscheid OGP OW vom 2.5.2018 [bekl.Bel. 3] E. 1.3.2, mit Hinweisen, u.a. auf BGE 112 II 279; BGer-Urteil 4C.142/2006 vom 25.9.2006 E. 2; Jacobs/Giger, Basler Komm., Basel 2010, N 21 f. und 30 zu Art. 14 KG; vgl. auch Hempel, a.a.O., Art. 36 ZPO N 7). Aufgrund der hinreichenden Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit des vereinbarten Gerichts und des Rechtsstreits – hier der Beschränkung auf Streitigkeiten aus den Serviceverträgen vom 1. Januar 2005 – ist die Gerichtsstandsvereinbarung sodann grundsätzlich gültig zustande gekommen (vgl. OGP OW, a.a.O., E. 1.3.3, mit Hinweisen). Mit der Beklagten und dem Obergerichtspräsidium Obwalden ist schliesslich festzuhalten, dass die Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit der Disposition der Parteien entzogen ist, was vorliegend zur Teilnichtigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung in sachlicher Hinsicht ("Handelsgericht"), entgegen der Auffassung der Klägerin (amtl.Bel. 1 S. 12 f.) aber nicht zur Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung führt und somit die Vereinbarung in örtlicher Hinsicht trotzdem Gültigkeit erlangt hat (vgl. OGP OW, a.a.O., E. 1.3.4, mit Hinweisen, u.a. auf BGE 143 III 558 E. 4.1.1). Zusammenfassend waren die vorliegend zur Diskussion stehenden Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich zulässig und wurden in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit grundsätzlich gültig abgeschlossen.

5.5.

In Bezug auf ihre inhaltliche Tragweite ist die Gerichtsstandsklausel auslegungsbedürftig, da ein übereinstimmender Wille der Vertragsparteien, wonach sie bei Vertragsabschluss auch kartellrechtliche Ansprüche hätten regeln wollen, weder behauptet noch dargetan ist. Die Auslegung von Gerichtsstandsklauseln erfolgt nach den üblichen Regeln. Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 132 III 268 E. 2.3.2).

Mit dem Obergerichtspräsidium Obwalden ist festzuhalten, dass die eigentliche Gerichtsstandsklausel (Ziff. 7.4 Abs. 1-3, vgl. oben E. 5.3) restriktiv gefasst ist, indem sie sich ausschliesslich auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag bezieht (vgl. OGP OW, a.a.O., E. 1.4.2.2). Mit dem Obergerichtspräsidium Obwalden kann indes unter Berücksichtigung des systematischen Elements der

Auslegung und damit unter Berücksichtigung der nachfolgenden Streitbeilegungsklausel (Ziff. 7.4 Abs. 4: Versuch einer aussergerichtlichen, gütlichen Einigung betreffend "jeden Streit, jede Auseinandersetzung oder jeden Anspruch, die aus oder in Verbindung mit diesem Servicevertrag entstehen", vgl. oben E. 5.3) geschlossen werden, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung nicht nur auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag bezieht, sondern auch auf solche, die mit ihnen in Verbindung stehen (vgl. OGP OW, a.a.O., E. 1.4.3.2).

Zutreffend sind weiter die grundsätzlichen Ausführungen der Beklagten und des Obergerichtspräsidiums Obwalden zum Vertragszweck als Auslegungsmittel, wonach das teleologische Element den Schluss auf den Inhalt des Vertrags gestattet, indem auf die Interessenlage der Parteien und die sonst für den Abschluss des Vertrags massgebenden, erkennbaren Motive zurückgegriffen wird (vgl. OGP OW, a.a.O., E. 1.4.4.1).

Zutreffend sind sodann die grundsätzlichen Ausführungen der Beklagten und des Obergerichtspräsidiums Obwalden, wonach eine Gerichtsstandsvereinbarung im Zweifel nicht restriktiv auszulegen ist, wonach auch inhaltlich mit dem Hauptvertrag verbundene Deliktsansprüche unter die Gerichtsstandsvereinbarung fallen können und wonach eine Gerichtsstandsvereinbarung, die sich auf ein materielles Rechtsverhältnis bezieht, angerufen werden kann, solange Ansprüche und Verpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis bestehen, auch wenn dieses inzwischen beendet wurde (vgl. OGP OW, a.a.O., E. 1.4.4.3).

Dies steht in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, wonach Gerichtsstandsvereinbarungen im Zweifel nicht restriktiv auszulegen sind und wonach als von der Gerichtsstandsklausel erfasst und von ihr abgedeckt nicht nur die unmittelbar aus dem Vertrag entstehenden vertraglichen Haupt- und Nebenansprüche (inklusive die Fragen nach dem Zustandekommen und der Gültigkeit des Vertrags sowie nach allen weiteren Ansprüchen, die im Zusammenhang mit seiner allfälligen Nichtigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung entstehen können) gelten können, sondern vermutungsweise auch konkurrierende Ansprüche aus unerlaubter Handlung, soweit ein solcher Anspruch zugleich auch eine Vertragsverletzung darstellt oder im Zusammenhang mit dem Gegenstand des Vertrags steht, sowie Ansprüche aus ungerichteter Bereicherung oder aus culpa in contrahendo (vgl. Infanger, Basler Komm., 3. Aufl. 2017, Art. 17 ZPO N 17; Hempel, a.a.O., Art. 36 ZPO N 16).

Das Obergerichtspräsidium Obwalden erwog dazu, es sei "nicht auszuschliessen", dass sich die Vertragsparteien bereits beim Vertragsschluss über weitere mit dem Servicevertrag in Verbindung stehende Streitigkeiten unterhalten und diese in Betracht gezogen hätten, und es sei deshalb "möglich", dass die Parteien damals Motive oder Interessen gehabt hätten, aufgrund welcher sie neben der Regelung des Gerichtsstands in Bezug auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag auch Sicherheit über den Gerichtsstand bei mit dem Servicevertrag zusammenhängenden Streitigkeiten hätten schaffen wollen (vgl. OGP OW, a.a.O., E. 1.4.4.2). Dem kann insoweit gefolgt werden, als damit etwa Schadenersatzansprüche nach Art. 41 ff. OR oder Bereicherungsansprüche nach

Art. 63 ff. OR gemeint gewesen sein könnten, wie sie im Zuge der Zusammenarbeit hätten entstehen können; diese wären von der Klausel nach dem Gesagten erfasst.

Zumindest fraglich erscheint indes, ob dies auch für kartellrechtliche Streitigkeiten gilt. Das Handelsgericht des Kantons Bern hat mit Entscheid vom 26. März 2018 betreffend einen ähnlich gelagerten Fall festgehalten, dass kartellrechtliche Ansprüche auf einer Spezialgesetzgebung beruhen, deren Implikationen der durchschnittlichen Betreiberin einer Autogarage in der Regel nicht bzw. nicht im Detail bekannt seien. Dass das Kartellgesetz insbesondere Anspruch auf Abschluss von Verträgen gebe, dürften die Beteiligten im Normalfall erst durch ihre Anwälte erfahren und entsprechend überraschen. Solche Ansprüche würden nicht zum Kreise der Rechtsfragen gehören, mit denen die Parteien selbst im Geschäftsverkehr üblicherweise rechnen würden. Der Kreis der von der Gerichtsstandsklausel erfassten Rechtsverhältnisse lasse sich nicht ex post auf dem Weg der (überraschenden) Vertragsauslegung erweitern. Kartellrechtliche Ansprüche würden nur mittels Auslegung zu den deliktischen Ansprüchen gerechnet, was eine noch weitergehende Zurückhaltung gebiete. Deshalb und weil das Kartellrecht im besagten Fall (wie im vorliegenden) nicht konkurrierende, sondern alleinige Anspruchsgrundlage bildete, kam das Handelsgericht des Kantons Bern zum Schluss, dass kartellrechtliche Streitigkeiten nicht unter die dort getroffene Gerichtsstandsklausel falle (Entscheid HG BE vom 26.3.2018, in RPW 2018/2 S. 482 ff., E. 3.4.4).

Diesen schlüssigen Erwägungen des Handelsgerichts des Kantons Bern ist zuzustimmen. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass die Klägerin beim Abschluss der Serviceverträge vom 1. Januar 2005 bzw. mit der Zustimmung zur darin enthaltenen – unbestrittenermassen von der Beklagten verfassten – Gerichtsstandsklausel diese Klausel nach Treu und Glauben dahingehend hätte verstehen müssen, dass sie auch kartellrechtliche Streitigkeiten umfasse.

5.6.

Sofern entgegen dem bisher Gesagten davon auszugehen wäre, dass die Gerichtsstandsklausel auch kartellrechtliche Streitigkeiten umfasst, wäre das Vorliegen des diesfalls erforderlichen sachlichen Zusammenhangs zwischen den von der Klägerin geltend gemachten kartellrechtlichen Ansprüchen und den gekündigten Serviceverträgen zu prüfen. Das Obergerichtspräsidium Obwalden hat diesen Zusammenhang bejaht (vgl. OGP OW, a.a.O., E. 1.4.4.4).

Zuzustimmen ist der Beklagten und dem Obergerichtspräsidium Obwalden, dass das bisherige Vertragsverhältnis die "tatsächliche Grundlage" für den Antrag der Klägerin auf Abschluss von neuen Serviceverträgen bildet, da es ohne die Kündigung durch die Beklagte keinen Anlass gegeben hätte, die Nichtweiterführung der bisherigen Vertragsbeziehung zu beanstanden. Richtig ist auch, dass die neuen Verträge gemäss Klageantrag direkt im Anschluss an die gekündigten (hier einvernehmlich um ein Jahr erstreckten) Verträge Geltung erlangen sollen. Richtig ist weiter, dass es keine Anhaltspunkte gibt, die darauf hinweisen würden, dass sich

der Inhalt der beantragten neuen Verträge "gänzlich" von jenem der Serviceverträge vom 1. Januar 2005 unterscheiden würde (so OGP OW, a.a.O., E. 1.4.4.4).

Fest steht und entscheidend ins Gewicht fällt indes, dass die beiden Serviceverträge vom 1. Januar 2005 von der Beklagten am 2. Februar 2016 unter Einhaltung der vereinbarten zweijährigen Kündigungsfrist (kläg.Bel. 5 und 6 Ziff. 6.1) per 28. Februar 2018 ordentlich gekündigt wurden und die Parteien im Dezember 2017 übereinkamen, dass die Klägerin die Kundendienstaktivitäten für die beiden Marken für einen befristeten Zeitraum vom 1. März 2018 bis zum 28. Februar 2019 weiterführen konnte, wobei in dieser Zusammenarbeit die einschlägigen bisherigen Service- und Kundendienstbestimmungen der Beklagten galten (kläg.Bel. 12). Die Vertragskündigungen blieben seitens der Klägerin unangefochten. Die Klägerin macht weder vertragliche noch deliktische Ansprüche aus den gekündigten Verträgen geltend, weder Ansprüche, die sich aus der Abwicklung der bestehenden Verträge ergeben, noch solche im Zusammenhang mit deren Kündigung. Im Hauptverfahren zu entscheiden wird denn auch nicht etwa die Frage sein, ob der Umstand, dass die Verträge gekündigt (bzw. nur befristet um ein Jahr verlängert) wurden, eine unerlaubte Handlung im Sinne einer Wettbewerbsbehinderung darstellt, sondern ausschliesslich die Frage, ob ein Anspruch der Klägerin auf den Abschluss neuer Verträge besteht. Wie dargelegt (oben E. 5.1), wird der Streitgegenstand des Summarverfahrens durch das Rechtsbegehren und dessen Begründung fixiert. Thema ist nur, ob der Klägerin gestützt auf das Kartellgesetz allenfalls ein Anspruch auf Abschluss neuer Serviceverträge zusteht und ob ein Grund besteht, diesen Anspruch vorsorglich zu schützen.

Dies unterscheidet den vorliegenden Fall von jenen Fällen, welche die Beklagte und das Obergerichtspräsidium Obwalden in diesem Zusammenhang erwähnen (vgl. OGP OW, a.a.O., E. 1.4.4.3 f.), namentlich von jenem, der dem Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 zu Grunde lag (RPW 2000/3 S. 478 ff., vgl. dort S. 480: Gesuch um vorsorgliche Aufhebung der Kündigung und vorläufige Aufrechterhaltung des Vertrags), und von jenem, der dem BGer-Urteil 4C.142/2006 vom 25. September 2006 zu Grunde lag (vgl. dort E. C: Klage auf Verpflichtung der dortigen Beklagten "d'exécuter le contrat conclu" und auf "interdiction de résilier le contrat"). Die Ausführungen des Bundesgerichts ("dans cette situation, il s'impose d'admettre la connexité entre les illicites et l'objet du contrat, avec cette conséquence que l'action de la demanderesse est soumise à la convention d'élection de for [...]") lassen sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Streitgegenstand sind vorliegend nicht kartellrechtliche reparatorische Ausgleichsansprüche (Schadenersatz, Genugtuung, Gewinnherausgabe, vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. b und c KG) aufgrund einer Verletzung der Serviceverträge vom 1. Januar 2005, nicht kartellrechtliche Feststellungs- oder Abwehransprüchen aus oder im Zusammenhang mit den besagten Verträgen (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. a KG) und auch nicht Fragen nach der kartellrechtlichen Gültigkeit oder Ungültigkeit der besagten Verträge und/oder deren Kündigung (vgl. Art. 13 lit. a KG). Streitgegenstand ist, wie dargelegt, ausschliesslich

die Frage nach dem Kontrahierungszwang (vgl. Art. 13 lit. b KG), d.h. nach dem Anspruch auf den Abschluss neuer Verträge bzw. auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung (vgl. Jacobs/Giger, a.a.O., Art. 13 KG N 6 und 9 f.; Inhalt der [Leistungs-] Klage ist der Zwang zum Abschluss eines Vertrags und nicht der unmittelbare Zwang zum Warenbezug oder zur Belieferung).

Dieser Streitgegenstand ist von der bisherigen Geschäftsbeziehung unabhängig. Daran ändern auch die oben erwähnten Tatsachen nichts, dass es ohne Kündigung der bisherigen Verträge keinen Anlass zur Klage auf den Abschluss neuer gegeben hätte, dass die neuen Verträge zeitlich im Anschluss an die gekündigten Verträge Geltung erlangen sollen und dass die neuen Verträge inhaltlich im Wesentlichen denjenigen der bisherigen entsprechen sollen. Der Konnex zwischen dem geltend gemachten kartellrechtlichen Anspruch auf Abschluss neuer Verträge und den auslaufenden (bzw. mittlerweile ausgelaufenen) Verträgen ist bloss zeitlicher Natur. Darüber hinaus besteht, wie dies das Handelsgericht des Kantons Bern im von ihm zu beurteilenden, mit dem vorliegenden weitgehend identischen Fall mit überzeugender Begründung festgehalten hat, kein ausreichender sachlicher Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten kartellrechtlichen Anspruch auf Abschluss neuer Verträge und der Vertragshistorie (vgl. HG BE, a.a.O., E. 3.4.5; vgl. dazu auch die Urteile des deutschen Bundesgerichtshofs [BGH] KZR 41/14 vom 26.1.2016 Rz 46 und KZR 48/15 vom 23.1.2018 Rz 52).

5.7.

Zusammengefasst ergibt sich somit was folgt: Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist wesentlich darauf abzustellen, welcher Sinn und Zweck der hier zur Diskussion stehenden, unbestrittenermassen von der Beklagten verfassten Klausel vernünftigerweise und nach guten Treuen beizumessen ist (vgl. BGE 122 III 439 E. 3c). Nach dem Wortlaut der eigentlichen Gerichtsstandsklausel sind kartellrechtliche Ansprüche bzw. generell Ansprüche aus unerlaubter Handlung von ihr nicht erfasst. Unter Berücksichtigung der nachfolgenden Streitbeilegungsklausel sowie nach den allgemeinen Grundsätzen können indes konkurrierende Ansprüche aus unerlaubter Handlung als von der Klausel erfasst gelten, soweit ein solcher Anspruch zugleich auch eine Vertragsverletzung darstellt oder im Zusammenhang mit dem Gegenstand des Vertrags steht. Ob dies auch für kartellrechtliche Ansprüche aus unerlaubter Handlung zu gelten hat, erscheint zumindest fraglich. Wenn dies grundsätzlich zu bejahen wäre, wäre festzuhalten, dass vorliegend nicht kartellrechtliche (Ausgleichs-) Ansprüche aus der Verletzung der bisherigen Verträge zur Diskussion stehen, nicht kartellrechtliche (Feststellungs- oder Abwehr-) Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesen Verträgen und schliesslich auch nicht Fragen nach der kartellrechtlichen Gültigkeit oder Ungültigkeit der besagten Verträge und/oder deren Kündigung. Streitgegenstand ist ausschliesslich der klageweise geltend gemachte kartellrechtliche Anspruch auf den Abschluss neuer Verträge. Dieser Streitgegenstand ist trotz dem zeitlichen Konnex von den bisherigen Verträgen unabhängig. Inhalt der Klage ist der Zwang zum Abschluss neuer Verträge bzw. auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung der Beklagten. Dies ist so

oder anders, d.h. unbesehen der Frage, ob kartellrechtliche Streitigkeiten nach dem Vertrauensprinzip überhaupt unter die Gerichtsstandsklausel fallen, nicht mehr unter "Streitigkeit, Auseinandersetzung oder Anspruch, die aus oder in Verbindung mit diesem Servicevertrag entstehen" (vgl. oben E. 5.3) zu subsumieren.

5.8.

Im Zusammenhang mit der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist sodann ergänzend und abschliessend festzuhalten, dass die Klägerin beim Abschluss der unbefristeten Serviceverträge vom 1. Januar 2005 bzw. mit der Annahme der darin enthaltenen Gerichtsstandsklausel in guten Treuen nicht davon ausgehen musste, dass diese Klausel bzw. der damals vereinbarte Gerichtsstand auch für den Fall gelten sollte, dass sie nach erfolgter Kündigung bzw. Beendigung dieser Verträge auf Abschluss von neuen zu klagen haben würde – schon gar nicht an einem Ort, an dem keine der Parteien mehr ihren Sitz hat (die Beklagte stipulierte in der Klausel nicht etwa ihren jeweiligen Sitz als Gerichtsstand, sondern ihren damaligen Sitz Zürich).

5.9.

Nach dem Gesagten besteht keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung, welche die vorliegende Streitsache mitumfasst. Damit bleibt es bei der Anwendbarkeit von Art. 13 lit. a ZPO i.V.m. Art. 36 ZPO. Die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Luzern am Sitz der Klägerin und damit am Erfolgsort (vgl. amtl.Bel. 1 S. 11 f.) ist gegeben. Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten erweist sich somit als unbegründet. Auf das Massnahmegesuch ist einzutreten.

5.10.

Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters für das Massnahmeverfahren ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO sowie §§ 15 lit. a und 18a Abs. 1 lit. c des Gesetzes über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (JusG; SRL Nr. 260).

6.

6.1.

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn eine Person glaubhaft macht, dass a) ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass b) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht

(Art. 261 Abs. 1 ZPO). Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, insbesondere a) ein Verbot, b) eine Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands, c) eine Anweisung an eine Registerbehörde oder an eine dritte Person, d) eine Sachleistung oder e) die Leistung einer Geldzahlung in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 262 ZPO).

Vorsorgliche Massnahmen sollen für die Zeit bis zum Ergehen des Hauptsacheentscheids einen einstweiligen Zustand schaffen. Die gesuchstellende Partei hat darzulegen, dass ein zivilrechtlicher Anspruch (sog. Verfügungsanspruch) und die Verletzung oder die zu befürchtende Verletzung des Anspruchs sowie ein daraus dro-

hender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (sog. Verfügungsgrund) vorliegen. Vorsorgliche Massnahmen müssen zudem dringlich und verhältnismässig sein. Bezüglich des Verfügungsanspruchs hat das Gericht eine Hauptsachenprognose zu erstellen, bezüglich des Verfügungsgrunds eine Nachteilsprognose (BGer-Urteil 5A_931/2014 vom 1.5.2015 E. 4; ausführlich Sprecher, Basler Komm., 3. Aufl. 2017, Art. 261 ZPO N 10 ff.).

6.2.

Der Gesuchsteller muss das Vorliegen aller Voraussetzungen zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme glaubhaft machen, die Gegenpartei ihre Einwendungen, z.B. Rechtfertigungsgründe (Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 54-58). Glaubhaft machen bedeutet mehr als Behaupten, aber weniger als Beweisen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Tatsache dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.3; ausführlich Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 52 f.).

Das Gericht würdigt die Glaubhaftmachungsmittel frei und verfügt bei der Prüfung des Gesuchs sowie der Frage, ob die Voraussetzungen glaubhaft gemacht worden sind, über einen grossen Ermessensspielraum (Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 77).

6.3.

Grundsätzlich ist der Beweis bzw. die Glaubhaftmachung durch sofort vorlegbare Urkunden zu erbringen. Andere Beweis- bzw. Glaubhaftmachungsmittel sind zulässig, sofern sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, wenn es der Verfahrenszweck erfordert oder wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 ZPO; ausführlich Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 60 ff.).

Im Verfahren über den Erlass vorsorglicher Massnahmen besteht keine Pflicht des Zivilgerichts, Fragen nach der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung der Wettbewerbskommission (WEKO) zur Begutachtung vorzulegen. Das Gericht hat im Massnahmeverfahren die summarische Beurteilung selbst vorzunehmen (Jacobs/Giger, a.a.O., Art. 15 KG N 9).

Da die klägerische Beilagen 55, 83a, 83b und 86 für den Ausgang des Massnahmeverfahrens unerheblich sind (vgl. E. 7.7 nachstehend), erübrigte sich ein Entscheid betreffend Massnahmen nach Art. 156 ZPO. Aus den Erwägungen des vorliegenden Entscheids ist sodann ersichtlich, dass nach Aktenschluss erfolgte neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel unberücksichtigt blieben (vgl. oben E. 4.5 f.; amtl.Bel. 25 S. 2 f. und 6 ff.).

7.

7.1.

Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt, wenn das Hauptbegehren des Gesuchstellers unbegründet oder wenig aussichtsreich ist. Das Erstellen der Hauptsachenprognose in rechtlicher Hinsicht erfolgt summarisch auf Grundlage

des glaubhaft gemachten Sachverhalts. Was als Verletzung gilt, ist nach dem materiellen Recht zu beantworten. Wenn sich die Gegenpartei anspruchskonform verhält und auch keine gegenteiligen Absichten bekundet, so fehlt der gesuchstellenden Partei das erforderliche Rechtsschutzinteresse für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme (ausführlich Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 20-22; Güngerich, Berner Komm., Bern 2012, Art. 261 ZPO N 14 ff. und N 40).

Die Klägerin stützt den eingeklagten Anspruch auf Abschluss von neuen Serviceverträgen auf Art. 7 KG, mithin auf den geltend gemachten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Beklagte (amtl.Bel. 1 S. 39 ff.).

7.2.

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweise fällt insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre) in Betracht (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG). Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung (Art. 12 Abs. 1 lit. a KG). Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht anordnen, dass der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen haben (Art. 13 lit. b KG).

7.3.

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).

Um im Einzelfall festzustellen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist zunächst der relevante Markt zu ermitteln. Ausgangspunkt der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist die Frage, mit welchen Produkten das untersuchte Produkt aus Sicht der Nachfrager austauschbar ist. Verwendet wird hierzu meist das Bedarfsmarktkonzept (vgl. Reinert/Bloch, Basler Komm., Basel 2005, Art. 4 Abs. 2 KG N 103).

Der sachlich relevante Markt umfasst nach üblicher Definition alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaft (z.B. Qualität, Preis) oder ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden; bestehen für die Marktgegenseite keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten, liegt die Annahme einer Marktbeherrschung nahe (Ducrey, in: Marbach/Ducrey/Wild [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz 1457 und 1621; BGE 139 I 72 E. 9.3.1).

7.4.

Die Klägerin macht geltend, relevant sei vorliegend der After-Sales-Markt (Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen, inkl. Garantiarbeiten, sowie Vertrieb von Ersatzteilen) für Fahrzeuge der von der Beklagten importierten Marken "X" und "Y" in der Schweiz. Für eine Werkstatt der besagten Marken sei die Beklagte als exklusive Generalimporteurin im Bereich After-Sales die einzige in Frage kommende Anbieterin von Waren (Originalersatzteile) sowie Dienstleistungen (Bereitstellung von Geräten und technischen Informationen zur Wartung und Instandsetzung der Fahrzeuge) und schliesslich sei nur die Beklagte zur Abwicklung von Garantiarbeiten (in Kooperation mit dem Werk) berechtigt. Halter von Fahrzeugen der besagten Marken würden diese in aller Regel zu zugelassenen, offiziellen Werkstätten bringen, welche diesen Status aufgrund der Service-Verträge mit der Beklagten innehätten. Für Garantiarbeiten komme zudem nicht einmal theoretisch ein anderer Anbieter in Betracht. Somit liege erstens im Unterschied zum Verkauf der Fahrzeuge ein separater After-Sales-Markt für Instandsetzungs-, Wartungs- und Garantiedienstleistungen für Fahrzeuge der von der Beklagten importierten Marken vor und sei zweitens ein separater Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen der Fahrzeuge dieser Marken abzugrenzen (ausführlich amtl.Bel. 1 S. 41-45).

Die Beklagte macht geltend, es liege ein einziger Systemmarkt für Personenwagen und After-Sales-Services vor, der sowohl den Verkauf von Neufahrzeugen als auch After-Sales-Services erfasse. Die zukünftigen Wartungskosten spielten beim Neuwagenkauf eine entscheidende Rolle und würden vom Kunden beim Kauf in Betracht gezogen. Fahrzeugmarken mit hohen erwarteten Wartungskosten hätten gegenüber Fahrzeugmarken mit niedrigen Wartungskosten einen Wettbewerbsnachteil. Dies habe zur Folge, dass sich antikompetitive Verhaltensweisen im After-Sales-Bereich negativ auf die Neuwagenkäufe auswirken würden und somit auf den Importeur im After-Sales-Bereich eine disziplinierende Wirkung hätten. Entsprechend habe das Handelsgericht des Kantons Zürich in einem gleich gelagerten Fall einen markenübergreifenden Fahrzeug-Reparaturmarkt abgegrenzt. Selbst wenn man der Auffassung, dass ein Systemmarkt für Personenwagen und After-Sales-Services vorliege, nicht folgen würde, wäre kein separater After-Sales-Services-Markt für Fahrzeuge der Marken "X" und "Y" abzugrenzen, sondern ein After-Sales-Services-Markt für alle Marken. Der entscheidende Faktor im Wettbewerb um Kunden sei der Interbrand-Wettbewerb, da der After-Sales-Services-Bereich für den Erfolg im Neuwagengeschäft zwischen den Marken entscheidend sei. Zudem würden sich die organisatorischen und technischen Anforderungen an die Wartung von Fahrzeugen verschiedener Marken nicht grundsätzlich voneinander unterscheiden. Die Klägerin könne Originalersatzteile, technische Informationen und Ausrüstungen auch ohne Serviceverträge von Dritten zu vergleichbaren Konditionen beziehen. Auch der Umstand, dass Garantie- und Freeservice-Arbeiten durch das autorisierte Servicehändlernetz ausgeführt würden, stelle kein Hindernis für eine Tätigkeit als unabhängige Werkstatt dar (ausführlich amtl.Bel. 11 S. 38-45).

7.5.

7.5.1.

Die Vorbringen der Parteien entsprechen im Wesentlichen denjenigen, mit denen sich das Handelsgericht des Kantons Bern in seinem bereits oben erwähnten Massnahmeentscheid vom 26. März 2018 befasste (vgl. HG BE, a.a.O., E. 12.4.1 f.). Das Handelsgericht des Kantons Bern nahm in seinem Entscheid zunächst Bezug auf die Massnahmeentscheide des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2014 (in RPW 2014/4 S. 285 ff.) und vom 6. März 2015 (in RPW 2015/3 S. 724 ff.).

Das Handelsgericht des Kantons Zürich diskutierte in diesen Entscheiden drei Ansätze zum relevanten Markt im Kfz-After-Sales-Bereich (vgl. die Zusammenfassung des HG BE, a.a.O., E. 12.4.3):

Erstens das übergreifende Systemmarkt-Konzept, auf welches sich (auch) vorliegend die Beklagte beruft. Es stellt auf die Sicht des Konsumenten ab und fasst den Markt für Auto-Verkäufe (Sales) mit jenem für Wartung, Reparatur etc. (After-Sales) als systemisch verbundene Komplementärgüter zusammen. Gemäss dieser Theorie ist ein Systemmarkt anzunehmen, wenn eine ausreichende Disziplinierungswirkung vom Primärmarkt (Sales) auf die nachgelagerten Sekundärmärkte (After-Sales) ausgeht. Während ein Teil der Lehre diesem Konzept positiv gegenübersteht und dafürhält, ein Systemmarkt könne insbesondere auch im Verhältnis Hersteller bzw. Importeur und Händler bzw. Reparaturbetrieb bestehen (z.B. Reinert/Bloch, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG N 175 ff. und 190 ff.), sieht ein anderer Teil der Lehre die Systemmarkttheorie kritisch und hält dafür, das Verhältnis zwischen Hersteller bzw. Importeur und Händler bzw. Reparaturbetrieb und den dort gebildeten Markt vom Markt abzugrenzen, in welchem sich Hersteller bzw. Importeur und Endkunde gegenüberstehen (z.B. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 534 ff.; ausführlich dazu Entscheid HG ZH vom 17.12.2014, a.a.O., E. 7.2.1).

Zweitens das Konzept "Marke als Markt", auf welches sich (auch) vorliegend die Klägerin mit dem Verweis auf das selektive Vertriebssystem der Beklagten beruft. Das Handelsgericht des Kantons Zürich verwies dazu indes auf die Auffassung von Dietrich/Sauer (Ist die Marke ein Markt?, in: sic! 2001, S. 593 ff.), wonach, wie dies (auch) vorliegend die Beklagte eventualiter geltend macht, entscheidend sei, ob ein funktionierender Interbrand-Wettbewerb bestehe, der den Hersteller bzw. Importeur im Vertikalbereich zur Effizienzsteigerung und/oder zur Senkung von Transaktionskosten zwingt, und wonach den Händlern bzw. den Servicebetrieben bloss eine Mittlerposition zukomme, Marktgegenseite aber alleine der Endverbraucher sei (ausführlich dazu Entscheid HG ZH vom 17.12.2014, a.a.O., E. 7.2.2).

Drittens schliesslich die Praxis des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) gemäss dessen Urteil KZR 6/09 vom 30. März 2011 betreffend Nutzfahrzeuge der Marke "MAN". Gemäss dieser Praxis wird zwar für das Verhältnis zwischen Hersteller bzw. Importeur und Werkstattbetrieb ein eigener Markt angenommen, jedoch nicht markenbezogen. Der BGH stellte dem besagten Urteil fol-

gende Leitsätze voran: "Die Zulassung einer freien Werkstatt zum Vertragswerkstattnetz eines Herstellers von Nutzfahrzeugen betrifft einen dem Endkundenmarkt zur Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge vorgelagerten Markt. Der vorgelagerte Markt umfasst alle Produkte, Dienstleistungen und Rechte, die den Zutritt auf dem nachgelagerten Markt erleichtern, wie etwa das Angebot von Ersatzteilen, Diagnosegeräten und Spezialwerkzeugen, die Vermittlung der erforderlichen jeweiligen markenspezifischen Fachkenntnisse und die Zulassungen als Vertragswerkstatt für bestimmte Fahrzeugmarken. Dieser vorgelagerte Markt ist markenübergreifend abzugrenzen". Das Handelsgericht des Kantons Zürich erwog dazu, auch wenn es in diesem Präjudiz um Nutzfahrzeuge der Marke "MAN" gehe, dürfe füglich angenommen werden, der BGH würde auch bei Personenwagen analog entscheiden (Entscheid HG ZH vom 17.12.2014, a.a.O., E. 7.2.3).

Das Handelsgericht des Kantons Zürich kam in den erwähnten Entscheiden zum Schluss, sowohl das Systemmarktkonzept als auch die Lösung des BGH führten zu einer markenübergreifenden Marktdefinition. Dem Konzept der Markenbezogenheit komme aus der Sicht des betroffenen Serviceunternehmens zwar eine verständliche Attraktion zu, doch habe das Gericht alle Interessen in seine Würdigung miteinzubeziehen. Marken hätten eine mehr oder weniger grosse Marktgeltung, aber würden den Markt nicht bilden. Insgesamt spreche mehr für die Annahme eines markenübergreifenden Systemmarkts oder eines markenübergreifenden vorgelagerten Markts (Entscheid HG ZH vom 17.12.2014, a.a.O., E. 7.2.3). Der relevante Markt sei der markenübergreifende Fahrzeug-Reparaturmarkt an sich und nicht bloss der markenbezogene (Entscheid HG ZH vom 6.3.2015, a.a.O., E. 4.3).

7.5.2.

Die Annahme des Handelsgerichts Zürich, der BGH würde bei Personenwagen analog entscheiden wie im Präjudiz betreffend Nutzfahrzeuge der Marke "MAN", hat sich nicht bzw. zumindest nicht vollumfänglich bestätigt. Seinem Urteil KZR 41/14 betreffend Personenwagen der Marke "Jaguar" vom 26. Januar 2016 stellte der BGH folgende Leitsätze voran: "Ob der Status einer Vertragswerkstatt eine notwendige Ressource für die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen bei Personenkraftfahrzeugen einer bestimmten Marke darstellt, wird massgeblich durch die (tatrichterlich festzustellenden) Ansprüche, Erwartungen und Gepflogenheiten der Fahrzeugeigentümer bei der Inanspruchnahme solcher Leistungen bestimmt (Fortführung von BGH-Urteil vom 30.3.2011, MAN-Werkstatt). Nutzt ein Kraftfahrzeughersteller eine Umstellung seines qualitativ selektiven Systems der Vertragswerkstätten zu einer quantitativen Selektion, kann das damit verfolgte Interesse im Rahmen der Abwägung mit dem Interesse eines bisherigen, von ihm unternehmensbedingt abhängigen Vertragspartners, auch nach der Systemumstellung weiterhin dem Netz der Vertragswerkstätten anzugehören, grundsätzlich nicht berücksichtigt werden."

In seinen Erwägungen hielt der BGH zusammengefasst was folgt fest: Die Vorinstanz (11. Kartellsenat des OLG

Frankfurt a.M.) habe eine marktbeherrschende Stellung der beklagten Importeurin von Fahrzeugen der Marken "Jaguar" und "Land Rover" in Deutschland, aus dem sich ein Anspruch der klägerischen Autowerkstatt – welche aufgrund eines per 1.10.2003 geschlossenen Vertrags die Stellung eines autorisierten Servicebetriebs hatte und bis 2009 als Vertragshändlerin für Fahrzeuge der Marken "Jaguar" und "Land Rover" war und deren Servicevertrag von der Importeurin am 23. Mai 2011 auf den 31. Mai 2013 gekündigt wurde (vgl. Rz 1 f.) – auf Abschluss eines neuen Werkstattvertrags ergeben könnte, nicht rechtsfehlerfrei verneint (Rz 19). Die Vorinstanz habe zwar richtig erkannt, dass sich eine marktbeherrschende Stellung des Importeurs nicht schon daraus ergebe, dass er auf dem vorgelagerten Markt tätig sei, auf dem sich die Werkstätten als Nachfrager und die Hersteller von Kraftfahrzeugen und andere Unternehmen als Anbieter von Ressourcen für die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten an Kraftfahrzeugen gegenüberstünden. Die Vorinstanz habe jedoch keine ausreichenden Feststellungen getroffen, die es erlauben würden, die im MAN-Entscheid vorgenommene markenübergreifende Abgrenzung des vorgelagerten Markts zur Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen bei Nutzfahrzeugen ohne weiteres auf einen dem Markt für die Reparatur von Personenwagen der Marke "Jaguar" vorgelagerten Ressourcenmarkt zu übertragen (vgl. Rz 20 f.). Hinsichtlich der Tätigkeit von Vertragswerkstätten komme es für die Markt-abgrenzung auf dem vorgelagerten Ressourcenmarkt darauf an, ob freie Werkstätten, die Arbeiten an Personenwagen einer bestimmten Marke durchführen wollen, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit haben, diese Tätigkeit auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt des jeweiligen Herstellers auszuüben. Sei dies nicht der Fall, so sei der Hersteller hinsichtlich des Zugangs zu Instandstellungs- und Wartungsdienstleistungen für seine Marken marktbeherrschend und der vorgelagerte Ressourcenmarkt markenspezifisch abzugrenzen (Rz 22). Es liege nicht fern, dass zwischen Werkstattleistungen für Nutzfahrzeuge und solchen für (hochpreisige) Personenwagen speziell der Marke "Jaguar" hinsichtlich der Ansprüche, Erwartungen und Gepflogenheiten der Fahrzeugeigentümer auf dem Endkundenmarkt Unterschiede bestünden. So könnten die (privaten) Eigentümer eines Personenwagens der Marke "Jaguar" etwa gesteigerten Wert darauf legen, ihr Fahrzeug auch nach Ablauf der Garantiefrist von einer "Jaguar"-Vertragswerkstatt warten und instandhalten zu lassen, auch wenn sie dafür höhere Preise bezahlen müssen als in einer freien Werkstatt. Bei Nutzfahrzeugen, die zum Teil in Flotten gehalten würden und bei denen der Kostenaspekt für die (gewerbsmässigen) Eigentümer eine grössere Rolle spiele, könne dies anders sein (Rz 24).

7.5.3.

Das Handelsgericht des Kantons Bern hat dazu in seinem Entscheid vom 26. März 2018 erwogen, die Bedeutung des BGH-Urteils "Jaguar" für die Schweiz lasse sich nicht abschliessend einschätzen. Jedenfalls sei den Erwägungen des BGH nicht zu entnehmen, dass der Kfz-After-Sales-Markt in jedem Fall markenspezifisch abzugrenzen wäre. Im Rahmen der summarischen Prüfung erachte es die Erwägungen in den gewichtige Prä-

judizien darstellenden Zürcher Entscheiden zurzeit als überzeugend, was die Aussichten der Klägerin, den relevanten Markt in ihrem Sinne definieren zu können, erheblich trübe. Für die Beurteilung des Massnahmeverfahrens werde der After-Sales-Markt im Kfz-Bereich nicht markenspezifisch abgegrenzt; ob darüber hinaus dem Systemmarktkonzept zu folgen wäre, brauche vor derhand nicht geklärt zu werden (ausführlich Entscheid HG BE vom 26.3.2018, a.a.O., E. 12.4.5).

7.5.4.

Mit Urteil KZR 48/15 vom 23. Januar 2018 betreffend ein anderes Autohaus, dessen Händler- und Serviceverträge von der Generalimporteurin für Fahrzeuge der Marken "Jaguar" und "Land Rover" in Deutschland per 31. Mai 2013 gekündigt worden waren (vgl. Rz 1 f.), hielt der BGH wiederum fest, die Vorinstanz (1. Kartellsenat des OLG Frankfurt a.M.) habe eine marktbeherrschende Stellung der Importeurin, aus der sich ein Anspruch des Autohauses ab Abschluss neuer Werkstattverträge ergeben könnte, nicht rechtsfehlerfrei verneint. Der BGH bestätigte seine Rechtsprechung, wonach auf die Verhältnisse auf dem dem Endkundenmarkt vorgelagerten Markt abzustellen sei, auf dem sich die Werkstätten als Nachfrager und die Hersteller von Kraftfahrzeugen und andere Unternehmen als Anbieter von Ressourcen für die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten an Kraftfahrzeugen gegenüberstünden, und wonach aber die Verhältnisse auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt Auswirkungen auf die sachliche Abgrenzung des vorgelagerten Ressourcenmarkts haben könnten (Rz 22 f.). Weiter bestätigte der BGH seine Rechtsprechung, wonach der Hersteller hinsichtlich des Zugangs zu Instandstellungs- und Wartungsdienstleistungen für seine Marken marktbeherrschend und der vorgelagerte Ressourcenmarkt markenspezifisch abzugrenzen sei, wenn freie Werkstätten, die Arbeiten an Personenwagen einer bestimmten Marke durchführen wollen, keine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeiten hätten, diese Tätigkeit auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt des jeweiligen Herstellers auszuüben; die Zulassung zu Vertragswerkstätten anderer Marken oder die Möglichkeit, als freie Werkstatt tätig werden zu können, seien nach dem zugrunde zu legenden Bedarfsmarktkonzept nicht geeignet, den Bedarf der auf dem Reparatur- und Wartungsmarkt für Fahrzeuge einer bestimmten Marke tätigen Unternehmen anderweitig zu decken (Rz 23). Den Erwägungen der Vorinstanz, die Klägerin könne auch als Werkstatt ohne Status als Vertragswerkstatt – mit Ausnahme von Garantie- und Kulanzeleistungen sowie Leistungen im Rahmen von Rückrufaktionen – Dienstleistungen auch an "Jaguar"- und "Land Rover"- Fahrzeugen vornehmen, die benötigten (Original-)Ersatzteile könne sie zwar nicht von der Beklagten, aber von anderen Vertragswerkstätten beziehen, wobei schlechtere Konditionen wie höhere Preise und längere Lieferfristen nicht zur wirtschaftlichen Sinnlosigkeit der von ihr beabsichtigten Werkstattleistungen an Fahrzeugen der besagten Marken führe, und die Klägerin habe nicht dargelegt, dass sie nur als Vertragswerkstatt über die notwendigen technischen Informationen etc. verfügen könne oder ihr der Zugang diesen Informationen übermässig erschwert sei (vgl. Rz 25), hielt der BGH was folgt entgegen: Eine wirt-

schaftlich sinnvolle Möglichkeit, als freie Werkstatt Arbeiten an Fahrzeugen der Marken "Jaguar" und "Land Rover" auszuführen, habe die Klägerin nur dann, wenn sie die realistische Erwartung haben könne, eine auskömmliche Anzahl entsprechender Aufträge zu erhalten. Hierfür sei die Fähigkeit zur ordnungsgemässen Auftragsbefüllung eine notwendige, aber nicht ohne weiteres hinreichende Voraussetzung. Bedeutung habe neben der spezifischen Leistungsfähigkeit auch die Frage, in welchem Masse eine freie Werkstatt erwarten könne, dass Eigentümer von Fahrzeugen der Marken "Jaguar" und "Land Rover" sie für die Erbringung einer Werkstattleistung in Betracht zögen. Auch eher emotional bedingte Befindlichkeiten der Kundschaft könnten die Wettbewerbschancen eines Unternehmens beeinflussen und seien daher bei der Beantwortung der Frage mitzubetrachten, ob eine freie Werkstatt, die Arbeiten an Fahrzeugen der Marken "Jaguar" und "Land Rover" durchführen wolle, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit habe, diese Tätigkeit auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt auszuüben, mit Vertragswerkstätten der Marken "Jaguar" und "Land Rover" also aussichtsreich in Konkurrenz treten könne (Rz 26). In der Folge wiederholte der BGH, dass sich die für einen Nutzfahrzeugmarkt vorgenommene Bewertung nicht ohne weiteres auf die Werkstattleistungen an (hochpreisigen) Personenwagen betreffenden Verhältnisse übertragen liessen (Rz 27), und dass es nicht fern liege, dass zwischen Werkstattleistungen für Nutzfahrzeuge und solchen für (hochpreisige) Personenwagen hinsichtlich der Ansprüche, Erwartungen und Gepflogenheiten der Fahrzeugeigentümer auf dem Endkundenmarkt Unterschiede bestünden (Rz 28).

7.5.5.

Die WEKO hielt in ihren Erläuterungen vom 29. Juni 2015 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bek) fest, bei der Feststellung des sachlich relevanten Markts sei der Markt für Kraftfahrzeuge, insbesondere Personenkraftwagen, weiter zu segmentieren. Zu diesem Zweck könne von sachlichen Märkten für "Microwagen", "Kleinwagen", "Untere Mittelklasse", "Obere Mittelklasse", "Oberklasse", "Luxusklasse" und "Nutzfahrzeuge" ausgegangen werden (Erl. zur KFZ-Bek Ziff. 5). Weiter hielt sie damals fest, dass sie sich in ihrer bisherigen Praxis nicht näher mit der Abgrenzung von Märkten für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen auseinandergesetzt habe (Erl. zur KFZ-Bek Ziff. 6).

Gemäss der Zusammenfassung des Schlussberichts in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend AMAG Vertriebsnetz vom 1. Mai 2018 geht das Sekretariat der WEKO nur, aber immerhin provisorisch von folgender Abgrenzung der relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht aus (Rz 9):

- Nationaler Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen nach Klassen bzw. Segmenten,
- nationaler Markt für die Erbringung von Serviceleistungen für die von der AMAG vertriebenen Marken des Volkswagenkonzerns und

- nationaler Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen für die von der AMAG vertriebenen Marken des Volkswagenkonzerns.

Weiter ist der besagten Zusammenfassung des Schlussberichts vom 1. Mai 2018 zu entnehmen, dass das Sekretariat der WEKO nur, aber immerhin provisorisch davon ausgeht, dass die Märkte für die Erbringung von Serviceleistungen und für den Verkauf von Ersatzteilen markenspezifisch abzugrenzen sind (Rz 14).

7.6.

Die Frage nach dem relevanten Markt ist im vorliegenden Massnahmeverfahren nicht definitiv zu klären. Vor dem Hintergrund der Urteile des BGH vom 26. Januar 2016 und vom 23. Januar 2018 sowie der provisorischen Abgrenzung des Sekretariats der WEKO gemäss Schlussbericht vom 1. Mai 2018 kann indes nicht mehr gesagt werden, dass insgesamt mehr für die Annahme eines markenübergreifenden Systemmarkts oder eines markenübergreifenden vorgelagerten Markts spreche (vgl. oben E. 7.5.1, Entscheide HG ZH vom 17.12.2014 und vom 6.3.2015) oder dass die Aussichten der Klägerin, den relevanten Markt in ihrem Sinne definieren zu können, erheblich getrübt seien (vgl. oben E. 7.5.3, Entscheid HG BE vom 26.3.2018).

Dabei wird nicht verkannt, dass es sich bei den erwähnten Präjudizien um deutsche Urteile handelt, dass die erwähnte Verlautbarung des Sekretariats der WEKO lediglich eine provisorische Abgrenzung beinhaltet und dass beide das Gericht nicht binden (vgl. dazu BGE 129 II 18 E. 5.2.1, wonach auch Bekanntmachungen der WEKO die Gerichte nicht binden).

Immerhin handelt es sich bei den Urteilen des BGH um (in der Schweiz soweit ersichtlich nicht vorhandene) höchstrichterliche Rechtsprechung zur hier relevanten Frage der Bestimmung des sachlich relevanten Markts im Kfz-After-Sales-Bereich. Die gesetzlichen Grundlagen, auf welche sich vorliegend die Klägerin hauptsächlich beruft (Art. 7 KG) und welche der BGH seinen Urteilen hauptsächlich zu Grunde legte (§ 19 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB]), sind inhaltlich und in ihrer Funktion vergleichbar. (.....). Die von der Klägerin aufgeworfene Frage, ob ein Anspruch auch gegenüber einem nicht-marktbeherrschenden, aber relativ marktmächtigen Unternehmen bestehen könnte (vgl. § 20 Abs. 1 GWB), braucht vorliegend nicht geprüft zu werden, weshalb sich hier eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Erwägungen des BGH (vgl. KZR 41/14 vom 26.1.2016 Rz 27 ff.; KZR 48/15 vom 23.1.2018 Rz 31 ff.) und dem Einwand der Beklagten, das deutsche Konzept der relativen Marktmacht sei dem Schweizer Kartellrecht fremd (vgl. amtl.Bel. 1 S. 51 ff.; amtl.Bel. 11 S. 54 ff.), erübrigt.

Zusammenfassend ergibt sich nach dem Gesagten was folgt: Für die Annahme eines den Markt für Autoverkäufe (Sales) und jenen für Wartung, Reparatur etc. (After-Sales) als systemisch verbundene Komplementärgüter zusammenfassenden Systemmarkts spricht wenig (und noch weniger für die Annahme eines derartigen markenübergreifenden Systemmarkts). Damit kann offenbleiben, ob die zukünftigen Wartungskosten beim Neuwagenkauf tatsächlich eine entscheidende Rolle

spielen, wie dies die Beklagte behauptet. Überzeugender erscheint der Ansatz, wonach zum einen die Märkte für Autoverkäufe (Sales) und diejenigen für Instandstellungs- und Wartungsdienstleistungen (After-Sales) voneinander abzugrenzen sind und wonach zum anderen in Bezug auf den After-Sales-Bereich auf die Verhältnisse auf dem dem Endkundenmarkt vorgelagerten Markt abzustellen ist, auf dem sich die Werkstätten als Nachfrager und die Hersteller bzw. Importeure als Anbieter von Ressourcen für die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten an Kraftfahrzeugen gegenüberstehen (so im Übrigen schon das Handelsgericht des Kantons Aargau in seinem Massnahmeentscheid vom 14.4.2000, in RPW 2000/3 S. 478 ff., E. 5b/aa). Schliesslich erscheint der vom BGH in seiner Rechtsprechung verfolgte Ansatz, wonach der Hersteller bzw. Importeur hinsichtlich des Zugangs zu Instandstellungs- und Wartungsdienstleistungen für seine Marken – nur, aber immerhin dann – marktbeherrschend und der vorgelagerte Ressourcenmarkt markenspezifisch abzugrenzen ist, wenn freie Werkstätten, die Arbeiten an Personenwagen einer bestimmten Marke durchführen wollen, keine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeiten haben, diese Tätigkeit auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt des jeweiligen Herstellers auszuüben, sachgerecht und ermöglicht die verlangte Prüfung des Einzelfalls.

7.7.

Die summarische Beurteilung der diesbezüglich vom BGH aufgestellten Kriterien (vgl. oben E. 7.5.2 und 7.5.4) und der in diesem Zusammenhang erfolgten Vorbringen der Parteien (vgl. amtl.Bel. 1 S. 60 ff.; amtl.Bel. 11 S. 33 ff.) ergibt für den vorliegenden Fall was folgt:

Als (bisherige) Vertrags- und als Streitparteien stehen sich die Klägerin und die Beklagte gegenüber und weder eine "A.-Gruppe" (vgl. amtl.Bel. 11 S. 27 ff.) noch der "D.-Konzern". Die Klägerin war bis anhin und seit langer Zeit unbestrittenermassen ausschliesslich für die Marken "X" und "Y" tätig. Die Zulassung zu Vertragswerkstätten anderer Marken oder die Möglichkeit, als freie Werkstatt tätig werden zu können, ist gemäss Rechtsprechung des BGH nicht geeignet, den Bedarf der auf dem Reparatur- und Wartungsmarkt für Fahrzeuge einer bestimmten Marke tätigen Unternehmen anderweitig zu decken. Die Klägerin hat vor diesem Hintergrund nicht darzulegen, dass ihr ein Markenwechsel unmöglich oder unzumutbar wäre.

Garantie- und Freeservice-Arbeiten an Fahrzeugen der Marken "X" und "Y" kann die Klägerin unbestrittenermassen nur als autorisierter Servicepartner ausführen (amtl.Bel. 11 S. 36). Wie hoch der Anteil der Garantie- und Freeservice-Arbeiten am gesamten Umsatz der Klägerin im After-Sales-Bereich ist (gemäss Klägerin 46 %, gemäss Beklagter 21 %; vgl. amtl.Bel. 1 S. 35, amtl.Bel. 11 S. 37), braucht im vorliegenden Massnahmeverfahren nicht geklärt zu werden. Hier genügt die Feststellung, dass die Darstellung der Klägerin, sie könne bei einer Verweigerung des Abschlusses neuer Serviceverträge bzw. beim Verlust des Status als autorisierter Servicepartner keine Garantie- und Freeservice-Arbeiten mehr ausführen, richtig und ihre Darstellung,

diesfalls erhebliche Umsatzeinbussen und den Verlust der betreffenden Kunden zu erleiden, da diese zu einer Vertragswerkstatt abwandern würden, gut nachvollziehbar ist. Der Vorschlag der Beklagten, die Klägerin könne die Kundenbeziehung während der Garantie- und Free-service-Dauer dadurch bewahren, dass sie die Kundenfahrzeuge für Garantie- und Freeservice-Arbeiten im Namen und Auftrag des Kunden zu einem autorisierten Servicehändler bringe (amtl.Bel. 11 S. 38), überzeugt, sofern er denn ernst gemeint ist (vgl. dazu etwa kläg.Bel. 62 f. sowie E. 10.4 nachstehend), nicht.

Wie es sich mit dem Einwand der Beklagten, die Klägerin könne Originalersatzteile, technische Informationen und Ausrüstungen auch ohne Serviceverträge von Dritten zu vergleichbaren Konditionen beziehen, in Bezug auf die erforderliche wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit, als freie Werkstatt Arbeiten an Fahrzeugen der Marken "X" und "Y" auszuführen (amtl.Bel. 11 S. 33 ff.), verhält, braucht im vorliegenden Massnahmeverfahren ebenfalls nicht abschliessend beurteilt zu werden. Der BGH hat diesbezüglich mit überzeugender Begründung festgehalten, dass zur Beurteilung dieser wirtschaftlich sinnvollen Möglichkeit nicht nur danach bzw. nach allfälligen höheren Preisen, längeren Lieferfristen und erschwertem Zugang, sondern auch und insbesondere danach zu fragen ist, ob die Klägerin auch als freie Werkstatt die realistische Erwartung haben kann, eine auskömmliche Anzahl entsprechender Aufträge zu erhalten. Voraussetzung dafür ist zunächst die Fähigkeit zur ordnungsgemässen Auftragsbefreiung, d.h. die spezifische Leistungsfähigkeit der Werkstatt. Dass diese bei der Klägerin vorhanden ist, hat sie mit dem Umstand, dass sie die ihr von der Beklagten auferlegten Service-Standards und Leistungsparameter gemäss den After-Sales-Leistungsbewertungen der Beklagten stets erfüllte und in entsprechenden Service-Rankings jeweils Spitzenplätze belegte (vgl. amtl.Bel. 1 S. 34 f.; kläg.Bel. 1 f. und 46-48 betreffend den Zeitraum 2016 bis Mitte 2018), nachgewiesen. Die Beklagte stellt dies denn auch nicht in Abrede (vgl. amtl.Bel. 11 S. 76). Neben der spezifischen Leistungsfähigkeit der Werkstatt von Bedeutung ist sodann die Frage, in welchem Masse eine freie Werkstatt erwarten kann, dass Eigentümer von Fahrzeugen der Marken "X" und "Y" sie für die Erbringung einer Werkstattdienstleistung in Betracht ziehen. Der BGH hat dazu mit überzeugender Begründung festgehalten, dass auch eher emotional bedingte Befindlichkeiten der Kundschaft die Wettbewerbschancen eines Unternehmens beeinflussen können und daher bei der Beantwortung der Frage mitzubedenken sind, ob eine freie Werkstatt, die Arbeiten an Fahrzeugen der Marken "Jaguar" und "Land Rover" durchführen will, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit hat, diese Tätigkeit auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt auszuüben, mit Vertragswerkstätten der Marken "Jaguar" und "Land Rover" also aussichtsreich in Konkurrenz treten kann. Diesbezüglich ist im vorliegenden Massnahmeverfahren vorläufig mit dem BHG davon auszugehen, dass Eigentümer von (hochpreisigen) Fahrzeugen der Marken "X" und "Y" gesteigerten Wert darauf legen, ihr Fahrzeug auch nach Ablauf der Garantiefrist von einer Vertragswerkstatt warten und instand halten zu lassen, auch wenn sie dafür höhere Preise bezahlen müssen als in einer freien Werkstatt (insoweit zustimmend Entscheid HG BE vom

16.2.2018, a.a.O., E. 12.4.5, wonach die Preissensibilität und damit die Akzeptanz von freien Werkstätten bei Kunden von weniger hochpreisigen Marken [wie sie dort offenbar zu beurteilen waren] deutlich höher sein dürfte als bei Kunden der Marke "Jaguar"). Dass dem nicht so wäre, wird nicht substantiiert behauptet. Der Einwand der Beklagten, dass eine Existenz als freie Werkstatt unmöglich sei, werde bereits durch den Umstand widerlegt, dass es in der Schweiz mehrere tausend freie Werkstätten gebe (amtl.Bel. 11 S. 33), genügt nicht. Die Darstellung der Klägerin, dass der Status als Vertragswerkstatt unentbehrlich sei, wäre nur, aber immerhin dann widerlegt, wenn (nach Ablauf der Garantiefrist) der überwiegende Teil der Werkstattdienstleistungen für Fahrzeuge der Marken "X" und "Y" von freien Werkstätten ausgeführt würde (vgl. Urteil BGH KZR 48/15 vom 23.1.2018 Rz 40). Im vorliegenden Massnahmeverfahren ist nicht zu unterstellen, dass dem so ist.

7.8.

Fazit: Der vom Endkundenmarkt abzugrenzende Ressourcen- bzw. After-Sales-Markt im Kfz-Bereich wird für die Beurteilung des vorliegenden Massnahmeverfahrens markenspezifisch, d.h. für Arbeiten an Fahrzeugen der Marken "X" und "Y", abgegrenzt.

7.9.

Ist demnach für die weitere Beurteilung des Massnahmegesuchs zu unterstellen, dass der After-Sales-Markt für "X"- und "Y"-Vertragswerkstätten markenspezifisch abzugrenzen ist, hat die Beklagte eine marktbeherrschende Stellung, da nur sie den Status einer autorisierten Werkstatt vergeben kann (vgl. kläg.Bel. 5 und 6, Präambel und Ziff. 1.1) und dabei keinem Wettbewerb ausgesetzt ist (Art. 4 Abs. 2 KG).

7.10.

Grundsätzlich können auch marktbeherrschende Unternehmen im Sinne des Grundsatzes der Vertragsfreiheit ihre Lieferanten und Abnehmer frei wählen und wechseln. Behindernde oder benachteiligende Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen sind nach Art. 7 Abs. 1 KG unzulässig, wenn sie auf einem Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung beruhen. Als missbräuchliche Verhaltensweise fällt gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in Betracht.

Der Abbruch oder die Einschränkung einer Geschäftsbeziehung wird strenger bewertet als die Nichtaufnahme solcher Beziehungen, da geschäftliche Beziehungen im Verlaufe der Zeit zu einer Abhängigkeits- und Gefährdungssituation für die Geschäftspartner marktbeherrschender Unternehmen führen, die von diesen mitbegründet ist (vgl. dazu die nachvollziehbaren Ausführungen der Klägerin zu ihrer jahrzehntelangen Ausrichtung auf "X" und "Y" und den entsprechenden Standards, zu ihrem Kundenstamm und den Fahrzeugen ihrer Kunden sowie zur betrieblich und kundenseitig unrealistischen Umstellung des Angebots auf eine andere Marke insbesondere im hochpreisigen Segment in amtl.Bel. 1 S. 48). Der Abbruch einer langjährigen geschäftlichen Beziehung ist daher missbräuchlich, es sei denn, er könne – im Sinne sogenannter legitimate business reasons – gerechtfertigt werden, etwa durch die geschäftliche Un-

zuverlässigkeit des Vertragspartners oder weil dessen wirtschaftliche Leistungen objektiv nicht mehr genügen oder bei mangelnder Sachkunde oder unzureichenden technischen Fähigkeiten z.B. eines Reparaturbetriebs (vgl. Entscheid HG AG vom 14.4.2000, a.a.O., E. 6a/aa und b, mit Hinweisen; Zäch, a.a.O., Rz 658).

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf Ziff. 22 der Erläuterungen der WEKO zur KFZ-Bek, wonach in der Regel all jene Werkstätten, welche in der Lage sind, die vom Kraftfahrzeuganbieter vorgesehenen qualitativen Kriterien zu erfüllen, die Möglichkeit hätten, als zugelassene Werkstatt ins Werkstattnetz aufgenommen zu werden; dies umfasse insbesondere die zugelassenen Händler, deren Händlervertrag aufgelöst worden sei, die aber weiterhin als zugelassene Werkstatt tätig sein wollten; Kraftfahrzeuganbieter seien vor dem Abschluss eines entsprechenden Werkstattvertrags befugt zu überprüfen, ob die Bewerber die vorgegebenen Kriterien erfüllen. Unter Verweis auf diese Erläuterungen regte das Sekretariat der WEKO die AMAG in ihrem Schlussbericht vom 1. Mai 2018 an, schriftlich zu begründen, aus welchen Gründen sie eine Werkstatt, welche die Kriterien erfülle, nicht zu ihrem Werkstattnetz zulasse (Zusammenfassung des Schlussberichts Ziff. 29). Ob dies Grundlage für einen Anspruch auf Zulassung als autorisierte Werkstatt bzw. auf Abschluss neuer Serviceverträge bilden kann (vgl. dazu die in den Entscheiden HG ZH vom 17.12.2014, a.a.O., E. 7.3.4 c und HG BE vom 16.2.2018, a.a.O., E. 12.7.2 geäußerten Vorbehalte), braucht vorliegend nicht näher geprüft zu werden. Hier genügt die Feststellung, dass auch nach Auffassung der WEKO und ihres Sekretariats dem Erfüllen der vorgesehenen Kriterien bei der Bewertung des Abbruchs von Geschäftsbeziehungen bzw. bei der Bewertung von Rechtfertigungsgründen massgebende Bedeutung zukommt.

Gleiches gilt im Übrigen nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. Urteil KZR 41/14 vom 16.1.2016 Rz 26, 33 f. und 46, wonach der Grundsatz, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist berechtigt ist, die Vertragsbeziehung zu einem von ihm abhängigen Unternehmen zu beenden, im Streitfall durch die Zielsetzung des Gesetzes beschränkt wird, keine wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zu begünstigen, sofern die betroffene Werkstatt alle qualitativen Anforderungen an eine Vertragswerkstatt erfüllt, und wonach die Beantwortung dieser Frage nicht die Kündigung des alten Vertrags betrifft, sondern den Anspruch auf Abschluss eines neuen).

Das massgebliche Abstellen auf das Kriterium des Erfüllens der qualitativen Anforderungen an eine autorisierte Werkstatt für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Abbruchs langjähriger Geschäftsbeziehungen erscheint jedenfalls sachgerecht und ermöglicht die verlangte Prüfung des Einzelfalls.

Die Behauptungs-, Beweis- und Glaubhaftmachungslast für das Vorliegen von sachlichen Rechtfertigungsgründen obliegt dem marktbeherrschenden Unternehmen (oben E. 6.2; Entscheid HG AG vom 14.4.2000, a.a.O., E. 6c).

Dass der Klägerin etwa geschäftliche Unzuverlässigkeit, objektiv ungenügende wirtschaftliche Leistungen, man-

gelnde Sachkunde oder unzureichende technische Fähigkeiten vorzuwerfen wären oder dass die Klägerin generell nicht in der Lage wäre, die vorgesehenen qualitativen Kriterien für die Zulassung als autorisierte Werkstatt zu erfüllen, macht die Beklagte weder substantiiert geltend noch glaubhaft. Vielmehr ist wie erwähnt unbestritten, dass die Klägerin die ihr auferlegten Service-Standards und Leistungsparameter gemäss den After-Sales-Leistungsbewertungen der Beklagten stets vollumfänglich erfüllte und in entsprechenden Service-Rankings jeweils Spitzenplätze belegte (oben E. 7.7; vgl. kläg.Bel. 1 f. und 46-48 betreffend den Zeitraum 2016 bis Mitte 2018); dafür, dass dies künftig anders sein sollte, liegen keine Anhaltspunkte vor.

Dies unterscheidet den vorliegenden Fall übrigens von jenen, die den erwähnten Entscheiden der Handelsgerichte der Kantone Zürich und Bern zugrunde lagen (vgl. Entscheid HG ZH vom 6.3.2015, a.a.O., E. 4.5.4: lediglich 10 von 19 Standards erfüllt, kein Entwicklungs- und kein Nachfolgeplan; Entscheid HG BE vom 16.2.2018, a.a.O., E. 12.6 und 12.7.3: glaubhaft gemachte Nichterfüllung der geltenden Servicestandards, Ranking-Platz 76 von 79).

Vor diesem Hintergrund bestehen im vorliegenden Massnahmeverfahren keine hinreichenden Anhaltspunkte für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen bzw. bestehen im Umkehrschluss hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Abbruch der langjährigen Geschäftsbeziehung durch die Beklagte bzw. deren Weigerung, mit der Klägerin neue Serviceverträge abzuschliessen, als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

7.11.

Aufgrund der obigen Erwägungen erweist sich das auf Art. 7 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 lit. a und Art. 13 lit. b KG gestützte Hauptbegehren der Klägerin auf Abschluss neuer Serviceverträge nicht als unbegründet oder wenig aussichtsreich. Die Hauptsachenprognose bezüglich des Verfügungsanspruchs (vgl. oben E. 6.1 f.) fällt zu ihren Gunsten aus.

Damit erübrigt sich hier die Prüfung, ob der Anspruch auch aus Art. 5 KG bestehe, wie er "in der Kfz-Bekanntmachung der WEKO enthalten" sei und "im Schlussbericht der WEKO in Sachen AMAG vom 1. Mai 2018 bestätigt" werde, wie dies die Klägerin geltend macht (vgl. amtl.Bel. 1 S. 6).

8.

8.1.

Im Rahmen der Nachteilsprognose ist zu prüfen, welcher Nachteil droht, wenn keine vorsorgliche Massnahme angeordnet wird. Der Gesuchsteller muss glaubhaft machen, dass er sich aufgrund der für die Fällung eines definitiven Entscheids notwendigen Zeit einem Nachteil aussetzt, der auch dann nicht vollständig wiedergutmacht werden könnte, wenn das spätere Urteil ihm Recht geben würde. Es handelt sich mit anderen Worten darum, nicht vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden, deren Wirkung das Urteil nicht vollständig rückgängig machen könnte (BGer-Urteil 4A_611/2011 vom 3.1.2012 E. 4.1).

Nachteile sind jegliche Beeinträchtigungen des Geschwunders sowohl tatsächlicher wie auch rechtlicher Art. In Betracht kommen Nachteile materieller oder immaterieller Natur, etwa Vermögensschaden, Behinderung der wirtschaftlichen Entwicklung, Reputationsverlust, drohende Konflikte mit Vertragspartnern oder Marktverwirrung. Der Nachteil muss zu befürchten sein; es geht mithin um die Verhinderung zukünftiger Nachteile. Nicht leicht wiedergutzumachen ist ein Nachteil, der später, d.h. nach Eintritt der Rechtskraft des Hauptsacheentscheids, nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann, etwa bei Verlust der Kundschaft, Marktverwirrung oder Rufschädigung (BGE 138 III 378 E. 6.3; BGer-Urteil 5A_934/2014 vom 5.3.2015 E. 2.3; ausführlich Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 28 ff. und N 34).

8.2.

Ohne das Anordnen vorsorglicher Massnahmen (zu deren Inhalt vgl. E. 10 nachstehend) könnte die Beklagte keine Garantie- und Free-Service-Arbeiten an Fahrzeugen der Marken "X" und "Y" mehr ausführen, da solche unbestrittenermassen den autorisierten Werkstätten vorbehalten sind. Dass dies erhebliche und nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile zu Folge hätte (Vermögensschaden, Verlust der entsprechenden Kundschaft, Reputationsverlust), liegt auf der Hand bzw. ist hinreichend glaubhaft gemacht (vgl. amlt.Bel. 1 S. 61-64). Der Vorschlag der Beklagten, die Klägerin könne die Kundenbeziehung während der Garantie- und Free-service-Dauer dadurch bewahren, dass sie die Kundenfahrzeuge für Garantie- und Freeservice-Arbeiten im Namen und Auftrag des Kunden zu einem autorisierten Servicehändler bringe (amtl.Bel. 11 S. 38 und S. 67), überzeugt wie erwähnt nicht (vgl. oben E. 7.7). Die exakten Anteile der unter drei- bis vierjährigen Fahrzeuge im Kundenstamm der Klägerin sowie die exakten Anteile an Garantie- und Free-Service-Arbeiten am Umsatz der Klägerin brauchen (auch) im Rahmen der Nachteilsprognose nicht ermittelt zu werden (vgl. oben E. 7.7). Offenbleiben kann auch die Frage, ob etwa der Bezug von Öl und anderen Flüssigwaren beim Umsatz aus Garantie- und Freeservice-Arbeiten mitzuberücksichtigen ist (vgl. amlt.Bel. 11 S. 36 ff.).

Vor dem Hintergrund der obigen Erwägungen, wonach im vorliegenden Massnahmeverfahren zu unterstellen ist, dass Eigentümer von (hochpreisigen) Fahrzeugen der Marken "X" und "Y" gesteigerten Wert darauf legen, ihr Fahrzeug auch nach Ablauf der Garantiefrist von einer Vertragswerkstatt warten und instand halten zu lassen, auch wenn sie dafür höhere Preise bezahlen müssen als in einer freien Werkstatt (oben E. 7.7), sind sodann auch erhebliche und nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile in Bezug auf Wartungs- und Instandstellungsarbeiten an Fahrzeugen von Kunden, die keinen Anspruch mehr auf Garantie- und Freeservice-Arbeiten mehr haben, glaubhaft gemacht. Mit der Klägerin ist davon auszugehen, dass zumindest ein Teil solcher Kunden zu autorisierten Werkstätten abwandern würde, was für die Klägerin den Verlust dieser Kunden sowie einen entsprechenden Umsatzrückgang zur Folge hätte. Daran würde auch nichts ändern, wenn die Klägerin die für solche Wartungs- und Instandstellungsarbeiten erforderlichen (Original-) Ersatzteile, technischen Informationen und technischen Ausrüstungen auch als

freie Werkstatt von autorisierten Werkstätten oder von anderen Anbietern beziehen könnte, wie dies die Beklagte geltend macht (vgl. amlt.Bel. 11 S. 33-36 und 67), so dass offenbleiben kann, ob dies gegebenenfalls nur zu höheren Preisen, mit längeren Lieferfristen oder mit erschwertem Zugang erfolgen könnte.

Weiter hätte die Klägerin ohne das Anordnen vorsorglicher Massnahmen die Kennzeichen der Beklagten zu entfernen und wäre so unbestrittenermassen nicht mehr als autorisierte Werkstatt am Markt und in der Aussenwirkung präsent. Auch die potentiell daraus resultierenden Nachteile (Marktverwirrung, Reputationssschaden) wären nicht leicht wiedergutzumachen.

8.3.

Auch die Nachteilsprognose fällt nach dem Gesagten zu Gunsten der Klägerin aus.

9.

9.1.

An der erforderlichen Dringlichkeit einer vorsorglichen Massnahme fehlt es, wenn sich das gleiche Ziel durch den richterlichen Endentscheid erreichen lässt. Ein gewisses Zuwarten mit dem Begehren um vorsorgliche Massnahmen bewirkt keinen Rechtsverlust. Grundsätzlich geht der Anspruch auf Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nicht durch Zeitablauf unter. Ein offensichtliches Hinauszögern der Gesuchseinreichung kann aber ein Indiz dafür bilden, dass für den Geschwunders das Erfordernis der Dringlichkeit nicht mehr gegeben ist. Im Vordergrund stehen dabei die Fallgruppen der Rechtsmissbräuchlichkeit und des fehlenden Rechtsschutzinteresses. Kein Rechtsmissbrauch liegt in aller Regel vor, wenn der Geschwunders zunächst eine Vergleichslösung sucht, der Gegenpartei eine letzte Frist ansetzt oder zeitintensive Abklärungen des Sachverhalts oder der Rechtslage vornehmen muss (BGer-Urteil 4P.263/2004 vom 1.2.2005 E. 2.2; ausführlich Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 39 ff.; Güngerich, a.a.O., Art. 261 ZPO N 41).

9.2.

Die Beurteilung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (oben E. 8) hat vorliegend massgebenden Einfluss auf die Beurteilung der (objektiven) zeitlichen Dringlichkeit der angebehrten vorsorglichen Massnahmen (zu deren Inhalt vgl. E. 10 nachstehend): Die Gewährung des von der Klägerin angebehrten Rechtsschutzes erst mit dem Urteil in der Hauptsache wäre für sie kaum mehr von Nutzen.

Nicht zu verkennen ist, dass die Klägerin mit ihrer Klage und dem mit dieser gestellten Begehren um vorsorgliche Massnahmen lange zugewartet hat (vgl. amlt.Bel. 11 S. 68 f.). Diesbezüglich ist indes zu beachten, dass sie nicht nur nach erfolgter Kündigung der Händler- und Serviceverträge bzw. während der Kündigungsfrist mehrfach zunächst um eine Neubeurteilung der Händlernetzes (Sales und After-Sales) und später um Weiterführung der After-Sales-Verträge ersucht hat (vgl. kläg.Bel. 28-34), sondern auch nach der im Dezember 2017 erfolgten Vereinbarung über die befristete Weiterführung der Kundendienstaktivitäten bis Ende Februar 2019. Massgebend für die Beurteilung der (relativen)

zeitlichen Dringlichkeit sind nicht die Kündigungen der Serviceverträge vom 2. Februar 2016 per 28. Februar 2018, sondern ist die besagte Vereinbarung vom 7./27. Dezember 2017 (kläg.Bel. 12); während der Dauer der Verhandlungen betreffend Rückkommen auf die Kündigung bzw. vor dem Abschluss der Vereinbarung über die befristete Weitergeltung der gekündigten Verträge bestand für die Klägerin noch keine Veranlassung, den geltend gemachten Anspruch einzuklagen bzw. vorsorgliche Massnahmen zu beantragen. Generell wird das Zuwarten während einer Zeitspanne für zulässig erachtet, die zur Führung eines ordentlichen Prozesses (unter Einschluss des Rechtsmittelwegs) erforderlich ist (Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 43). In einer Zeitspanne von rund 14 Monaten (die sich vorliegend aus dem Zeitraum Januar 2018 bis und mit Februar 2019 ergibt) hätte der ordentliche Prozess kaum durchgeführt werden können. Deshalb und weil sich die Klägerin auch nach dem Abschluss der Vereinbarung bzw. während der befristeten Dauer der Weiterführung der Kundendienstaktivitäten um eine Vergleichslösung (u.a. weitere "Erstreckung" der Vereinbarung; Weiterbetrieb der After-Sales-Tätigkeiten am Standort der Klägerin durch die D.-Gruppe) bemüht hat (vgl. in chronologischer Reihenfolge von Januar 2018 bis Dezember 2018 kläg.Bel. 24, 19, 37, 25, 27, 41-44), erscheint das Anbegehren der vorsorglichen Massnahmen zusammen mit der Klage auf Abschluss neuer Serviceverträge (erst) einen Monat vor Ablauf der befristeten Weiterführung der gekündigten Serviceverträge nicht als rechtsmissbräuchlich. Am Vorliegen eines weiterhin bestehenden Rechtsschutzinteresses der Klägerin bestehen sodann keine Zweifel.

10.

10.1.

Da die Anordnung vorsorglicher Massnahmen regelmässig zu einem Eingriff in die Rechte der Gegenpartei vor der definitiven Abklärung des behaupteten Anspruchs führt, muss das Gericht beim Entscheid, ob eine vorsorgliche Massnahme anzuordnen ist und welcher Inhalt ihr zukommen soll, eine Abwägung der einander entgegengesetzten Interessen des Gesuchstellers und der Gegenpartei vornehmen. Die Verhältnismässigkeit beurteilt sich im Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung. Die angeordnete Massnahme muss geeignet sein, den drohenden

Nachteil zu verhindern, und muss dazu in einem vernünftigen Verhältnis stehen (Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 37 ff. und N 47 ff.; Güngerich, a.a.O., Art. 262 ZPO N 2 und N 5 ff.). Die vorsorgliche Massnahme soll den Hauptsacheprozess nicht präjudizieren. Ein strenger Massstab ist anzulegen, wenn es um Leistungsmassnahmen bzw. um die vorläufige Vollstreckung geht (vgl. Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 7 f.; Güngerich, a.a.O., Art. 262 ZPO N 4 und 7 f.).

Vorsorgliche Massnahmen dürfen sodann nicht zeitlich unbeschränkt erlassen werden, sondern sie sind ihrem Wesen nach zu befristen; im Falle eines bereits hängigen Hauptverfahrens sind die vorsorglichen Massnahmen an dessen Dauer zu knüpfen (vgl. Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 52).

10.2.

Aus dem eben Gesagten ergibt sich, dass dem Antrag der Klägerin, die Beklagte vorsorglich zum Abschluss neuer Serviceverträge bzw. zur Abgabe entsprechender Willenserklärungen zu verpflichten (vgl. oben E. 2; amtl.Bel. 1 S. 67 f.), nicht zu entsprechen ist.

Zum einen handelt es sich bei der (vorsorglichen) Verpflichtung zum Vertragsabschluss um eine Leistungsmassnahme (vgl. Jacobs/Giger, a.a.O., Art. 13 KG N 6 und 9 f.; vgl. oben E. 5.6), die den Hauptsacheprozess präjudizieren würde. Zum anderen wäre eine solche (vorsorgliche) Verpflichtung mit dem Gebot, vorsorgliche Massnahmen nicht zeitlich unbeschränkt zu erlassen, sondern sie an die Dauer des Hauptverfahrens zu knüpfen, nicht vereinbar.

10.3.

Demgegenüber erweisen sich die von der Klägerin eventualiter angebehrten Massnahmen gemäss lit. a - e (vgl. oben E. 2, 4.2 und 4.5; amtl.Bel. 1 S. 68 f.) als inhaltlich und zeitlich begrenzt und damit als justizabel (vgl. amtl.Bel. 9 S. 5) sowie als verhältnismässig. Mit ihrer Anordnung wird für die Zeit bis zum Ergehen des Hauptentscheids ein einstweiliger Zustand geschaffen, welcher dem bisherigen Zustand entspricht. Die Massnahmen sind zum einen geeignet und erforderlich, um den bestehenden Zustand zu erhalten und um die drohenden Nachteile (Unmöglichkeit der Ausführung von Garantie- und Freeservice-Arbeiten, Kundenverlust, Reputationsschaden etc.; ausführlich dazu oben E. 8.2) zu verhindern. Zum anderen überwiegt das Interesse der Klägerin an der Erhaltung des bestehenden Zustands gegenüber allfälligen gegenläufigen Interessen der Beklagten (vgl. amtl.Bel. 11 S. 70; die Beklagte beschränkt sich auf den Hinweis, dass die Massnahmen der Klägerin sämtliche Vorteile eines Mitglieds des autorisierten Servicehändlernetzes geben würden, ohne dass sie die mit einer solchen Mitgliedschaft verbundenen Pflichten hätte). Während für die Klägerin ohne die Anordnung dieser Massnahmen ein Obsiegen in der Hauptsache vor dem Hintergrund der erwähnten irreversiblen Nachteile zweifellos zu spät käme, bestünde die einzige Konsequenz der Anordnung der Massnahmen für die Beklagte im Falle ihres Obsiegens in der Hauptsache darin, dass sie die (dazu erwiesenermassen fähige) Klägerin für die Dauer des Hauptverfahrens weiterhin als autorisierte Werkstatt zu behandeln hatte, wie dies zuvor während Jahrzehnten der Fall war.

Die Massnahmen gemäss lit. a - e, wie sie mit Entscheid vom 26. Februar 2019 superprovisorisch angeordnet wurden (vgl. amtl.Bel. 10; oben E. 4.3), sind deshalb mit dem vorliegenden Entscheid zu bestätigen.

10.4.

Mit dem erwähnten Entscheid vom 26. Februar 2019 wurde der Beklagten auf entsprechenden Antrag Ziff. 1^{bis} der Klägerin vom 23. Februar 2019 verboten, Kundendaten der Klägerin an Dritte, insbesondere andere Garagisten, die weiterhin die Vertretung der betreffenden Marken innehaben, weiterzuleiten (vgl. oben E. 4.2 f.).

Die Beklagte macht geltend, auf dieses Verbot zur Bearbeitung von Kundendaten habe die Klägerin weder einen

Anspruch aus Kartellrecht noch aus Datenschutzrecht; für Ansprüche aus Datenschutzrecht sei das angerufene Gericht zudem nicht zuständig; schliesslich sei die Klägerin auch nicht aktivlegitimiert, um datenschutzrechtliche Ansprüche ihrer Kunden geltend zu machen; die Klägerin sei auch nicht Inhaberin der Datensammlung; selbst wenn all dies ausser Acht gelassen würde, läge keine unrechtmässige Datenverarbeitung vor und der Klägerin drohe weder ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil noch bestehe zeitliche Dringlichkeit noch wäre die Massnahme verhältnismässig (amtl.Bel. 11 S. 83-86).

Zu prüfen ist vorliegend nicht, ob in Bezug auf die Verarbeitung von Kundendaten eine separate Anspruchsgrundlage etc. besteht, sondern nur, ob es sich bei der beantragten Massnahme um eine solche handelt, die (ebenfalls) geeignet und erforderlich ist, die der Klägerin drohenden Nachteile während der Dauer des Hauptverfahrens und damit bis zum Entscheid über den geltend gemachten Anspruch der Klägerin auf Abschluss neuer Serviceverträge zu verhindern, und ob (auch) diese Massnahme verhältnismässig ist.

Anlass zum superprovisorisch verfügten Verbot gab das an die Kunden der Klägerin gerichtete Schreiben der Beklagten, mit dem den Kunden (u.a.) mitgeteilt wurde, dass die Klägerin ab 1. März 2019 kein offizieller Service-Partner mehr sein werde und kein möglicher Ansprechpartner für Garantie- und Freeservice-Arbeiten sowie Rückruf- und Service-Aktionen mehr sein könne, und dass ohne ihren Gegenbericht innert vier Wochen die Kundendaten automatisch dem nächstgelegenen Vertragspartner übermittelt würden (kläg.Bel. 62). Gemäss der diesem Schreiben beigelegten Antwortkarte konnten die Kunden der Klägerin einen neuen Vertragspartner gemäss Vertragspartnerliste der Beklagten bezeichnen und erklärten sich damit einverstanden, dass ihre Kontakt- und Fahrzeugdaten an diesen Partner übermittelt würden, oder sie konnten zur Kenntnis nehmen, dass ohne ihren Gegenbericht innert vier Wochen ihre Kundendaten automatisch dem nächsten Vertragspartner der Beklagten übermittelt würden (kläg.Bel. 63). Damit nahm die Beklagte den (Massnahme-) Entscheid des Gerichts quasi vorweg und dokumentierte gleichzeitig die Notwendigkeit eines sofortigen Eingreifens (vgl. amtl.Bel. 10). Das superprovisorisch verfügte Verbot war geeignet und erforderlich, um den bestehenden Zustand zu erhalten und um die drohenden Nachteile (Unmöglichkeit der Ausführung von Garantie- und Freeservice-Arbeiten, Kundenverlust, Reputationsschaden etc.; ausführlich dazu oben E. 8.2) zu verhindern. Dies gilt auch weiterhin. Auch diesbezüglich ist sodann festzuhalten, dass ein Verzicht auf das Anordnen dieser Massnahme für die Klägerin im Falle ihres Obsiegens in der Hauptsache irreversible Nachteile zur Folge hätte, welche die Nachteile, welche die Nachteile, die die Beklagte im Falle ihres Obsiegens in der Hauptsache durch das Anordnen der Massnahme gegebenenfalls erlitten haben könnte, jedenfalls überwiegen.

Auch diese superprovisorisch angeordnete Massnahme ist deshalb mit dem vorliegenden Entscheid zu bestätigen und zwar nicht in der engeren Fassung gemäss dem mit Gesuch der Klägerin vom 31. Juli 2019 (amtl.Bel. 37) gestellten Antrag Ziff. 1^{ter} (vgl. oben

E. 4.5), sondern in der ursprünglichen Fassung gemäss Antrag Ziff. 1^{bis}, zumal die Beklagte anerkennt, dass das mit Antrag Ziff. 1^{ter} gestellte Rechtsbegehren, wonach ihr zu verbieten sei, die Kundendaten an Dritte "zwecks Abschluss einer Anschlussgarantie" der entsprechenden Fahrzeuge weiterzuleiten, im Rechtsbegehren gemäss Antrag Ziff. 1^{bis}, wonach ihr jegliche Weitergabe von Kundendaten der Klägerin an Dritte zu verbieten sei, enthalten ist (amtl.Bel. 42 S. 6 f.).

11.

Von Art. 262 ZPO nicht ausdrücklich erwähnt ist die Kompetenz bzw. Pflicht des Gerichts, von Amtes wegen als Vollstreckungsmassnahme die Zuwiderhandlung gegen die angeordneten Massnahmen mit Androhungen zu versehen (Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 53).

Die Klägerin hat keine Vollstreckungsmassnahme beantragt (vgl. oben E. 2), doch sind die die anzuordnenden Massnahmen nach dem eben Gesagten von Amtes wegen mit einer Androhung zu versehen. Für den Widerhandlungsfall ist vorliegend den verantwortlichen Organen der Beklagten eine Bestrafung gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0) mit Busse anzudrohen (vgl. Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 54).

12.

Ist der Hauptprozess bereits hängig, kann über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen zusammen mit der Hauptsache entschieden werden (Art. 104 Abs. 3 ZPO; vgl. Rüegg/Rüegg, Basler Komm., 3. Aufl. 2017, Art. 104 ZPO N 6 f.). Entsprechend ist vorliegend zu verfahren.

13.

Selbständig eröffnete Massnahmeentscheide, die während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand haben, stellen Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) dar (BGE 138 III 76 E. 1.2).

14.

In Bezug auf den Streitwert der Hauptsache ist vorläufig entsprechend der Angabe der Klägerin von Fr. 500'000.- (amtl.Bel. 1 S. 23; von der Beklagten als deutlich zu hoch moniert, vgl. amtl.Bel. 11 S. 7) auszugehen (Art. 51 BGG).

Demnach entscheidet das Kantonsgericht:

1.

1.1.

Die Beklagte wird für die Dauer des Hauptverfahrens vorsorglich angewiesen,

- a) der Klägerin den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marken "X" und "Y" als zugelassene Werkstatt erforderlich sind;
- b) die Klägerin mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als

zugelassene Werkstatt erforderlichen Originalersatzteilen zu nichtdiskriminierenden Konditionen zu beliefern;

- c) der Klägerin sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlichen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen;
- d) der Klägerin weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen "X"- und "Y" -Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren;
- e) der Klägerin die Durchführung von und Entschädigung für Free Service Arbeiten (Gratis-Service – vergütet von B. AG) und Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) für Personenfahrzeuge der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt zu gewähren.

1.2.

Der Beklagten wird für die Dauer des Hauptverfahrens vorsorglich verboten, Kundendaten der Klägerin an Dritte, insbesondere andere Garagisten, die weiterhin die Vertretung der betreffenden Marken innehaben, weiterzuleiten.

1.3.

Handelt die Beklagte den Anweisungen gemäss Ziff. 1.1 oder dem Verbot gemäss Ziff. 1.2 zuwider, so können ihre verantwortlichen Organe mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB bestraft werden.

2.

Über die Kosten des Massnahmeverfahrens wird zusammen mit der Hauptsache entschieden.

3.

Gegen Vor-, Teil- und Zwischenentscheide kann unter den einschränkenden Voraussetzungen der Art. 91 - 93, 98 und 74 BGG innert 30 Tagen beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen. Sie muss einen Antrag und dessen Begründung enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweisurkunden sind beizulegen.

4.

Dieser Entscheid wird zugestellt an:

- Parteien
- Wettbewerbskommission Sekretariat, Bern (Orientierungskopie gemäss Art. 48 Abs. 2 KG)

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
 Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
 AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
 ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
 BB Bundesbeschluss
 BBI Bundesblatt
 BG Bundesgesetz
 BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
 BGer Bundesgericht
 BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
 BOCN Bulletin officiel du Conseil national
 BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
 BR Bundesrat
 BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
 BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
 BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
 BV Bundesverfassung
 BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
 CE Communauté Européenne
 CE Conseil des Etats
 CF Conseil fédéral
 FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
 CO Code des obligations
 Cost. Costituzione federale
 CPC Code (cantonal) de procédure civile
 CPS Code pénal suisse
 cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
 DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)
 DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
 FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
 HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
 IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
 JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
 KMU Kleine und mittlere Unternehmen
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
 LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
 LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
 LF Loi fédérale / Legge federale
 LL Legge federale sul lavoro
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
P		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale		
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Q			
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	X	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Y	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Z	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 1145, 1159
- Abrede 1125, 1142 ff., 1158 ff., 1164 ff., 1169 ff., 1173 f., 1179, 1183, 1187 ff., 1200, 1206, 1212, 1314 f., 1320, 1348, 1364, 1368, 1385, 1387
- Acquiring -
- Anhörung 1144, 1214, 1347, 1375 ff.
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 1302
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 1352 f.
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 1135, 1148 f., 1167, 1358
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 1144, 1149 f., 1154, 1158, 1168 f., 1174, 1211
- Erheblichkeit 1133, 1148, 1167
- Exklusivvertrieb 1165
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee -
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 1141, 1147, 1166, 1175, 1177, 1184 f., 1209, 1213, 1248, 1366 f.
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 1131, 1135, 1355, 1387
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 1127, 1130, 1176, 1178, 1180 f., 1183, 1185, 1187 f., 1190, 1194 ff., 1198, 1200, 1206, 1208 ff., 1213, 1219, 1352, 1354 ff., 1358, 1382, 1384 f., 1387
- Marktgegenseite 1127 ff., 1135, 1147, 1166, 1180, 1190 f., 1213 ff., 1354, 1363, 1366, 1382 f.
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 1219, 1225, 1358, 1360, 1362
- Marktzutrittsschranken 1208, 1220 f., 1272, 1354
- Meldepflicht 1140 f., 1175, 1177, 1180, 1182, 1184, 1189 f., 1195, 1197, 1205, 1208 f., 1233, 1235 f., 1239
- Missbrauch 1115, 1124, 1127, 1130 ff., 1138, 1211, 1238, 1271 f., 1274, 1348, 1351 f., 1354 ff., 1361 ff., 1367 f., 1375, 1382, 1387, 1389
- N**
- Netzwerk 1182, 1209, 1353, 1356
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb -
- Preisabrede 1142 f., 1147 f., 1150, 1152, 1154
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 1119, 1121, 1359
- R**
- Rabatte 1143, 1146 f., 1161 f., 1168, 1174, 1359 ff.
- Reduktion der Sanktion 1153, 1172 f.
- S**
- Sanktionen 1144, 1149, 1167, 1170, 1314 ff., 1365 ff.

Senkung Herstellkosten 1383	vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
Submission 1267, 1271, 1276, 1291, 1296 f., 1314, 1316, 1320, 1322, 1324, 1334, 1336	Veröffentlichung 1266, 1318 f., 1346 ff.
Submissionskartell -	Verschulden 1150 f., 1169 f., 1364, 1367 f.
	Vierparteiensysteme -
T	vorbehaltene Vorschriften 1125 f., 1144, 1159, 1179
Tarife 1119, 1121, 1123 ff.	vorgezogene Recyclinggebühren -
Tarifvertrag -	
Tierärzte/innen -	W
Transparenzmassnahmen -	Wettbewerb um den Markt -
	X
U	Y
Umstossung der Vermutung -	Z
Untersuchung 1116, 1134, 1137 ff., 1142 ff., 1152 ff., 1157 f., 1166 ff., 1171, 1177, 1212, 1266, 1314, 1346, 1348 f., 1351, 1359, 1364 f.	Zahlungsmittel -
unzulässige Wettbewerbsabrede 1144 f.	zweiseitige Märkte -
V	
